



Volume 26

2021

Presidente Prudente/SP

ISSN 1516-8158

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE

Reitora e Pró-Reitora Acadêmica: Zely Fernanda de Toledo Pennacchi Machado
Pró-Reitora Financeira: Maria do Carmo de Toledo Pennacchi
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral

REVISTA INTERTEMAS

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento
Periodicidade semestral

EDITORES

Ana Carolina Greco Paes (TOLEDO PRUDENTE)
Carla Roberta Ferreira Destro (TOLEDO PRUDENTE)
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

COMISSÃO EDITORIAL

André Simões Chacon Bruno (USP)
Alessandra Cristina Furlan (UEL)
Alfonso Jaime Martínez Lazcano (SNI-CONACYT)
Dennys Garcia Xavier (UFU)
Daniela Braga Paiano (UEL)
Felipe Rodolfo de Carvalho (UFMT)
Haroldo de Araujo Lourenço da Silva (UFRJ)
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador (UENP)
Wladimir Brega Filho (FUNDINOPI)

EQUIPE TÉCNICA

Daniela Mutti (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

Versão eletrônica

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

Indexadores e Diretórios

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

Permuta/Exchange/Échange

Biblioteca “Visconde de São Leopoldo” – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

Contato

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: nepe@toledoprudente.edu.br

Intertemas: Revista da Toledo, v. 26 – 2021

Presidente Prudente: Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. 2021. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (SP)

1. Direito – Periódicos CDD – 340.5
ISSN 1516-8158

Sumário/Contents

NOTA AO LEITOR	5
A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A INCLUSÃO SOCIAL: DIREITO À ACESSIBILIDADE EM PRÉDIOS PÚBLICOS	6
DA COSTA, Francisco Lozzi	6
FUZETTO, Murilo Muniz.....	6
PERES, Isabela Muniz	6
O ÁRBITRO E O DEVER DE REVELAR: OS PARÂMETROS FIXADOS PELA DOCTRINA, LEI, <i>SOFT LAW</i>, INSTITUIÇÕES ARBITRAIS E JURISPRUDÊNCIA. .. 20	
SANTOS, Rayssa Alves	20
FERREIRA, Daniel Brantes	20
NEGOCIAÇÃO E O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA QUESTÃO ÉTICA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS ENTRE PARTICULARES	41
TERRA, Rosane Beatris Mariano da Rocha Barcellos.....	41
FERREIRA, Maria Paula da Rosa	41
CARRARO, Guilherme Streit.....	41
TECNOAUTORITARISMO EM TERRA BRASILIS: A FRAGILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ERA DOS DADOS	56
PIMENTEL, Matheus Dalta	56
SCALIANTE, Ana Lara Sardelari	56
HERBELLA, Renato Tinti.....	56
STATUS QUO E O SEU NOVO NORMAL: MUNDO, TECNOLOGIA, PROFISSÃO E A BUSCA POR IGUALDADE	69
DOS SANTOS, Andrei Milani	69
PAIVA, Kaik Felipe Alves	69
DE MORAES, Rogério Nascimento	69
BRAZ, João Pedro Gindro	69
(RE)DISTRIBUINDO A HARMONIA SOCIAL: UM PROCESSO PLURALISTA E COMUNICATIVO	81
OICHI, Camila Mayumi.....	81
BRAMBILLA, Pedro Augusto de Souza.....	81
(IN)SEGURANÇA JURÍDICA TRIBUTÁRIA APLICADA AOS MICROSSISTEMAS PROCESSUAIS: DISCUSSÃO DO ICMS SOBRE A TUST E TUSD NOS TRIBUNAIS	94
ZANUTO, José Maria.....	94
PIMENTEL, Matheus Dalta.....	94
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO-DENTISTA	109
BRITO, Silas de Medeiros.....	109
BEZERRA, Tiago José de Souza Lima.....	109
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGRESSOR NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER	120
BOSSOLANI, Maria Vitória Mariano.....	120
DESTRO, Carla Roberta Ferreira.....	120
O AGRAVAMENTO DO FENÔMENO DO <i>STALKING</i> EM DECORRÊNCIA DO FIM DAS RELAÇÕES CONJUGAIS INTERPRETADO À LUZ DO FEMINICÍDIO	144

PORTO, Livia Rodrigues.....	144
MOREIRA, Glauco Roberto Marques	144
O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E SUA APLICAÇÃO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO	155
REBES, Beatriz Ferruzzi REBES	155
AQUOTTI, Marcus Vinicius Feltrim AQUOTTI.....	155
LA JUSTICIA ELECTRÓNICA EN SURAMÉRICA: UN COMPROMISO INELUDIBLE ANTE UNA NECESIDAD LATENTE	170
Marlon de Jesús Correa Fernández	170
EL ENFOQUE BASADO EN DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL. MATERIALIZACIÓN DE LOS ODS EN COLOMBIA	198
BENÍTEZ, Melisa Caro	198
1.1. Democracia	202
1.2. Desarrollo	205
ANALÍTICA DEL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO	227
MUÑOZ, Daniel E. Florez.....	227
DE LA ROSA, Yezid Carrillo.....	227
BENEDETTI, Henry Valle.....	227
ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LOS PARQUES NATURALES NACIONALES COMO ÁREAS PROTEGIDAS EN COLOMBIA	243
BLANCO, Milton José Pereira	243
SALAS, Fernando Luna.....	243

NOTA AO LEITOR

A 26ª edição da Revista Intertemas nasce em um período muito difícil para o Brasil e para o mundo, em um tempo de incertezas, turbulências e muitas informações.

E é neste contexto que pesquisadores mais uma vez se lançaram ao desafio de pesquisar e produzir conhecimento, em um momento em que o conhecimento tem sido cada vez mais necessário, principalmente, por conta do número de informações, por vezes tão desconectadas da realidade que temos visto atualmente.

Sendo assim, convido cada leitor a se debruçar nos temas propostos pelos pesquisadores. É com enorme satisfação que esta edição é publicada, tendo em vista o momento que estamos vivendo.

Desejo uma ótima leitura.

Cordialmente,

Ana Carolina Greco Paes
Editora da revista Intertemas

A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A INCLUSÃO SOCIAL: DIREITO À ACESSIBILIDADE EM PRÉDIOS PÚBLICOS

DA COSTA, Francisco Lozzi¹
FUZETTO, Murilo Muniz²
PERES, Isabela Muniz³

RESUMO: O presente artigo tem, por meio do método dedutivo, abordar questões relativas à pessoa com deficiência, bem como o seu conceito, a legislação existente e suas falhas. Percebe-se que o grupo hipossuficiente em tela foi, durante grande parte da história humana, tratado de maneira discriminatória e considerado como seres inferiores que deveriam viver à margem da sociedade, sendo, na maioria das vezes, deixados em lugares inóspitos ou, quando não, mortos. A inclusão social começa a ganhar contornos após a Segunda Grande Guerra Mundial, haja vista que as nações passam a tutelar o mínimo necessário para propiciar vida digna aos cidadãos ante as atrocidades cometidas neste evento histórico. No entanto, o mesmo Estado que se compromete a garantir a concretização dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência, não providencia as devidas adaptações em seus espaços, os quais são majoritariamente de acesso e uso públicos. Por este fato, vê-se que os membros do grupo em foco não conseguem praticar normalmente atos de sua vida por não haver acessibilidade em ruas, transportes públicos e estabelecimentos da Administração Pública, o que provoca a necessidade da busca de instrumentos eficazes.

Palavras-chave: Pessoa com Deficiência. Inclusão Social. Direitos Humanos. Acessibilidade. Prédio Público.

Abstract: The present article has, by means of the deductive method, to address issues related to the disabled person, as well as its concept, the existing legislation and its shortcomings. It is clear that the hyposufficient group in question was, for much of human history, treated in a discriminatory way and considered as inferior beings that should live on the fringes of society, being, in most cases, left in inhospitable places or, when not., dead. Social inclusion begins to take shape after the Second World War, given that nations are protecting the minimum necessary to provide dignified life to citizens before the atrocities committed in this historic event. However, the same State that undertakes to guarantee the fulfillment of the fundamental rights of persons with disabilities, does not provide the appropriate adaptations in their

¹ Mestre em Direito. Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Doutor e Mestre (profissional) em Polícia Ostensiva e Preservação da Ordem Pública. Servidor Público Militar (reserva). Advogado. E-mail lozzi@adv.oabsp.org.br

² Doutorando em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). Mestre em Direito pela mesma instituição (2021), onde foi bolsista CAPES. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (2019). Graduado em Direito pela mesma instituição (2016). Foi estagiário-docente na Toledo Prudente de 2017 a 2021, atuando como tutor de Ensino a Distância (EAD) na disciplina de Estágio Supervisionado II (arbitragem) e como supervisor da extensão do Núcleo Especial Criminal (NECRIM). Atualmente é Supervisor de Prática Profissional na Toledo Prudente, auxiliando no desenvolvimento e ministrando aulas de Estágio Supervisionado I (métodos adequados de solução de conflitos) e Estágio Supervisionado II (arbitragem). Advogado. E-mail: murilofuzetto@hotmail.com.

³ Discente do 4º ano do curso de Direito da Universidade do Oeste Paulista ("UNOESTE") de Presidente Prudente. E-mail: isamunizp@hotmail.com

spaces, which are mostly of public access and use. As a result, it can be seen that members of the focus group are unable to perform normal acts of their lives because there is no accessibility on streets, public transport and public administration establishments, which leads to the need to search for effective instruments.

Keywords: Person with disabilities. Social inclusion. Human rights. Accessibility. Public building.

1 INTRODUÇÃO

A discussão sobre a inclusão social da pessoa com deficiência vem tendo crescimento vertiginoso com o passar dos tempos, sendo, hodiernamente, tema bastante debatido pela doutrina e pela jurisprudência. Embora esteja em pauta, percebe-se que sua discussão é recente e que não se encontra em fase de plenitude, uma vez que a inclusão na sociedade brasileira ainda engatinha diante da presença de barreiras que obstam a participação irrestrita desse grupo.

Ao se voltar para análise, ainda que breve, do desenvolvimento histórico do homem como ser social, o grupo minoritário em foco vem sofrendo, durante o transcorrer temporal, com o preconceito. No período da Pré-história, nota-se que, apesar das parcas informações, as pessoas com deficiências eram vistas como verdadeiros fardos e possuidoras de espíritos demoníacos, sendo eliminadas ou também abandonadas em lugares ermos.

A Antiguidade também não modificou a ideia de que o indivíduo que apresentasse qualquer tipo de deficiência era desprovido de graça dos deuses. Diante disso, mesmo as grandes civilizações, Roma e Atenas, compartilhavam e autorizavam a prática da eliminação, tendo também como comum a prática de abandonar os recém-nascidos que nasciam com anomalia.

O embrião da inclusão social vem, todavia, do chamado Século das Luzes. Com a impulsão da busca pelo conhecimento, vê-se que a modernização da medicina, somada com o crescimento da filosofia empirista, modificou a forma como a pessoa com deficiência era vista. E, a partir da Revolução Francesa, mudança de tratamento, pois todo cidadão deveria ser tratado com igualdade.

No entanto, o assunto somente se fortificou devido à expansão industrial e às grandes guerras. Em primeiro momento, os ambientes insalubres, a precarização dos meios de trabalho e as jornadas excessivas foram grandes causadores de acidentes que vitimaram empregados, tornando-os pessoas com deficiência. Sem um planejamento, tais pessoas viviam de forma subumana sem condições de garantir sua própria subsistência.

Por outro lado, os combatentes das duas grandes guerras voltavam dos fronts mutilados e encontravam dificuldades em se reinserir na sociedade. Assim, motivados pela necessidade de as nações se unirem para evitar barbáries semelhantes as cometidas pelo governo nazista a ante a necessidade de se integrar tais sujeitos socialmente, os Estados passam então a criar medidas para atingir esta finalidade.

Nessa senda, o presente artigo tem o escopo de discorrer sobre a inclusão social da pessoa com deficiência, especialmente no que tange a acessibilidade aos

prédios públicos. Percebe-se que, apesar do Estado fomentar e criar ações afirmativas, há ainda diversos estabelecimentos sem o devido acessivo, fazendo com que direitos básicos sejam tolhidos.

Posto isto, mister se fez salientar de quais medidas a serem tomadas pela pessoa com deficiência quando se ver barrada por falta de efetivação de direito tão básico para sua participação. Ainda, foi imperioso analisar o real sentido de acessibilidade e qual o verdadeiro papel do Estado para a concretização, haja vista não conseguir fornecer medida de extrema necessidade.

Deste modo, buscou-se discutir sobre a questão da pessoa com deficiência – abordando terminologia e definição – por meio de pesquisa bibliográfica e, através do método dedutivo, analisar sobre a atuação da Administração Pública para propiciar a acessibilidade em seus estabelecimentos.

2 CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Referindo-se de forma sucinta, o assunto deste trabalho não tem como prioridade dissecar o conceito de pessoa com deficiência. No entanto, deve-se, para melhor entendimento de qual grupo minoritário é objeto do presente artigo, discorrer sobre a terminologia adequada a ser utilizada – evitando qualquer efeito discriminatório –, bem como apontar a definição adotada hodiernamente. Salienta-se que, por muito tempo, o conceito que prevalecia dava maior enfoque ao caráter médico-biológico.

Por sua vez, com a entrada da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ambos assinados na cidade de Nova York em 2007, a conceituação deixa de ter o viés supramencionado para trazer uma visão biopsicossocial. Mister se faz apontar que referido tratado de direitos humanos, o qual foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186/08 e promulgado pelo Decreto nº 6.949/09, é até o presente momento a única convenção aprovada de acordo com os requisitos do artigo 5º, §3º, da Carta Magna, recebendo, portanto, *status* de emenda constitucional.

Além disso, a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo encerraram qualquer dúvida em relação ao melhor termo empregado para se referir ao grupo em foco. Diante disso, tem-se que a expressão adequada a ser adotada é *pessoa com deficiência*, sendo, assim, inadequado utilizar os termos *pessoa portadora de deficiência* e *pessoa deficiente*.

A Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015, a qual institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também denominada como Estatuto da Pessoa com Deficiência, e que tem como base o tratado retromencionado, corrobora o entendimento sobre a terminologia e o conceito, conforme se pode extrair de seu artigo 2º, *ipsis litteris*:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Nesta seara, Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2016, p. 23) discorrem:

E, de fato, são plenamente compatíveis os conceitos trazidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência com aquelas que já constavam da Lei 7.853/1989, regulamentados por meio de decreto. **Sobretudo no que se refere a impedimentos de ordem física que dificultem o pleno exercício na sociedade, por seu portador, em relação aos demais.** Inovações que nos parecem interessantes e que foram introduzidas pelo Estatuto, constam dos incs. II e IV acima, **quando relacionam à deficiência, respectivamente, também, “a fatores socioambientais, psicológicos e pessoais” e à “restrição de participação” de seu portador, avançando**, assim, além do dado puramente biológico, para alcançar aspectos psicológicos. (Grifos nossos)

Ainda, cita-se escólio de Maurício Maia (2014, p. 03):

Os impedimentos físicos, mentais, intelectuais e sensoriais passaram a ser considerados como características das pessoas, inerentes à diversidade humana; a deficiência é provocada pela interação dos impedimentos com as barreiras sociais, ou seja, com os diversos fatores culturais, econômicos, tecnológicos, arquitetônicos, dentre outros, de forma a gerar uma impossibilidade de plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade. Como dito, não é a pessoa que apresenta uma deficiência, mas a sociedade. Superar a deficiência não é tão-somente cuidar dos impedimentos, mas possibilitar e criar mecanismos que eliminem as barreiras existentes no ambiente.

Portanto, percebe-se que a definição sobre deficiência se pauta também na dificuldade da pessoa em se inserir na sociedade, haja vista a existência de inúmeras barreiras, sejam elas sociais ou arquitetônicas, que impedem a sua atuação de forma livre.

3 A INCLUSÃO SOCIAL

Em relação à inclusão social, é imperioso destacar que a ideia mais aceita é de que consiste na promoção de determinado grupo minoritário ou hipossuficiente na participação ativa na comunidade em que se encontra, criando, para tanto, mecanismos que efetivem a entrada destas pessoas na vida da sociedade.

Conforme se extrai da evolução histórica do tratamento conferido ao indivíduo com deficiência, percebe-se que este não tinha papel a ser desempenhado socialmente, sendo segregado e portanto, vivendo marginalizado, isto não quando era eliminado. Hodiernamente, é notório que a sociedade contempla a participação da pessoa com deficiência, a qual já pode ser vista ocupando postos de trabalhos, frequentando estabelecimentos públicos e privados, dentre outras.

Entretanto, evidencia-se que a inclusão social não se encontra em sua fase de plenitude, haja vista que há ainda impedimentos que atrapalham a inserção de forma livre. Como será visto posteriormente, vários prédios públicos não possuem a

devida acessibilidade para a pessoa com deficiência, fazendo com que não consiga nem mesmo adentrar naquelas localidades.

Além disso, outra grande barreira é a discriminação. Evidencia-se que o preconceito está entranhado nas bases da sociedade moderna e, apesar de segundas mudanças de pensamentos, não consegue ser extirpado, provocando segregação social.

A Lei 13.146/2015 garante o ingresso do grupo em foco na sociedade logo em seu primeiro artigo, objetivando promover total exercício dos direitos das pessoas com deficiência, bem como assegurar a igualdade e a liberdade, por meio de criação de ações afirmativas. Nessa senda, conforme escólio de Uadi Lammego Bulos (2014, p. 554), entende-se o seguinte sobre ação afirmativa:

Ações afirmativas, também chamadas de discriminações positivas ou desequiparações permitidas, são as que defluem da própria linguagem prescritiva das constituições, com vistas à efetividade do princípio da isonomia. (Grifos do autor)

Com isso, a Constituição Federal de 1988 adotou a importância pela busca dos direitos que a pessoa com deficiência deve ter e, assim, fomentar a atuação ativa deste indivíduo em seu seio social:

Art 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º. A lei disporá sobre normas de construção de logradouro e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

Neste contexto, para promover uma sociedade justa e igual, com a inclusão social, é de extrema importância que o Estado formule políticas públicas e atue em prol de planos governamentais e civis que criem totais condições de acesso e participação efetiva de todas às pessoas na sociedade, especialmente àquelas que possuem algum tipo de deficiência. Ressalta-se que a promoção da inclusão social da pessoa com deficiência está fortemente calcada no Princípio da isonomia.

3.1 Princípio da Igualdade

Conforme exposto alhures, a inserção do grupo objeto do presente trabalho na vida comunitária está calcada fortemente no Princípio da Igualdade, o qual se pauta em garantir tratamento isonômico entre todos os cidadãos.

Contudo, o Princípio da Isonomia deve ser observado em seus dois caracteres, sendo eles: a Isonomia formal e a material. Na Igualdade formal, a Lei confere tratamento igualitário a todos os cidadãos, isto é, não fará distinções de apreciação. Assim, não irá excluir qualquer pessoa de se submeter a ela.

Por sua vez, o caráter material da Igualdade traz em seu bojo a ideia de conferir tratamento diferenciado a determinados grupos minoritários para que, assim, tenham seus direitos efetivados. As ações afirmativas estão alicerçadas em tal caráter, sendo que o Estado cria mecanismos para fomentar a participação daqueles considerados hipossuficientes. Conforme Luiz Alberto David de Araujo (2011, p. 22), pode-se dizer o seguinte:

Se a igualdade formal está garantida como uma norma de eficácia plena, ou seja, aquela que deve produzir todos os seus efeitos de imediato, o mesmo não se pode dizer da igualdade material, a chamada igualdade na lei. **Para esta desigualdade, o Estado brasileiro reconhece determinado grupo como frágil, dando-lhe um conjunto de direitos para se equiparar ou para que haja um reconhecimento pelo tempo de afastamento do convívio social**, muitas vezes por culpa do próprio Estado. (Grifos nossos)

Nesse diapasão, Alexandre de Moraes (2017, p. 48) leciona:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, **todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico**. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, **o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam**, é exigência do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito (...). (Grifos nossos)

Diante disso, surge-se a famosa máxima de Ruy Barbosa, a qual é fundamentada em argumentações aristotélicas, de que é, portanto, preciso tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Conforme Aristóteles *apud* Rothenburg (2008, p. 79) expõe o seguinte:

Pensa-se, por exemplo, que justiça é igualdade – e de fato é, embora não o seja para todos, mas somente para aqueles que são iguais entre si; também se pensa que a desigualdade pode ser justa, e de fato pode, embora não para todos, mas somente para aqueles que são desiguais entre si...”/“Para pessoas iguais o honroso e justo consiste em ter a parte que lhes cabe, pois nisto consistem a igualdade e a identificação entre pessoas; dar, porém, o desigual a iguais, e o que não é idêntico a pessoas identificadas entre si, é contra a natureza, e nada contrário à natureza é bom.

A partir desta concepção, reitera-se que é indispensável à discriminação positiva, que tem por escopo combater as desigualdades que são consequências de um passado discriminatório para garantir a igualdade de oportunidades e o tratamento isonômico. Nesta ocasião, Luiz Alberto David Araujo (2006, p. 134) acrescenta:

Na disciplina do princípio da igualdade, o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereciam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições. São as chamadas ações afirmativas.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 4º, preceitua, *in verbis*:

Art. 4. Toda pessoa com deficiência tem direito a igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

Por conseguinte, mister se faz ressaltar que a Lei 13.146/2015 juntamente com o Princípio da Igualdade contribui para um sistema jurídico mais justo e solidário, de forma que se confere ao indivíduo com deficiência o direito de oportunidades a adaptações no seio da sociedade.

4 DIREITO A ACESSIBILIDADE E ADAPTAÇÕES EM PRÉDIOS PÚBLICOS

Por este modo, aponta-se que a falta de adaptações em vias públicas, nas ruas e nos transportes impossibilita que a pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida possa efetivar seus direitos, impossibilitando, com isso, seu trabalho, seu lazer, etc.

Ora, retirada a acessibilidade dos espaços públicos e privados, há a impossibilidade do grupo em foco em ter uma vida social, impedindo com que pratique normalmente os atos de sua vida civil. Ademais, o artigo 5º, XXIII, consagra a função social da propriedade, deixando ainda mais cristalino a intenção de que os espaços sejam plenamente inclusivos. Luiz Alberto David de Araújo e Maurício Maia (2017, p. 227) corroboram o exposto alhures:

A vida social deve se desenvolver sem barreiras e sem impedimentos, permitindo a todos, pessoas com mobilidade reduzida, pessoas com deficiência, sua fruição. Se a propriedade deve atender a sua função social, nos termos do artigo quinto, inciso XXIII, essa função social, certamente, passará por uma verificação da acessibilidade de seus imóveis e construções. Um imóvel de uso coletivo que não tem acessibilidade cumpre a sua função social? As pessoas têm direito a um ambiente acessível, havendo o contraposto dever do Estado de promover a acessibilidade para que todos possam ser verdadeiramente incluídos na sociedade. Assim, particulares e o Estado são sujeitos passivos dessa obrigação. O cidadão é o titular desse direito. Direito destinado, especialmente, às pessoas com deficiência e com mobilidade reduzida, tudo nos termos da referida Convenção da ONU.

Deste modo, grande parte dos atos da vida civil são praticados em espaços públicos, especialmente quando se diz respeito às adaptações das ruas e vias públicas e do transporte totalmente acessível que possibilite que a pessoa com deficiência chegue ao seu destino.

4.1 Direito à Acessibilidade

A acessibilidade engloba aspectos físicos, o espaço onde vivemos, assim como o espaço digital. De tal modo, se refere a fixar os princípios da inclusão social, seja do trabalho, da mobilidade, da educação, da renda, entre outros.

Por outro lado, a acessibilidade permite que todos desfrutem de espaços e serviços que a sociedade impõe para toda população. Sobretudo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência em seu artigo 3, inciso I, traz como conceituação a acessibilidade, da seguinte forma:

Art. 3. Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

I – acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Sobre a definição, Farias, Sanches e Batista (2016, p. 170) retratam:

A definição de acessibilidade é dada pelo art. 3º, inc. I, da lei em exame, assim considerada a "possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida". Cuida-se, pois, de um conceito amplo, a abarcar todo e qualquer instrumento capaz de propiciar a inclusão do deficiente em igualdade de condições com os demais. Importa, ademais, na positivação do princípio da isonomia, de cunho constitucional, previsto no caput do art. 5º, da Carta, pois promove a igualdade entre as pessoas' ou, pelo menos, tenta reduzir a desigualdade entre elas.

De modo específico, a acessibilidade é considerada como o direito de ir e vir de todas as pessoas, consistindo, assim, em direito básico e fundamental garantido a todos os cidadãos e que de certa maneira tem ganhado uma atenção especial em todo o país.

Aponta-se que, conforme o último Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010, o Brasil possui 45,6 milhões de pessoas com deficiência, representando quase 24% da população brasileira. Com isso, vê-se a grande necessidade de adaptações para possibilitar que todo e qualquer indivíduo tenha acesso irrestrito, eliminando as barreiras existentes.

Nesse diapasão, aponta-se entendimento de Araujo e Maia (2017, p. 230), *in verbis*:

De fato, sem acessibilidade as pessoas com deficiência (e outros grupos, como as pessoas com mobilidade reduzida) ficariam, se não impedidas, seriamente prejudicadas no exercício de praticamente todos os seus direitos fundamentais, ficando alijadas da participação social. Como gozar do direito ao trabalho sem que se garanta um ambiente de trabalho que possa receber a pessoa com deficiência, permitindo-lhe o acesso a todos os seus espaços? Como gozar do direito à educação se não houver a possibilidade de que a pessoa com deficiência passa transitar no ambiente escolar? Mais ainda, como exercer qualquer dos seus direitos se as cidades e os meios de transporte coletivos não estiverem preparados para acolherem as pessoas com deficiência?

Assim, é perfeitamente possível concluir que não se há como cogitar, para a pessoa com deficiência, cidadania sem acessibilidade. Se mostra impossível possibilitar igualdade se não garantir acessibilidade, a qual, além de um direito, se mostra como pressuposto essencial para a fruição de todos os direitos fundamentais por parte do grupo em foco. (ARAUJO; MAIA, 2017, p. 231)

Tem-se que, ao comparar, do início do século XXI a séculos passados, a acessibilidade não era assunto questionável e tampouco proporcionado para essas pessoas, impedindo muitas vezes de conseguir acessar determinado lugar, e muitas vezes tirando total liberdade e independência.

Entretanto, atualmente, é possível salientar que já há alguns ambientes acessíveis e adaptados para o grupo em foco. Assim como a inclusão social não se encontra em fase de plenitude, ressalta-se que há, ainda, várias localidades sem as devidas adaptações capaz de propiciar acesso. Veja-se que o ordenamento jurídico pátrio não se mostra alheio a este e o novel Estatuto da Pessoa com Deficiência em seu artigo 57 apregoa que:

Art. 57. As edificações públicas e privadas de uso coletivo já existentes devem garantir acessibilidade à pessoa com deficiência em todas as suas dependências e serviços, tendo como referência as normas de acessibilidade vigentes.

Para tanto, Araujo e Maia (2017, p. 235) argumentam o seguinte sobre o dispositivo normativo supracitado:

No artigo 56, o Estatuto determina que a construção, reforma, ampliação ou mudança de uso de edificações abertas ao público, de uso público ou privadas de uso coletivo, deverão ser executadas de modo a serem acessíveis, sendo que, nos termos do artigo 57, as edificações públicas e privadas de uso coletivo já existentes deverão garantir acessibilidade à pessoa com deficiência em todas as suas dependências e serviços, nos termos das normas de acessibilidade vigentes. O mesmo vale para os edifícios de uso privado multifamiliar, conforme o artigo 58 do Estatuto.

Diante disso, é imperioso destacar que as normas vigentes têm importante a cumprir ao fomentar a realização de modificações em estabelecimentos públicos e

privados para a retirada das barreiras que impedem o livre acesso das pessoas com deficiência, além de coibir e punir aqueles que ainda não se adequaram, como será visto a seguir.

4.2 Adaptações em Prédios Públicos

Primeiramente, cumpre argumentar qual o conceito de bem público. De forma simplista, pode-se dizer que bens públicos são aqueles de titularidade de pessoa jurídica pertencente a Administração Pública, seja ela direta ou indireta. Aqui, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 444) apresentam:

Bens públicos são aqueles, materiais ou imateriais, cujo titular é uma pessoa jurídica de direito público (da administração direta, indireta, fundacional ou autárquica) ou uma pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, quando o referido bem estiver vinculado à prestação desse serviço público. Enfim, são bens do domínio público (CC, art. 98), podendo se espriar por entidades federais, estaduais ou municipais.

Assim, os bens públicos são divididos em três espécies, sendo a primeira os de uso comum do povo. Aqui, tem-se aqueles que, embora pertencente a uma pessoa jurídica de direito público, estão franqueados a todos, como, por exemplo, os mares, os rios, as entradas, as ruas e as praças. (PEREIRA, 2017, p. 360)

Sobre o uso aberto ao público da espécie apontada alhures, Farias e Rosenvald (2015, p. 444) explicitam:

Não perdem tal característica mesmo que regulamentos administrativos condicionem a sua utilização ao preenchimento de requisitos específicos, como o estabelecimento de horários para o ingresso em jardins botânicos ou zoológicos. Também será possível ao Poder Público exigir o pagamento de taxa para a utilização de eventuais bens públicos. É o chamado pagamento de retribuição, contemplado no art. 103 do Codex, de que é exemplo o pedágio em estradas ou a cobrança de ingresso em museus. Pode, ainda, o poder público, por razões de segurança nacional ou da população especificamente, suspender ou restringir o uso da coisa comum, em circunstâncias excepcionais, como na hipótese de desabamentos em estradas.

Já a segunda espécie é composta por bens de uso especial, insculpida no artigo 99, II, do Código Civil e composta pelo conjunto de bens usados pelo próprio Poder Público para instalações do próprio serviço público, exemplificando-se com os prédios que servem de tribunais, escolas, unidades básicas de saúde. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 445)

Por fim, a última é composta pelos bens dominiais, cuja definição é apontada por Caio Mário da Silva Pereira (2017, p. 362) da seguinte forma:

(...) que compõem o patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de qualquer dessas entidades. Seu regime jurídico aparenta sensível analogia com o regime da propriedade privada. Tais bens são, por natureza, alienáveis, por se encontrarem na composição do patrimônio da pessoa jurídica, subordinada,

porém, a sua disposição aos requisitos constantes das leis especiais. Estão nesta classe os bens produzidos em estabelecimentos públicos industriais, os terrenos patrimoniais dos Municípios e, em especial, as novas zonas urbanas abertas à expansão cidadina, as terras devolutas etc.

Em relação às adaptações em prédios públicos, deve-se sempre levar em conta todos os cidadãos e especialmente garantir o mínimo de condições de acessos, tanto em questão de atendimento quanto de estrutura. Ademais, mister se faz que sejam programadas fiscalizações em prédios públicos, cujo escopo é realizar o aumento de acessibilidades em edifícios que ainda não tenham. Para isso, cumpre acrescentar que, conforme Torres (2006, p. 16) evidencia o seguinte:

A construção, ampliação ou reforma de edificações de uso público deve garantir, pelo menos, um dos acessos ao seu interior, com comunicação com todas as suas dependências e serviços, livre de barreiras e de obstáculos que impeçam ou dificultem a sua acessibilidade.

Com isso, o Estatuto da Pessoa com Deficiência como retromencionado e exposto logo no seu artigo 1º, que tem o objetivo de promover direitos e condições de igualdade, bem como promover a inclusão e a cidadania, dispõe o seguinte em seu artigo 56:

Art. 56. A construção, a reforma, a ampliação ou a mudança de uso de edificações abertas ao público, de uso público ou privadas de uso coletivo deverão ser executadas de modo a serem acessíveis.

Constata-se, por meio de leitura do artigo 57 da mesma norma, os espaços públicos ou privados de uso coletivo já existentes deverão se atentar para as regras de acessibilidade e providenciar as adequações necessárias para propiciar um ambiente inclusivo.

Outro ponto que merece destaque ao Estatuto da Pessoa com Deficiência é que, assim como a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, não se contenta apenas com a previsão de direitos, mas também com instrumentos de concretização, principalmente de meios punitivos. Nessa senda, Araujo e Maia (2016, p. 239) argumentam:

A acessibilidade, como corolário da igualdade e da dignidade humana, pressuposto para a inclusão das pessoas com deficiência, deve ser protegida pelo ordenamento jurídico, de forma a propiciar sua efetiva implementação. Assim, além da possibilidade de utilização de instrumentos ligado à proteção ambiental, que, como acima mencionado, também se prestam a proteger a acessibilidade, já que esta pode ser tida como componente do meio ambiente urbano constitucional, é de rigor que haja outros instrumentos, bastante efetivos, colocados à disposição da proteção da acessibilidade pelo ordenamento jurídico brasileiro. Um desses instrumentos é a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos pelo descumprimento do dever de implementação da acessibilidade mediante a imputação de ato de improbidade administrativa, como passamos a ver.

Desse modo, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, trouxe importante mudança em seu artigo 103, haja vista que inseriu o inciso IX ao

artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa e fez com que passasse a considerar como ato de improbidade administrativa a conduta do agente de deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação, não se exigindo a ocorrência de prejuízo ao erário e bastando a simples negativa de cumprimento às regras de acessibilidade. (ARAUJO; MAIA, 2016, p. 240)

Mister se faz destacar que, além da necessidade do próprio Poder Público se adaptar para a ampliação da inclusão social, tem-se a obrigação de fiscalizar os estabelecimentos privados que são de uso comum, isto é, que o fluxo de pessoas que frequentam é alto.

Assim, é perfeitamente possível perceber que a Administração Pública também tem a responsabilidade de certificar que os prédios privados se adaptem e possam funcionar regularmente ante às adequações feita para atender todos os sujeitos de maneira isonômica.

Por meio de concessão de alvarás para funcionamento de determinado estabelecimento, o Poder Público irá verificar se a propriedade privada cumpre também os preceitos constitucionais, como é a função social da propriedade.

Embora seja direito fundamental, a propriedade deve cumprir uma função social, conforme se extrai do artigo 5º, XXII e XXIII, da Magna Carta, fazendo com que o ordenamento jurídico vigente não mais coadune com a lógica do direito individualista e de que o direito à propriedade é ilimitado e absoluto. Ao contrário de tempos de outrora, a Lei Maior brasileira disciplina que a propriedade deverá atender à função social. (SANTOS, 2018, p. 152)

Diante disso, o Poder Público deve pautar sua atuação nos preceitos constitucionais, propiciando que as condutas ora tomadas busquem a promoção do bem estar social através da concretização dos princípios da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana. Nessa seara, tem-se argumentos de Nathália Silva e Santos (2018, p. 153):

As limitações administrativas, portanto, representam restrições ao uso indiscriminado e sem limites da propriedade pelo ente privado e devem se expressar em forma de normas genéricas de conduta e parâmetros a serem seguidos em favor do bem estar social. Essa modalidade de intervenção estatal sobre a propriedade privada decorre, inicialmente, de normas gerais e abstratas, que se dirigem às propriedades indeterminadas, com o fim de satisfazer interesses coletivos abstratamente considerados, como por exemplo, a acessibilidade.

Por conseguinte, mister se faz apontar que a Administração Pública tem duas principais obrigações para providenciar uma sociedade acessível e plenamente inclusiva. A primeira é no que concerne às suas próprias adaptações, procurando garantir o cumprimento do direito à acessibilidade em prédios de seus entes.

Por fim, a segunda função é fiscalizar os estabelecimentos privados para que atendam às normas e promovam a inclusão social em seus ambientes, permitindo que as pessoas com deficiência não encontrem barreiras ao acessar estes locais.

5 CONCLUSÃO

Em vista aos argumentos mencionados, deve-se lembrar a importância que a pessoa com deficiência tem dentro da sociedade. Embora, através do contexto histórico desse indivíduo ter sido totalmente humilhado, abandonado e eliminado. No momento atual, vê-se o quanto a sociedade teve um avanço, no qual o grupo hipossuficiente em foco deixa de ser discriminado e passa a ser inserido dentro do corpo social.

Entretanto, mesmo com as mudanças que ocorreram no decorrer do tempo, tais sujeitos encontram dificuldades para obter total acesso em vários prédios públicos ainda. Porém, vemos a relevância que o Estado tem em buscar métodos para que promova adaptações naqueles edifícios que ainda necessitam.

Não tão somente aos edifícios que abrigam as repartições da Administração Pública, tanto a direta quanto a indireta, outros lugares que também são classificados como bens públicos, segundo as lições alhures, tais como são as ruas e as praças, merecem destaque à parte. Ora, de nada adianta o Instituto Nacional do Seguro Social ter estabelecimento plenamente acessível se a pessoa com deficiência não consegue chegar até ele por falta de adequações nas ruas em que deve transitar.

De tal sorte, um dos direitos fundamentais de máxima importância é o lazer o qual muitas vezes não pode ser efetivado pela inacessibilidade dos locais. Em determinados municípios espalhados pelo Estado de São Paulo, a principal recreação é frequentar praças, que também não se encontram em ordem com o ordenamento jurídico pátrio atualmente vigente no que concerne à acessibilidade.

Percebe-se que mesmo após a entrada da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – assinada em Nova York em 2007 – e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o direito à acessibilidade ainda se mostra embrionário no Brasil, o que motiva a criação de mais políticas públicas sobre o tema.

Portanto, a inclusão social passa por severos avanços e, embora não em plenitude na atualidade, já consegue vislumbrar melhorias como é o caso da aplicação das penas de improbidade administrativa para os agentes que dolosamente não cumprirem as regras de acessibilidade. Vê-se, então, um raio de esperança que surge no horizonte para a pessoa com deficiência.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Direito Constitucional**: Princípio da Isonomia e a Constatação da Discriminação Positiva. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Barrados**: pessoa com deficiência sem acessibilidade: como cobrar, o que cobrar e de quem cobrar. Petrópolis: KBR, 2011

ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. A cidade, o dever constitucional de inclusão social e a acessibilidade. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, n. 1, p. 225-244, 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil/teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. **Novos estudos jurídicos**, v. 13, n. 2, p. 77-92, 2008.

SILVA, Nathália. Acessibilidade nos shopping centers: uma análise sobre a intervenção estatal na propriedade privada. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 5, n. 1, p. 142-167, 2018.

TORRES, Flávia Pinheiro Tavares. **Guia de acessibilidade urbana edificações**: fácil acesso para todos. Belo Horizonte: CREA-MG, 2006

O ÁRBITRO E O DEVER DE REVELAR: OS PARÂMETROS FIXADOS PELA DOUTRINA, LEI, *SOFT LAW*, INSTITUIÇÕES ARBITRAIS E JURISPRUDÊNCIA

SANTOS, Rayssa Alves⁴
FERREIRA, Daniel Brantes⁵

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o dever de revelação do árbitro sob variadas perspectivas, ou seja, em seus aspectos doutrinários, regulamentares, legais e jurisprudenciais. O problema de pesquisa, portanto, consiste na tentativa de conceituação na teoria e na prática do dever de revelar do árbitro. Com isso, a hipótese versa sobre a investigação da existência ou não de critérios objetivos para a composição de tal conceito e para definir a extensão de sua aplicação. Para isso, em um primeiro momento trataremos sobre a figura do árbitro no procedimento arbitral, analisando sua relação com os deveres legais previstos no art. 13 §6º da Lei de Arbitragem, ou seja, os deveres de imparcialidade e independência. Em um segundo momento discorreremos sobre o conceito do dever de revelação como um instrumento crucial para assegurar a legitimidade do procedimento arbitral. Ao final, o estudo analisará o dever de revelação nos regulamentos das instituições arbitrais nacionais e internacionais, bem como na jurisprudência brasileira e internacional.

Palavras-chave: Arbitragem. Árbitros. Imparcialidade. Independência. Dever de revelação. Suspeição.

ABSTRACT: This article aims to analyze the arbitrator's duty to disclose various perspectives in its doctrinal, regulatory, legal, and jurisprudential aspects. Therefore, the research key issue consists of conceptualizing the theory and practice of the arbitrator's duty to disclose. Thus, the research hypothesis consists of investigating objective criteria and defining the extent of the duty's application. For that, in the first moment, we will deal with the arbitrator's figure in the arbitration procedure, analyzing his relationship with the legal duties provided for in Art. 13 Paragraph 6 of the Arbitration Law, that is, the duties of impartiality and independence. In a second step, we will discuss the concept of the duty of disclosure as a crucial instrument to ensure the legitimacy of the arbitration procedure. In the end, the study will analyze the duty to disclose in the regulations of national and international arbitration institutions and Brazilian and international jurisprudence.

Keywords: Arbitration. Arbitrator. Impartiality. Independence. Duty to disclose. Suspicion.

⁴ Daniel Brantes Ferreira é Pós-Doutor pela UERJ, Doutor pela PUC-Rio, Coordenador do Mestrado da Universidade Candido Mendes, Pesquisador da State University of New York (Buffalo), da South Ural State University (Russia), Regional Chair para o Brasil do Young Institute for Transnational Arbitration (EUA), Fellow do Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), Professor da Ambra University, EMERJ, Diretor Executivo do CBMA e Editor-Chefe da Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution - RBADR.

⁵ Rayssa Alves - Bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes e advogada no Rio de Janeiro.

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem visa preservar o princípio da autonomia da vontade pois concede às partes o poder de modelar, em conjunto, toda a arbitragem. Assim, ao elevar a vontade das partes ao seu grau máximo com a livre nomeação dos árbitros, nos termos do caput do art. 13 da Lei de Arbitragem, a confiança no talento, domínio no conhecimento específico e dedicação do árbitro sobre o objeto do conflito possui reflexo significativo na segurança do sistema. A relação *intuitu personae* das partes com o árbitro passa pelo dever de revelar do julgador, portanto, após sua indicação e durante o processo, o escolhido árbitro tem o dever de revelar fatos que, provavelmente desconhecidos ou mesmo oculto às partes, podem comprometer sua atuação como julgador privado naquele específico caso (MARQUES, 2018). É importante salientar que o que deve ser relevado pelo árbitro não é apenas o que ao seu juízo deve ser mencionado, mas essencialmente deve se colocar no lugar das partes e indagar a si, se fosse parte, se gostaria de conhecer tal fato (LEMES, 2010, p. 21-34).

O dever de revelação possui previsão expressa no artigo 14 §1º da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96), bem como há previsão do instituto nos regulamentos das câmaras arbitrais e no art. 11 das regras de arbitragem da UNCITRAL de 1976, aplicável, em regra, para arbitragens internacionais *ad hoc*. Não obstante ser considerado um instrumento crucial para se confirmar e assegurar a legitimidade de todo o processo arbitral (MARQUES, 2018, p. 107), por outro lado, não significa que seja suficiente para certificar a validade da constituição daquele árbitro ou do tribunal arbitral. O critério para revelação deve focalizar os fatos que *poderiam* levantar dúvidas sobre a equidistância do árbitro, dessa forma, é necessário que a amplitude e razoabilidade do que revelar deve ser avaliada na visão do árbitro cumulada a das partes (LEMES, 2010, p. 21-34). Diante da realidade fática, poderá persistir eventuais interferências de elementos subjetivos, que irá variar conforme cada caso, já que não há previsão de parâmetros concretos e infalíveis capazes de assegurar o que é de fato imprescindível ser revelado. É nesse ponto que surgem as cláusulas gerais de “dúvidas justificáveis”, ou seja, aquelas que possam afetar a independência e a imparcialidade do árbitro no ato de julgar. Para as instituições arbitrais recomenda-se incluir em seus regulamentos, questionários e códigos de ética com previsões expressas dessas situações que se costumam entender como relevantes na prática, além da possibilidade de as partes formularem questões adicionais ao julgador para tornar sua visão mais concreta (MARQUES, 2018).

O objetivo geral do estudo é abordar o dever de revelação do árbitro em seus aspectos doutrinários, regulamentares, legais e jurisprudenciais, analisando as ferramentas existentes para coibir eventuais subjetividades na postura do julgador, de forma garantir a imparcialidade e independência do árbitro com o fito de assegurar o devido processo legal no curso do procedimento arbitral.

O problema de pesquisa, portanto, consiste na tentativa de conceituação na teoria e na prática do dever de revelar do árbitro. Com isso, a hipótese versa sobre a

investigação da existência ou não de critérios objetivos para a composição de tal conceito e para definir a extensão de sua aplicação.

2 O ÁRBITRO E O PROCEDIMENTO ARBITRAL

Uma das mais reconhecidas vantagens da arbitragem é a possibilidade, em certa medida, de escolha do julgador, dentre as pessoas que mais inspiram confiança às partes, pois é considerado o conhecimento específico sobre a matéria, levando em consideração os atributos pessoais e intelectuais, dedicação e domínio específico sobre o objeto de conflito. Ao consignar que o árbitro é “juiz de fato e de direito”, nos termos do art. 18 da Lei de Arbitragem, tem-se o julgador privado como agente de jurisdição, uma vez investido pelas partes ou por autorização delas para atuar naquela condição em um caso específico, portanto, encargo provisório e que se encerra com a prolação da sentença (MARQUES, 2018). É importante ressaltar que não obstante a natureza contratual, o árbitro não corresponde a um mandatário, delegatário ou representante das partes, mas sim de julgador, inexistindo vínculos com quem o indica, dispondo dos poderes de *jurisdictio*.

Assim, ao entregar o litígio a quem tem conhecimento específico da matéria objeto da controvérsia, terá maior técnica para apreciar a questão, principalmente para questões pouco usuais na rotina dos tribunais (CAHALI, 2018. p. 209). Impossível negar que a expressão da vontade pelas partes na indicação dos árbitros é sensível e delicada, pois, trata-se de escolha que pode comprometer a qualidade e a validade de todo o processo arbitral, seja no procedimento ou no julgamento, o que justifica, em alguns casos, as muitas horas gastas por partes e seus advogados para buscar e avaliar os melhores nomes e os conhecimentos e experiências que se mostram marcantes para aquela determinada causa (FINIZIO, 2010). É do conceito de “confiança” que deriva dever essencial de transparência do árbitro, o dever de revelar fatos ou circunstâncias que possam abalar a confiança gerada nas partes, pois as interações mantidas pelo árbitro o tornam um cidadão, em teoria, ainda mais engendrado na sociedade e que é incentivado a buscar mais relações e, com isso, é possível denotar uma impessoalidade para o juiz que certamente não há para o árbitro (MARQUES, 2018).

2.1 Imparcialidade e Independência

No Brasil, país primariamente de tradição *civil law*, o direito a um tribunal imparcial *lato sensu* é buscado através de previsão no código processual, que vislumbra a exigência de um tratamento isonômico entre as partes no processo, além da necessária observância do devido processo legal. Assim sendo, o direito a um julgamento válido, imparcial e justo é inerente à ideia de jurisdição, que é exercida tanto pelo juiz como pelo árbitro, ainda que em contextos e funções diversas (MARQUES, 2018).

A Lei de Arbitragem em seu art. 13 impõe que o árbitro, dotado da “confiança das partes”, assegure um indissociável componente ético-moral para que se possa

atingir o que se denomina “equidistância mínima”, indispensável entre o julgador, os litigantes e o conflito, representada pela inexistência de preferências por um resultado ou por uma parte, implícita ou expressamente (MARQUES, 2018). Trata-se de uma distância segura minimamente exigida, que irá variar conforme a lei aplicável e a situação fática, pois o julgador não sendo minimamente equidistante pode ser considerado, no limite, até integrante de um dos polos litigantes, inexistindo condição de “terceiro” (MARQUES, 2018).

Os deveres do árbitro de independência e imparcialidade são medidas imperiosas de garantia à justiça e, embora sejam tratados em conjunto, possuem significados distintos. A imparcialidade impõe o dever de não proceder com tendenciosidade em favor de uma das partes (TORRESI, 2018), sendo um elemento subjetivo, pois trata-se do estado mental em que se preza pela inexistência de preferências por um resultado ou por uma das partes. A característica da independência determina a ausência de relações externas consideradas inaceitáveis entre o árbitro e uma das partes e/ou seus advogados, um fator objetivo que denota uma situação de fato, pois parte de uma inexistente relação entre árbitro e partes, avaliada objetivamente por meio de circunstâncias que, a priori, levantem dúvida sobre um possível interesse do julgador na causa (TORRESI, 2018). O ordenamento jurídico brasileiro entende como requisito legítimo da jurisdição haver a possibilidade de alteridade do julgador em relação às partes em situações específicas, vislumbradas no art. 14, caput, da Lei 9.307/1996, que remete a matéria dos impedimentos e suspeições do árbitro para o Código de Processo Civil.

As regras de imparcialidade evidentemente são consideradas mais relevantes na arbitragem, em comparação à esfera judicial, vez que os profissionais que atuam como árbitros possuem maior gama de relação que podem interferir na sua atuação. Em virtude disso, deve-se exigir ainda mais transparência quanto à imparcialidade do julgador já que esta não pode ser mensurada ou auferida *in natura*, tendo que ser revelada de acordo com a aparência, fruto da percepção de um sujeito frente ao qual as circunstâncias fáticas se desenrolam, ou seja, é fruto da percepção de um observador (ELIAS, 2014, p. 66). A “pedra de toque” da imparcialidade e independência do árbitro é o seu dever de revelação, mantido durante todo o procedimento arbitral, que, ao informar às partes todas as circunstâncias cuja natureza possa afetar seu julgamento é capaz de julgar o conflito de maneira justa e equânime.

2.2 O Dever de Revelar

A confiança somente será alcançada pelas partes quando a elas é dada a oportunidade de conhecer o que há de relevante sobre o árbitro, para que confiem que ele exercerá seus deveres e obrigações à altura do quanto se busca contratar. Assim, a temática da imparcialidade e independência do árbitro destacada no art. 14 §1º da Lei 9.307/96, estabelece que “as pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência”. A arbitragem como

justiça privada exercendo seu múnus público não pode ser palco para acobertamento de julgamentos ilegais e ímprobos, sendo necessário o instituto do dever de revelação como uma das melhores “vacinas” para esse fim (MARQUES, 2018), pois torna as relações legítimas já que prezam pela transparência, evitando que ocorra alegações de nulidade desde o princípio.

A expressão “dúvida justificada” se baseia em um risco ou possibilidade de parcialidade, critério em que não é necessário demonstrar que o árbitro agiu, efetivamente, de formar parcial em favor de uma das partes, sendo suficiente a demonstração de fatos concretos que, objetivamente, originam substancial dúvida ou suspeita a respeito da falta de imparcialidade e independência do árbitro (TORRESI, 2018). Enquanto o juiz togado é investido de “confiança institucional”, fundada na sua investidura em agente estatal, o árbitro, indicado para atuar na causa única, de forma mais relevante, deve demonstrar à partes que é confiável (MARQUES, 2018). Por conta disso, não há um dever paralelo na esfera judicial, requerendo ao terceiro uma atividade proativa e investigativa sobre o indicado para atuar como árbitro.

O dever de revelação está previsto em praticamente todas as legislações e regulamentos arbitrais, reconhecido atualmente como um indiscutível princípio da arbitragem. Porém, ainda assim, não se pode considerar que estejam suficientemente claros os aspectos que envolvem o dever de revelar, pois certamente persistem complexidades e divergências quanto aos deveres de imparcialidade e independência atribuídos aos árbitros, que deverão ser observados em cada caso concreto. Considerado um dos maiores “seguros de vida” da arbitragem (FERNÁNDEZ ROZAS, 2010) no momento inicial da arbitragem, o dever de informar não se trata de dever estático, pois perdura durante todo o processo arbitral, como a maioria das leis e regulamentos arbitrais estabelece (CARMONA, 2009). Nada sendo revelado, o árbitro assegura que não há informações que possam comprometer sua indicação, confirmando que não há assimetria de informações que possam interferir seu julgamento. Se algo for revelado, caberá às partes analisar o que foi informado, optando por impugnar ou não o árbitro proposto, desde que motivadamente, nos termos do art. 15 da Lei 9.307/96, por exemplo. Caso as partes decidam não impugnar o árbitro, validarão a atuação daquele terceiro, confirmando a confiança na sua pessoa, a despeito de eventuais fatos que poderiam importar algum tipo de relação ou interesse em favor de uma das partes (MARQUES, 2018), enfraquecendo-se, a partir de então, qualquer alegação de falta de equidistância do julgador com base nos fatos já revelados e de conhecimento dos litigantes. Tem-se, de um lado, a obrigação legal que o árbitro não pode se furtar e, de outro, de direito potestativo da parte de aceitá-lo ou recusá-lo (MARTINS, 2013, p. 136).

A revelação possui um “efeito purificador” (LUTTERLL, 2009. p. 43), e ao não revelar, feriu o árbitro o princípio da transparência, descumpriu dever dos mais caros ao instituto da arbitragem e impossibilitou à parte o exercício de um direito essencial – o de recusa – que objetiva, ao fim e ao cabo, proporcional que a arbitragem cumpra o seu mais importante mister: realizar a justiça, de modo justo, adequado e imparcial. (MARTINS, 2013)

2.2.1 A extensão do dever de revelar

A amplitude e razoabilidade do que revelar deve ser avaliada na visão do árbitro cumulada com a das partes (LEMES, 2010. p. 6-7). A ciência das partes, efetiva ou presumida, consiste no maior objetivo do dever de informar (MARQUES, 2018), portanto, deve-se revelar na extensão necessária, sob pena de ser o mesmo que sequer ter revelado. O árbitro, de um lado, deverá cuidar para que informações razoáveis sobre sua equidistância estejam claras às partes, pela revelação ou por publicidade e fácil acesso; as partes, do outro, deverão atuar de boa-fé oferecendo informações mínimas para as checagens de conflitos, assegurando que suas eventuais dúvidas sejam postas dentro do prazo legal (MARQUES, 2018).

A verdadeira questão não concerne a existência do dever de revelar, mas sim o seu perímetro (CLAY, 2012). A dificuldade maior surge do preceito de que a equidistância do árbitro deve ser avaliada tomando-se em contas todas as diversas relações no mundo que vive (e nem todas elas abertas ao público), tais como a relação com seus sócios, colegas de profissão, partes e advogados de arbitragens ou processos judiciais anteriores ou em curso, dentre outras (VERÇOSA, 2004, p. 346). Por conta disso, denota-se uma complexidade na análise direta do que deve, do que não deve, e do que não precisa ser revelado pelo proposto árbitro, tendo em vista os aspectos subjetivos que permeiam o dever de informação.

Muitas vezes o árbitro indicado não tem certeza se deve revelar certo fato, se seria relevante ou desnecessário. Dessa forma, deve-se sopesar no caso concreto o que os litigantes desconhecem ou deveriam conhecer sobre aquela pessoa indicada para atuar como julgador privado, além de ser necessário buscar interpretar e estabelecer, por meio de grupos de precedentes, doutrina e de *soft law*, a extensão do dever de revelar. O recomendado é que, na dúvida, seja revelada a informação pois o prejuízo da revelação sempre será menos do que da eventual omissão, já que se este fato, aos olhos das partes, for importante e causa de sua rejeição, sua omissão poderá pôr em risco toda a arbitragem (LEMES, 2010).

3 REGULAMENTOS DAS CÂMARAS ARBITRAIS E O DEVER DE REVELAR

A situação legislativa e prática do Brasil sobre o dever de revelar não se difere dos modelos internacionais, visto que a Lei 9.307/96, em seu artigo 14 §1º utiliza a terminologia aberta e subjetiva, determinando que os árbitros revelem “qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência”. A regulamentação aplicada sobre o dever de revelar é propositalmente genérica, com adoção de cláusulas gerais e normas abertas em geral, e, por conta disso refletem na prática consideráveis dúvidas sobre a extensão e o modo de ser exercido a revelação, haja vista as diferentes visões quanto ao que pode e ao que deve ser revelado. A subjetividade do tema é evidente, já que se encontra intrinsecamente ligado a conduta dos sujeitos litigantes da arbitragem e sua análise particular na delimitação de eventuais dúvidas sobre a imparcialidade e independência do árbitro em cada cenário.

Nota-se como pode ser difícil que todos os propostos árbitros, além das partes e de seus advogados, tenham exatamente a mesma visão sobre os deveres de imparcialidade, de independência e sobre o dever de revelação, já que comportam entendimentos e posições jurídicas diferentes e que dificilmente atingem conclusões firmes e unânimes (MARQUES, 2018, p. 171). Dessa forma, em vez de estabelecer róis taxativos de hipóteses, os *standards* têm o propósito de deixar ao exegeta, diante do cenário concreto e específico, as melhores, mais indicadas e dinâmicas interpretações das normas, visando auxiliar a abertura e a mobilidade do sistema jurídico propiciando o seu progresso mesmo se ausente a inovação legislativa (MARTINS COSTA, 2015). A adoção por este método legislativo se deu como uma opção viável capaz de acompanhar a dinamicidades dos elementos envolvidos em cada oportunidade, o que não se lograria caso houvesse uma regulamentação mais rígida.

É impossível conferir absoluta objetividade e abranger todos os casos em que a recusa possa ser verdadeiramente recomendável, portanto, caberá ao intérprete compreender a mens legis e verificar, diante da realidade fática, se a imparcialidade foi ou não ofendida (TORRE, 2020, p. 6). Dentre os elementos mais palpáveis quanto à taxatividade de hipóteses não vinculantes atinentes ao cenário da extensão do dever de revelar e nos casos de impossibilidade de atuação do árbitro, estão as *soft law*, regras criadas com base nos pontos de vista mais ou menos acentuados das respectivas instituições arbitrais e que ajudam na ponderação dos casos, ainda que sem poder normativo (CORDEIRO, 2016, p. 152). Ao sedimentar as mesmas cláusulas gerais, as *soft law* buscam detalhar e tentar concretizar – de forma sugerida e não vinculante – algumas situações em que a revelação seria necessária ou a atuação não seria admitida (MARQUES, 2018, p. 184).

Sendo internacional a preocupação, o exemplo mais conhecido de *soft law* sobre a temática, consiste nas “Diretrizes da IBA relativas a Conflito de Interesses em Arbitragem Internacional de 2004” (IBA, 2014), elaborada por 19 especialistas de 14 países diferentes, com proveitosas orientações sobre questões envolvendo a conduta do árbitro (MARQUES, 2018, p. 232). Essas diretrizes trazem critérios segundo os quais o teste é menos rigoroso para a revelação do que aquele exigido para que se acolha uma impugnação, com situações nelas previstas são especificadas didaticamente em lista verde, amarela e vermelha, de acordo com a respectiva gravidade, com impacto no afastamento do árbitro ou o dever de revelar para avaliação dos interessados. Estas regras possuem finalidade pedagógica e são um norte, um guia e uma referência (LEMES, 2010) que dependerá de uma análise casuística, peculiar da aplicação de normas advindas do modelo de cláusulas gerais; contudo, é factível que se estabeleçam, por meio dos vetores centrais, formas de se evitar decisões conflitivas, díspares ou assistemáticas (MARQUES, 2018, p. 188). De igual modo, as chamadas *hard law* constantes dos os regulamentos de algumas instituições também reforçam situações que configurariam falta de equidistância do árbitro (causas de recusa ou impugnação), mediante conceitos abertos, porém em um grau de indeterminação sutilmente menor (MARQUES, 2018, p. 181).

Com o crescimento das arbitragens comerciais (domésticas e internacionais) no mundo, foi criada a Lei-Modelo de Arbitragem da UNCITRAL (UNCITRAL, 1985), com o propósito principal de harmonizar a regulação da arbitragem na esfera internacional. O diploma trata sobre o dever de revelação em seu artigo 12, solidificando um conceito aberto sobre as circunstâncias concretas que poderiam causar dúvidas razoáveis, propondo-se a reger um domínio de casos em razão da diversidade cultural e de sistemas jurídicos dos países envolvidos. O dever de revelação constitui um dever universal obrigatório, mas o que deve ser revelado estará intimamente vinculado à identidade cultural do árbitro (LEMES, 2010).

3.1. O Dever de Revelar nos Regulamentos das Câmaras de Arbitragem Nacionais e o Procedimento de Impugnação e Recusa do Árbitro

As previsões sobre o dever de revelar constante das câmaras arbitrais brasileiras serão exploradas neste tópico com análise focada nos regulamentos das três principais câmaras nacionais recomendadas pela Leaders League (2020), localizadas em unidades federativas distintas: São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro. Na liderança está o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), considerada a maior câmara brasileira do setor comercial, responsável por uma parcela expressiva das arbitragens que acontecem no país, envolvendo partes nacionais e estrangeiras. Em segundo lugar, considerada excelente pelo ranking, posiciona-se a Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – CAMARB, uma das principais câmaras do país que administra procedimentos arbitrais que envolvem disputas empresariais, inclusive envolvendo a administração pública, sobre infraestrutura, construção, energia e demandas societárias. Em terceira posição, classificada como altamente recomendada, está o Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem, especializado no manejo de conflitos empresariais oferecendo para solução de controvérsias tanto a arbitragem como a mediação.

3.1.1 Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC)

O regulamento da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) versa em seu capítulo 5 sobre a formação do tribunal arbitral, consignando no item 5.2 (CAM-CCBC, 2012) as causas de recusa ou impugnação do árbitro, listando situações genéricas em que o julgador não poderá ser nomeado, pois configurariam falta de equidistância. Não obstante este item ainda salientar conceitos abertos, possui um grau de indeterminação menor em sua regulamentação. O item 5.3 do regulamento traz a previsão do dever de revelar, enquanto o item 5.4 trata sobre o procedimento de impugnação dos árbitros pelas partes em situações que configurarem falta de independência ou imparcialidade. A impugnação será julgada pelo Comitê Especial, que será constituído por 3 (três) membros do Corpo de Árbitros da instituição arbitral a serem nomeados pelo Presidente do. O item 5.5 vislumbra a hipótese de, no curso

do procedimento, ocorrer causa superveniente de impedimento dos árbitros, devendo neste caso o julgador ser substituído por meio de nova indicação.

A instituição arbitral ainda cuidou em consignar em seu Código de Ética (datado de 2008 com alterações de 2016), de forma complementar e igualmente vinculante, a previsão específica sobre o dever de revelar do árbitro, no intuito de trazer maior concretude à forma e ao conteúdo da revelação, conforme pode-se observar no Enunciado 4. A previsão no Código de Ética traz nortes importantes e razoáveis para árbitro e partes no momento da indicação, como também durante todo o processo arbitral (LEMES, 2010). Para fins de verificação da imparcialidade do árbitro, observa-se que a previsão é no sentido de informar qualquer interesse ou relacionamento que possam causar aparência justificável de parcialidade, o que equivale ao conceito de dúvida justificada, uma vez que este se baseia em um risco ou possibilidade de parcialidade, devendo ser demonstrado que no caso concreto.

3.1.2 Câmara De Mediação E Arbitragem Empresarial - Brasil (CAMARB)

O Capítulo IV do regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial (CAMARB, 2019) aborda sobre a impugnação de árbitros e traz no item 4.10 a previsão sobre o dever de revelar do árbitro, além de salientar sobre a necessidade do julgador em certificar que não está incurso nas hipóteses de impedimento ou suspeição. O item 4.11 firma que o dever de informar é estático, ou seja, sobrevindo qualquer circunstância que denote dúvida justificável durante o curso do procedimento arbitral, incumbirá ao julgador revelar tal fato.

O capítulo 5, que trata do procedimento de impugnação dos árbitros, estabelece em seu item 5.1 que, após o recebimento da declaração de disponibilidade, independência e imparcialidade (item 4.10) ou após a revelar os fatos que possam suscitar “dúvidas fundamentadas”, poderão as partes impugnar o árbitro que julgarem incursos nas hipóteses de impedimento ou suspeição. Conforme consigna o item 5.3., a impugnação deverá ser decidida por um Comitê composto por três integrantes da Lista de Árbitros da CAMARB a serem nomeados pelo Presidente, em conjunto com outro diretor. Neste caso, o árbitro declarado suspeito deverá ser substituído (item 4.12): “4.12. Se algum árbitro nomeado vier a falecer, for declarado impedido ou suspeito ou ficar impossibilitado para o exercício da função, o substituto será nomeado na forma e prazo aplicáveis à nomeação do árbitro a ser substituído”.

3.1.3 Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA)

O regulamento do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA, 2013) em seu capítulo 5 que versa sobre a formação do tribunal arbitral, traz o disposto no item 5.2 que, por se tratar de arbitragem em que é aplicável a lei brasileira, salienta a vedação do exercício da função de árbitro quando se constatar as hipóteses de suspeição ou impedimento previstas no Código de Processo Civil nos artigos 144 e 145. Assim como faz a Lei 9.307/96 no *caput* do art. 14, trata-se de causas que conferem balizas para se precisar a equidistância do árbitro. O dever de revelar do

árbitro se faz presente no item 5.4, o qual frisa o conceito de “dúvida justificada” e trata sobre a necessidade de o árbitro assinar o Termo de Independência, Imparcialidade e Disponibilidade. Assim como se fez presente nos demais regulamentos nacionais analisados anteriormente, o item 5.5 prevê a hipótese de, sobrevindo fato ou circunstância superveniente capazes de originar substancial dúvida ou suspeita de falta de independência ou imparcialidade no curso do procedimento arbitral, deverá o julgador informar imediatamente às partes e aos demais árbitros de forma escrita tal circunstância.

O capítulo 7 aborda a arguição de recusa do árbitro, estabelecendo no item 7.1. que o prazo é de 15 dias da ciência designação ou do momento em que teve conhecimento dos fatos que causaram uma aparência justificável de parcialidade, sendo necessário apresentar provas pertinentes que justifiquem falta de imparcialidade e independência. O árbitro e as partes terão a oportunidade de se manifestarem, devendo o Presidente do Centro pronunciar-se sobre a arguição (item 7.2), ficando o prazo para nomeação do árbitro suspenso até a decisão (item 7.3).

Observa-se que o regulamento do CBMA expressa um procedimento de arguição de recusa diferente do previsto no CAM-CCBC e da CAMARB visto que não há composição de um Comitê Especial formado pelos integrantes da lista de árbitros por indicação do Presidente, ficando a decisão à cargo da Presidência da instituição arbitral. Se o presidente estiver impedido para a decisão, na prática do CBMA, a decisão será tomada pela Vice-Presidência Jurídica.

3.2 O Dever de Revelar nos Regulamentos das Câmaras de Arbitragem Internacionais e o Procedimento de Impugnação e Recusa do Árbitro

Em se tratando de arbitragem internacional, o critério escolhido no presente estudo para a análise da previsão do dever de revelar far-se-á a partir dos regulamentos de três câmaras internacionais dentre as mais antigas do mundo. Primeiramente, analisaremos como o dever de informação é vislumbrado no regulamento do Tribunal de Arbitragem Internacional de Londres (LCIA), instituição fundada em 1892 e considerada uma das principais para resolução de disputas comerciais, que presta serviços de arbitragem, mediação e formas alternativas de solução de conflitos.

Em seguida, passaremos a explorar o regulamento da Câmara Internacional do Comércio (ICC ou CCI), criada em 1919, considerada a instituição arbitral pioneira na arbitragem comercial internacional, atualmente é considerada a maior organização empresarial mundial, cuja rede abrange cerca de 45 milhões de empresas e associações empresariais em mais de 100 países, e de maior projeção internacional. Por fim, finalizaremos observando o regulamento de arbitragem da American Arbitration Association (AAA-ICDR), principal órgão de administração de casos de arbitragem nos Estados Unidos e principal instituição arbitral da América do Norte. Fundada em 1926, a AAA gerencia casos de arbitragem internacional por meio de seu Centro Internacional para Resolução de Disputas (ICDR), que oferece serviços de

gestão de conflitos especializada em arbitragens laborais e no campo da responsabilidade civil em mais de 80 países com uma equipe fluente em 12 idiomas.

3.2.1 Tribunal De Arbitragem Internacional de Londres (LCIA)

O regulamento de arbitragem da LCIA, que entrou em vigor no dia 1 de outubro de 2020 (LCIA, 2020), prevê em seu capítulo 5 sobre a formação do Tribunal Arbitral, constando em seu item 5.4 a exigência de o árbitro apresentar um resumo completo com suas qualificações profissionais, além de assinar uma declaração escrita informando se existem alguma circunstância que possa suscitar dúvida justificável quanto a sua independência e imparcialidade. O item 5.5 complementa a previsão do dever de revelar trazendo a hipótese do julgador informar caso alguma circunstância sobrevenha durante o procedimento arbitral, que seja suficiente para denotar dúvida justificável. Sendo certo que a imparcialidade é um fator subjetivo e uma predisposição de espírito do julgador, é importante perceber que o regulamento ao trazer o conceito, utilizou-se a frase “suscitar na mente de qualquer parte” dúvidas justificáveis, pressupondo uma avaliação subjetiva feita pelas partes verificável *in concreto*.

O capítulo 10 salienta sobre a revogação da nomeação dos árbitros, sendo previsto no item 10.1 a possibilidade de esta ser feita quando demonstrado a existência de circunstâncias que suscitem dúvidas quanto à imparcialidade e independência do julgador. O prazo para contestar a atuação, conforme item 10.3, será de catorze dias contados após a formação do Tribunal Arbitral ou após o conhecimento dos fatos que justifiquem a existência de dúvida fundamentada. O árbitro e as outras partes terão a oportunidade de se manifestar sobre o alegado (item 10.4), podendo o Tribunal da LCIA exigir informações e materiais complementares da parte contestadora, bem como das demais partes e do árbitro contestado, para fazer prova do alegado. Se todas as partes concordarem com as alegações trazidas pela parte contestadora, importará na revogação da nomeação do árbitro (item 10.4). O item 10.6 traz a possibilidade do Tribunal da LCIA decidir a impugnação que, sendo mantida, ocorrerá a revogação da nomeação do árbitro. O texto normativo frisa que na hipótese de o árbitro renunciar por escrito antes da decisão do Tribunal sobre a impugnação, não importará em confissão do árbitro sobre os fatos alegados pela parte contestadora.

Cumprе ressaltar que a LCIA é um exemplo de instituição arbitral que publica decisões proferidas quanto a impugnações a árbitros, ainda que sem referência aos nomes envolvidos, dando importantes diretivas para serem consideradas por árbitros, advogados e partes no âmbito internacional e doméstico (MARQUES, 2018, p. 266). O ponto favorável dessas decisões é que formam um corpo crescente de decisões que servem para esclarecer os padrões aplicáveis para revelação e impugnações, e, como consequência, que elevam a previsibilidade do processo (LEVINE, 2016, p. 281-282).

3.2.2 Câmara Internacional Do Comércio (CCI)

O regulamento de arbitragem da Câmara Internacional do Comércio dispõe em seu artigo 11 (ICC, 2021) sobre as disposições gerais quanto à formação do Tribunal Arbitral, vislumbrando os deveres de imparcialidade e independência do julgador, além da necessidade de assinar declaração de aceitação, disponibilidade, imparcialidade e independência antes de sua nomeação, informando por escrito à Secretaria fatos ou circunstâncias pessoais que possam questionar sua independência aos olhos das partes, capazes de gerar dúvidas razoáveis em relação à sua imparcialidade, inclusive durante a arbitragem.

A previsão no artigo 14 do Regulamento trata sobre o procedimento de impugnação do árbitro por alegação de falta de imparcialidade ou independência, consignando a necessidade de a parte fazê-la por escrito à Secretaria no prazo de trinta dias contados do recebimento da nomeação do árbitro ou contados do conhecimento dos fatos e circunstâncias que fundamentarão a impugnação. A Corte do CCI será competente para pronunciar-se sobre a admissibilidade dos fundamentos que embasaram a impugnação.

Os códigos de ética criados pelas instituições arbitrais, vinculantes para as arbitragens conduzidas por aquela instituição arbitral, refletem o que se entende ser o desejo das partes e da câmara quando o tema é a extensão do dever de revelação. Esta prática se faz presente na ICC, que possui a chamada “Nota às Partes e aos Tribunais Arbitrais sobre a condução da arbitragem conforme o Regulamento de Arbitragem da CCI” (ICC, 2016). O capítulo III, sobre o Tribunal Arbitral, esclarece, na letra A, sobre a “Declaração de Aceitação, Disponibilidade, Imparcialidade e Independência”. O parágrafo 21 da nota estabelece regra essencial para a conceituação do dever de revelar do árbitro, qual seja, em caso de dúvida o árbitro deve optar por fazer a revelação. Em seu parágrafo 22 a nota estabelece que uma revelação não implica, por obviedade, na existência de conflito de interesses. Esclarece ainda, que a ausência de revelação, por si só, não ensejará motivo para desqualificação do julgador, no entanto, será levada em consideração na análise da objeção. Além disso, diante da prática de arbitragem na CCI, a Nota consignou no item 23 um rol de circunstâncias a serem observadas no caso concreto que podem ser consideradas potencialmente relevantes, no intuito de reforçar a aferição. Como exemplo, o fato de o árbitro atuar em procedimento relacionado ou em procedimento que envolva uma das partes ou qualquer das suas afiliadas.

Uma vez indicado, o árbitro deve verificar todos os seus relacionamentos presentes e passados com as partes e, se for o caso, com os grupos societários aos quais as partes estão vinculadas (LEMES, 2010), conforme prevê o Código de Ética em seu item 24, item 27 e item 28, podendo a Secretaria auxiliar os candidatos na identificação de indivíduos e identidades relevantes na arbitragem.

3.2.3 American Arbitration Association (AAA-ICDR)

O regulamento de arbitragem internacional da American Arbitration Association (AAA-ICDR, 2021) vislumbra em seu artigo 14 sobre os deveres de

imparcialidade e independência dos árbitros, firmando que o árbitro indicado deverá assinar a Notificação de Nomeação, o qual deverá atestar sua imparcialidade e independência, devendo revelar ao Administrador da câmara arbitral qualquer circunstância que possa dar lugar a dúvidas justificáveis, bem como quaisquer outros fatos relevantes. Salienta, ainda, a continuidade do dever de informar do árbitro, que deverá ser feito de imediato às partes e ao Administrador, em qualquer estágio da arbitragem na hipótese de sobrevir novas circunstâncias que possam dar lugar a dúvidas. Nota-se que o regulamento afirma que havendo revelação de qualquer circunstância pelo julgador, não necessariamente esta irá configurar ausência de equidistância mínima. Na hipótese em que as partes, após ter conhecimento de fatos que configurariam uma dúvida razoável sobre a imparcialidade do árbitro, deixar de se manifestar dentro de um prazo razoável, o regulamento estabelece que esta conduta constituirá renúncia ao direito de impugnar o árbitro com base nessas circunstâncias.

No que tange ao procedimento de impugnação dos árbitros previsto no artigo 15 do Regulamento, salienta-se que o julgador poderá ser impugnado caso haja circunstâncias que configurem dúvidas justificáveis em relação a sua imparcialidade ou independência. A parte deverá enviar requerimento de impugnação por escrito, demonstrando suas razões ao Administrador no prazo de quinze dias a contar da ciência da nomeação do árbitro ou a contar da data do conhecimento daquelas circunstâncias que fundamentarão a impugnação. Após, o Administrador irá notificar as demais partes que compõem o procedimento arbitral para que se manifestem bem como os demais integrantes do tribunal arbitral.

Havendo consenso entre as partes sobre os termos da impugnação, o julgador será removido (artigo 15 [2]). Na ausência de acordo entre elas, o árbitro, após consulta ao Administrador, poderá optar pela renúncia. Insta salientar que esses casos de renúncia não implicarão em aceitação sobre a veracidade dos motivos da impugnação pelo árbitro. O Administrador da instituição arbitral será competente para decidir sobre a impugnação, a seu exclusivo critério, se a outra parte não estiver de acordo a impugnação ou se o árbitro impugnado não se afastar.

É possível perceber que o regulamento estabelece genericamente o dever de revelação a partir de fatos que poderiam dar origem a “dúvidas justificáveis” (artigo 14 [2]), como já visto nas demais instituições arbitrais internacionais. Para tanto, a American Bar Association (ABA) conjuntamente com a AAA editou e promulgou o chamado “Código de Ética para Árbitros em disputas comerciais” (ADR, 2020) que busca trazer maior concretude à forma e ao conteúdo do dever de revelação no Canon II, enumerando situações consideradas causas de revelação no parágrafo A (como por exemplo, qualquer interesse financeiro direto, indireto ou pessoal no resultado do procedimento arbitral). Trata-se de um dever contínuo do julgador a ser observado durante todo o procedimento arbitral, caso interesses ou relacionamentos surjam, sejam lembrados ou descobertos (parágrafo C). O parágrafo D indica que na dúvida, deve-se optar a favor da divulgação da informação. O parágrafo F salienta que, o árbitro poderá funcionar como árbitro se as partes desejarem mantê-lo como julgador após o conhecimento dos fatos revelados.

4 JURISPRUDÊNCIA

Um exemplo emblemático que ensejou dúvidas quanto a imparcialidade e independência do árbitro foi o Caso Abengoa. Nesta oportunidade foi discutido se teriam sido atendidos os deveres do árbitro presidente de tribunal arbitral constituído em Nova Iorque, onde o julgador deixou de revelar que o escritório de advocacia do qual era sócio havia, no curso do procedimento arbitral, prestado serviços a clientes em operações empresariais nas quais figurou como parte contrária uma das partes da arbitragem (TORRESI, 2018). Diante dos mesmos fatos, a Justiça dos EUA e a Justiça do Brasil chegaram a decisões diametralmente opostas. O Tribunal norte-americano ao entender que não poderia anular as sentenças arbitrais, na medida em que não vislumbrava falta de imparcialidade do árbitro-presidente no caso concreto (TORRESI, 2018), comungou com o entendimento que preconiza uma demonstração concreta de uma parcialidade de fato, critério focado na aparência de parcialidade. Já o Superior Tribunal de Justiça concluiu pelo indeferimento da homologação das sentenças arbitrais (STJ, 2017), sob o entendimento de que os deveres de imparcialidade e independência não foram atendidos pelo árbitro presidente (TORRESI, 2018), denotando-se situação de parcialidade aparente.

É possível observar que as decisões proferidas resultaram da forma como o Direito brasileiro e como o Direito norte-americano aplicam seus critérios de aferição da imparcialidade do árbitro (TORRESI, 2018), já que a análise do *animus* do árbitro é fato de complexa subjetividade, pois, se de um lado a independência do árbitro pode ser aferida por meio de parâmetros objetivos, a imparcialidade traz intrinsecamente critérios subjetivos, como expressão de um estado de espírito, os quais são, todavia, muito mais difíceis de serem identificados (TORRE, 2020). É indiscutível a dificuldade de se identificar uma evidente violação à imparcialidade, eis que o estado psíquico de um julgador raramente é externalizado (TORRE, 2020), pois não é possível adentrar em sua postura mental íntima para poder saber ao certo se o árbitro-presidente do caso em comento conhecia dos fatos e se teriam lhe estimulado a proceder de uma forma parcial à Abengoa na arbitragem, ainda que de forma não aparente.

O julgamento de apelação interposta contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Empresarial e de Conflitos de Arbitragem da Comarca da Capital do Estado de São Paulo julgou improcedente ação declaratória de nulidade de sentença arbitral por violação do dever de revelar do árbitro presidente. Este fora indicado pela parte apelada em uma arbitragem relacionada que envolvia mesma discussão travada com o próprio apelante. No caso concreto, a apelante alegou descumprimento da legislação arbitral e do Código de Ética do CAM- CCBC por existir uma nova relação contratual com apenas uma das partes do procedimento, informando que o árbitro tinha conhecimento de aspectos fáticos trazidos de apenas uma das partes da arbitragem, sem que houvesse contraditório e ampla defesa de forma apropriada. A suspeita da apelante sobre a falha do dever de informar do árbitro se iniciou com posturas questionáveis provenientes do julgador, observando um tratamento sem a equidistância devida entre as partes, como o indeferimento de quesito pertinente à

relação jurídica das partes para constituição de prova, bem como a aplicação de multa considerada questionável com redução de 70% do valor da condenação da apelada (ré no procedimento arbitral). Somente após ter sido proferida a sentença arbitral, o árbitro presidente confirmou ter aceitado a referida indicação da apelada para atuar como árbitro em litígio não relacionado ao objeto da sentença arbitral impugnada, informação que se restou prejudicada no caso concreto, visto que o dever de revelação é estático e perdura durante todo o curso da arbitragem. Portanto, o julgador, ao não noticiar imediatamente a sua atuação num outro procedimento arbitral que envolvia a apelada, demonstrou uma clara violação ao dever de informar. Assim, a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu decisão no sentido de reconhecer a caracterização da violação do dever de revelação, alegando suspeição e desconstituindo a sentença arbitral com fundamentação nos artigos 14 e 32 inciso VIII da Lei 9.307/96.

Comparativamente, merece destaque o caso *Halliburton Company versus Chubb Bermuda Insurance Ltd* (Royal Courts of Justice, 2018) julgado pela Suprema Corte do Reino Unido em 2018. Trata-se de realidade fática análoga na nomeação do árbitro e sua extensão do dever revelar quando o é nomeado em outras arbitragens sobre mesmo tema ou indicado por uma das partes litigantes, sem que haja qualquer divulgação da sua nomeação. No caso concreto, o recorrente, Halliburton, forneceu serviços de cimentação e monitoramento de poços para a BP no Golfo do México, bem como celebrou uma apólice de seguro com a Chubb Bermuda Insurance Ltd, e no ano de 2010, houve uma explosão e incêndio na plataforma de petróleo Deepwater Horizon no Golfo do México. Não obstante o julgamento nos Estados Unidos ter considerado culpa concorrente, sendo acordado um valor do dano, houve o inadimplemento do pagamento por uma das partes o que deu início a um procedimento arbitral. No ano de 2016, após a nomeação, foi descoberto que o árbitro presidente do tribunal arbitral tinha aceitado nomeação para atuar como árbitro em dois procedimentos decorrentes do mesmo incidente na plataforma de petróleo Deepwater Horizon. Tal fato levou a Halliburton a impugnar a atuação do árbitro no curso da arbitragem. Todavia, o entendimento da Corte foi no sentido de que a nomeação do árbitro presidente em outros procedimentos sobre a mesma matéria não configuraria uma aparência de parcialidade, nem mesmo violaria as diretrizes do IBA. A Corte julgou que a ausência de divulgação deste fato não daria origem a dúvidas justificáveis quanto a imparcialidade do árbitro, pois um observador imparcial e informado não concluiria que haveria uma possibilidade real de parcialidade do julgador. Assim, a interpretação da Corte foi no sentido de que a avaliação objetiva e justa seria que a experiência e reputação de integridade do árbitro garantiriam o cumprimento de suas obrigações, de acordo com a prática usual dos árbitros de Londres.

As visões divergentes acerca da extensão de revelar nos casos citados demonstram o caráter subjetivo dos construtos “dúvida justificável” e “possível parcialidade”. A postura do árbitro presidente no caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo denotou uma clara aparência de parcialidade frente às informações obtidas no outro procedimento arbitral, pois atuou de forma desequilibrada ao aplicar

multa que reduziu em 70% o valor da condenação e ao indeferir quesito que ensejaria constituição de prova pertinente à relação jurídica das partes. Por outro lado, o julgado da Corte de Londres demonstrou que o incidente ocorrido na plataforma de petróleo da Deepwater Horizon desencadeou discussões em outros diversos procedimentos arbitrais, salientando que se trata de uma característica regular da arbitragem internacional. Além disso, na decisão, a Corte compreendeu, que as partes são livres para nomear árbitros de acordo com seu conhecimento e expertise, sendo assim, sua reputação e integridade seriam suficientes para garantir um julgamento justo e imparcial, independente da revelação da sua atuação em outros procedimentos provenientes dos mesmos fatos.

5 CONCLUSÃO

Como vimos, o dever de revelar relaciona-se diretamente a imparcialidade e independência do árbitro. Nosso objetivo no presente escrito era o de analisar o dever de revelar e seus parâmetros na lei, *guidelines*, doutrina, regulamentos de arbitragem domésticos e internacionais e jurisprudência nacional e internacional.

Pudemos perceber que há um esforço das instituições internacionais na regulação ética da atuação do árbitro e o dever de revelar é um dos fios condutores. No entanto, apesar das instituições partirem de conceitos similares tais como *dúvida justificável* e *parcialidade aparente* as conclusões, regulações e interpretações dos casos concretos são variáveis.

Racionalizar o dever de revelar demonstra-se atividade complexa haja vista que o elemento subjetivo possui peso incontestável em sua análise. Padrões objetivos existem e são de fácil compreensão. No entanto, é o elemento subjetivo que faz a extensão do dever de revelar adentrar a zona de penumbra da hermenêutica.

A mais adequada extensão do dever de informar é aquela que leva em consideração se o fato a ser informado é desconhecido e relevante para suscitar dúvidas acerca da equidistância do julgador, além de ser verificado se os elementos do caso concreto exigem revelação. Além disso, para o ideal exercício do dever de informar, deve-se observar se há a legítima expectativa das partes e da instituição arbitral de que o fato seja revelado, como foi possível observar nos regulamentos algumas instituições arbitrais que preveem em seus regulamentos e códigos de ética de forma detalhada hipóteses que configurariam falta de imparcialidade.

A boa notícia é que os regulamentos de arbitragem estão em constante renovação bem como os padrões éticos para o setor em constante discussão. Na prática, se algum fato surgir na mente do árbitro como capaz de ensejar uma impressão de parcialidade, este deverá ser revelado. O problema, como visto, surge justamente na hipótese de não revelação de fato. É justamente na não revelação, na não conformidade com o dever de revelar, que a indeterminação do conceito se expande e a impressão de parcialidade e dúvida justificável deverão ser interpretadas à luz do caso concreto.

REFERÊNCIAS

AAA. **The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes**. Disponível em: https://adr.org/sites/default/files/document_repository/Commercial_Code_of_Ethics_for_Arbitrators_2010_10_14.pdf. Acesso: 07 mar. 2020.

AAA. **The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes** – American Bar Association. Disponível em https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Commercial_Code_of_Ethics_for_Arbitrators_2010_10_14.pdf. Acesso: 28 set. 2020.

AAA-ICDR. **American Arbitration Association – International Centre for Dispute Resolution. Arbitration Rules**, 2021. Disponível em https://www.icdr.org/rules_forms_fees. Acesso: 07 mar. 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011.

BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. **Arbitragem Comercial: princípios, instituições e procedimentos. A prática do CAM-CCBC**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

BRASIL. STJ. **Abengoa v. Adriano Ometto**. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Sentença Estrangeira Contestada 9412/US (2013/0278872-5). Ministro Relator Felix Fischer. Disponível em: <https://a2v.stj.jus.br/processo/pesquisa/?usuarioPerfilTipo=parteCertificadoDigital&tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=2013/0278872-5>. Acesso: 30 abr. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **SEC nº 9.412**, da Corte Especial. Relator: Min. João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 30 de maio de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/467924569/sentenca-estrangeira-contestada-sec-9412-ex-2013-0278872-5/inteiro-teor-467924600>. Acesso: 24 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **SEC: 9412 EX 2013/0278875-5**, Relator: Ministro FELIX FISCHER. Data do Julgamento: 19/04/2017, CE- Corte Especial. Data de Publicação: DJe 30/05/2017.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. **Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso: 23 mar. 2019.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Arbitragem, Tribunal Multiportas**. 7.ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

CAMARB. **Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil**. Disponível em: <http://camarb.com.br/institucional/nossa-historia/>. Acesso: 1 set. 2020.

CAMARB. **Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil**. Regulamento de Arbitragem, 2019. Disponível em: <https://camarb.com.br/arbitragem/regulamento-de-arbitragem/>. Acesso: 07 mar. 2021.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2009.

CBMA. Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem. **Palavra do presidente**. Disponível em <http://www.cbma.com.br/palavradopresidente>. Acesso: 1 set. 2020.

CBMA. **Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem. Regulamento de Arbitragem**, 2013. disponível em http://www.cbma.com.br/regulamento_1. Acesso: 07 mar. 2021.

CAM-CCBC. **Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá**. (CAM-CCBC) Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/sobre-cam-ccbc/>. Acesso: 5 set. 2020.

CAM-CCBC. **Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC). Regulamento de Arbitragem**, 2012. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-2012/>. Acesso: 07 mar. 2021.

CAM-CCBC. **Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC). Código de Ética**, 2016. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/codigo-etica/#4>. Acesso: 07 mar. 2021.

CLAY, Thomas. **El árbitro**. Colección Cátedra Bancolombia de derecho económico, financeiro y del mercado de valores. Serie Arbitraje Internacional, n. 2. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Bancolombia, Grupo Editorial Ibáñez, 2012.

CCBC. **Código de Ética do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá**, 2011. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/codigo-etica/#4>. Acesso: dia 8 set. 2020.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da arbitragem: comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro**. Coimbra: Almedina, 2016.

CRETELLA NETO, José. **Comentários a Lei de Arbitragem Brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. **Imparcialidade dos árbitros**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-20022015-073714/pt-br.php>. Acesso: 25 jun. 2020.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Regulamentação privada ou pública da ética: O juiz e o árbitro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v.50, 2016.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Suspeição e Impedimento em arbitragem: sobre o dever de revelar na lei 9.307/1996. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 8, n.28, São Paulo, p.65-82, jan./mar. 2011.

FINIZIO, Steven P.; SPELLER, Ducan. **A practical guide to international commercial arbitration: assessment, planning and strategy**. Thomson Reuters: London, 2010.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **A Lei de Arbitragem comentada**. São Paulo: Saraiva, 1997.

HEINTZ, Tom Philippe; CERQUEIRA, Gustavo Vieira da Costa. Racionalização do dever de revelação no direito francês de arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v.36, 2013.

IBA. **IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration**, 2014. Disponível em: <https://www.ibanet.org/Arbitration-in-Practice-Conflicts-of-Interest.aspx>. Acesso: 08 mar. 2021.

IBA. **IBA Rules of Ethics for International Arbitrators**, 1987. Disponível em: https://www.trans-lex.org/701100/_/iba-rules-of-ethics-for-international-arbitrators-1987/. Acesso: 5 ago. 2020.

ICC BRASIL. **International Chamber of Commerce (ICC)**. Disponível em <http://www.iccbrasil.org/quem-somos/icc-brasil/>. Acesso: 10 set. 2020.

ICC. **International Chamber of Commerce (ICC). Arbitration Rules**. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>. Acesso: 07 mar. 2021.

ICCWBO. **ICC Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration**, 2016. Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/>. Acesso: 10 set. 2020.

ICDR. **Procedimentos para a resolução de disputas internacionais** (Incluindo o Regulamento de Mediação e de Arbitragem) do AAA-ICDR. Disponível em: <https://icdr.org/pt/languageoptions>. Acesso: 28 set. 2020.

LAW, Thomas. **O reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018

LCIA. **Arbitration Rules**. Disponível em: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx#Article%205. Acesso: 12 set. 2020.

LEADERS LEAGUE. **Câmaras de Arbitragem - Brasil - Rankings 2020**. Disponível em: <https://www.leadersleague.com/pt/rankings/resolucao-de-conflitos-ranking-2020-camaras-de-arbitragem-brasil>. Acesso: 10 set. 2020.

LCIA. **The London Court of International Arbitration**. Disponível em: www.lcia.org. Acesso: 10 set. 2020.

LEE, João Bosco; PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. A obrigação da Revelação do Árbitro – Está Influenciada por Aspectos Culturais ou Existe um Verdadeiro Standard Universal? **Revista Brasileira de Arbitragem**, ano 4, v. 14, 2007.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro**: princípios da independência e da imparcialidade. São Paulo: Ltr, 2001.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Árbitro. O padrão de conduta ideal. **Revista de la Corte Española de Arbitraje**, v. 10, 1994,

LEMES, Selma Maria Ferreira. A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 26. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 21-34, abr./jun. 2010.

LEMES, Selma Maria Ferreira. O Papel do Árbitro. **Revista do direito da energia**, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 117–128, mar., 2006.

LEMES, Selma Maria Ferreira. O dever de revelação do árbitro, o conceito de dúvida justificada quanto à sua independência e imparcialidade (Art. 14, §1º, da Lei 9.307/96) e a ação de anulação da sentença arbitral (Art. 32 II, da Lei 9.307/96). **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 36, p 231-251, Jan., 2013.

LEVINE, Judith. Chapter 9: Late-in-the-Day Arbitrator Challenges and Resignations: Anecdotes and Antidotes. *In*: GIORGETTI, Chiara (Ed). **Challenges and recusals of judges and arbitrators in international courts and tribunals**. The Netherlands: Brill Nijhoff, p.241-292, 2016.

LUTTERLL, Samp. **Bias challenges in international commercial arbitration**: the need for a “real danger” test. The Netherland: Kluwer Law Internationl, 2009.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. **O dever de revelação do árbitro**. São Paulo: Almedina, 2018.

MARTINS, Pedro A Batista. Dever de Revelar do Árbitro. **Revista de arbitragem e mediação**. v.10, n.36. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a lei de arbitragem**: comentário à Lei nº 9.307/1996. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Internacional Público**: parte Geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

ROYAL COURTS OF JUSTICE. **EWCA Civ 817 Case**. Halliburton Company Appellant v Chubb Bermuda Insurance Ltd, 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 1056400-47.2019.8.26.0100**. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Fortes Barbosa. DJ: 11/08/2020.

SOARES, Guido Fernando Silva. Arbitragem comercial internacional e o projeto da UNCITRAL (lei-modelo). **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, v. 82, pag. 28-88. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/67092>. Disponível em: http://www.cbar.org.br/leis_intern_arquivos/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisa_da_versao_final.pdf. Acesso em: 1 set. 2020.

TORRE, Riccardo Giuliano Figueira. Aspectos do Third-Party Funding e o Dever De Revelação do Árbitro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 64/2020, p. 163–200, jan.–mar., 2020.

TORRESI, Alessandro. Imparcialidade e independência do árbitro: "parcialidade evidente" vs. "dúvida justificada" e o caso Abengoa. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 15, n. 59, p. 91-117, out./nov. 2018.

UNCITRAL. **Model Law**. Disponível em http://www.cbar.org.br/leis_intern_arquivos/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisa_da_versao_final.pdf. Acesso: 07 mar. 2021.

UNCITRAL. **Arbitration Rules**. Uncitral Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration Disponível em: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>. Acesso em: 1 set. 2020.

VERÇOSA, Fabiane. A liberdade das partes na escolha e indicação de árbitros em arbitragens internacionais: limites e possibilidades. **Revista de Arbitragem e Mediação**, a.1, n.1, p.332-350, jan. 2004.

NEGOCIAÇÃO E O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA QUESTÃO ÉTICA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS ENTRE PARTICULARES

TERRA, Rosane Beatris Mariano da Rocha Barcellos⁶
FERREIRA, Maria Paula da Rosa⁷
CARRARO, Guilherme Streit⁸

RESUMO: A presente pesquisa apresenta as estratégias de negociação baseadas na aplicação do princípio da confiança legítima, pelo viés da questão ética, orientada para as relações contratuais entre particulares, no atual cenário da realidade brasileira, por meio de uma averiguação de aspectos contratuais e doutrinários, através de uma análise crítica e transdisciplinar. Estruturou-se a produção em dois tópicos de análise, sendo estes: os principais estágios que envolvem as estratégias de negociação, a partir de um marco teórico conceitual; e, a associação das estratégias de negociação com a aplicação do princípio da confiança legítima no âmbito do Direito Civil. Como

⁶ Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa CAPES (2015). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2006). Especialista em Pesquisa pelo Centro Universitário Franciscano - UNIFRA (2005). Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (1990). Possui formação em Magistério pelo Colégio São José - Vacaria (1984). Professora da Universidade Franciscana - UFN, onde também atua como pesquisadora. Detentora de formação com aptidão para o exercício da docência à distância EAD (UNISC e UFN). Detém experiência nas áreas de Direito Civil, Direito Penal, Disciplinas Propedêuticas e Políticas Públicas. Desempenhou a função de Coordenadora e Professora de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito e em Auditoria e Controladoria pela Universidade Franciscana - UFN. Integrante do Comitê de Avaliação do Seminário de Iniciação Científica (SIC) vinculado e cadastrado pelo SIGFAPERGS sob n. 9922.29417512.06012014 - FAPERGS pela Universidade Franciscana - UFN. Integrante do Comitê do Seminário de Ensino Pesquisa e Extensão - SEPE - da Universidade Franciscana - UFN. Destaca-se pela produção de artigos e capítulos de livros, bem como participações, defesas, apresentações e presidência de mesas em Congressos e Seminários voltados à área do Direito e áreas correlatas. Integrante do Grupo de Pesquisas e Estudos Teoria Jurídica no Novo Milênio, do curso de Direito da UFN.

⁷ Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogada. Professora do Curso de Direito, na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus de Erechim, RS, na disciplina de Direito Processual Civil V. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria - PPGD/UFSM - Linha I - Direitos da Sociobiodiversidade e Sustentabilidade. Dissertação de mestrado aprovada com indicação para publicação por excelência. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Franciscana (UFN). Especialização em Direito Público em andamento pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduada em Direito pela Universidade Franciscana, UFN, com a primeira Láurea Acadêmica como mérito acadêmico pelo exemplar desempenho no ensino, pesquisa e extensão no Curso de Direito. Extensão universitária em Negociações de Sucesso: Estratégias e Habilidades Essenciais - University of Michigan, UMich, Estados Unidos. Extensão universitária em Introduction to Sustainability - University of Illinois at Urbana-Champaign, UIUC, Estados Unidos. E-mail: mariapauladarosa@hotmail.com.

⁸ Doutorando em Direito pela Universidade de Marília. Mestre em Direito pela Escola Paulista de Direito. Mestre em Direito pela Universidade de Marília. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera - Uniderp. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera - Uniderp. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (2009). Oficial Registrador do Cartório de Registro de Imóveis de Rancharia - SP, tendo exercido, anteriormente, os cargos de Oficial de Justiça Avaliador Federal e Técnico Judiciário junto ao TRT4. Tem experiência na área de Direito e Processo do Trabalho e em Direito Notarial e Registral. E-mail: gscarraro@gmail.com

método de abordagem, aplicou-se o dedutivo, partindo-se de premissas tidas como verdadeiras para se chegar a uma conclusão lógica. Como método de procedimento, empregou-se o monográfico. À vista do exposto, averiguou-se que, diante da possibilidade de aplicação do princípio da confiança legítima nas relações entre particulares, demonstra-se eficaz a associação deste princípio com as estratégias de negociação, visando à execução de contratos exitosos.

Palavras-chave: Estratégias. Negociação. Princípio da confiança legítima. Relações contratuais.

ABSTRACT: This research presents the negotiation strategies based on the application of the principle of legitimate trust, through the ethical issue, oriented to the contractual relations between individuals, in the current scenario of the Brazilian reality, through an investigation of contractual and doctrinal aspects through a critical and transdisciplinary analysis. The production was structured in two topics of analysis, namely: the main stages that involve the trading strategies, from a conceptual theoretical framework; and the association of negotiation strategies with the application of the principle of legitimate expectations in the field of Civil Law. Was applied the deductive method of approach, starting from premises considered as true to reach a logical conclusion. Was used the monographic method of procedure. In view of the above, it was found that, given the possibility of applying the principle of legitimate expectations in relations between individuals, the association of this principle with negotiation strategies aiming at the execution of successful contracts is effective.

Keywords: Contractual relations. Negotiation. Principle of legitimate expectations. Strategies.

1 INTRODUÇÃO

A negociação, na atualidade, demonstra-se como algo primordial, tanto a nível pessoal quanto a título profissional. A tratativa da negociação como chave para o sucesso nos negócios remete à imprescindibilidade de ser analisada a questão ética no ramo contratual, no que tange as transações do âmbito do Direito Civil. Deste modo, questiona-se: Quais os limites e possibilidades das estratégias de negociação a partir da adoção do princípio da confiança legítima nas relações entre particulares, visando à execução de contratos exitosos?

A abordagem das estratégias de negociação baseadas na aplicação do princípio da confiança, enquanto princípio implícito, nas relações contratuais entre particulares, reflete a relevância desta temática, visto que o estudo aqui apresentado expõe uma abordagem dinâmica e humanística do direito privado.

Para tanto, se sistematizou os principais estágios da negociação, no intuito de se buscar responder as questões referentes aos elementos fundamentais e diretrizes

que devem ser seguidas ao se instalar o princípio da confiança como relevante e fundamental nas relações negociais.

Pondera-se que esta temática apresenta, modernamente, traços de um objeto novo e instigador para a academia, principalmente na seara do Direito, com ênfase na ação prática do direito contratual, haja vista a importância fática, social e jurídica do tema. Almejou-se elaborar um tratamento oportuno, crítico e reflexivo sobre a problemática em questão.

Estruturou-se essa produção em dois tópicos de análise, sendo estes: os principais estágios que envolvem as estratégias de negociação, a partir de um marco teórico conceitual; e, a associação das estratégias de negociação com a aplicação do princípio da confiança legítima no âmbito do Direito Civil.

Nesta produção foi utilizado o método de abordagem dedutivo, pois se partiu de premissas tidas como verdadeiras, para se chegar a uma conclusão lógica, no tocante às estratégias de negociação baseadas na aplicação do princípio da confiança legítima.

Como método de procedimento, empregou-se o monográfico, fazendo-se uso de pesquisas bibliográficas a respeito do tema proposto, no intuito de serem abordadas as linhas teóricas que tratam das estratégias de negociação no ramo das relações contratuais entre particulares a partir de questões éticas.

Foi realizado um aprofundamento teórico para realização do estudo, por ora intentado, a fim de torná-lo apto para abordar a temática em questão com propriedade e conhecimento. Como procedimento, o trabalho desenvolvido utilizou levantamentos bibliográficos. Como técnica de pesquisa foi utilizada a produção de fichamentos, resenhas e resumos.

Por derradeiro, ressalva-se que este artigo tem relevância e encontra-se inserido no eixo temático do Mestrado da Escola Paulista de Direito, visto que se trata de um estudo direcionado ao viés ético, social e operacional que envolve a associação do princípio da confiança legítima com as estratégias de negociação, tomando-se como referência, por meio de uma perspectiva crítica e integrada, as implicações econômicas, sociais e jurídicas no âmbito das relações contratuais entre particulares.

2 OS PRINCIPAIS ESTÁGIOS QUE ENVOLVEM AS ESTRATÉGIAS DE NEGOCIAÇÃO: UM MARCO TEÓRICO CONCEITUAL

Considerando a existência dos princípios que circundam as negociações, aborda-se a respeito de suas etapas, que norteiam a discussão das relações contratuais entre particulares. De acordo com que apresenta Siedel (2016), as negociações exigem avaliação dos estilos de cada parte, que devem ser analisados em três níveis, quais sejam:

I – Conhecer meu modo de negociar. “O outro papel da atividade econômica é o desenvolvimento do indivíduo” (AHNER, 2009, p. 299);

II – Observar o procedimento da outra parte, o que inclui, inclusive, analisar diferenças culturais.

III – Localizar as distinções mais acentuadas entre os estilos das partes e focar nas diferenças para uma boa preparação estratégica de negociação.

É indubitável que o progresso no autoconhecimento seja vital para a formação da identidade moral e liderança (AHNER, 2009, p. 141). Segundo Siedel (2016), a estratégia de “troca de papéis” permite uma melhor avaliação do polo adversário. As instruções que são listadas revelam as características dos estilos de negociação que devem ser observados, tendo em vista que o conhecimento pessoal se destaca como imperioso no desenvolvimento de contratos exitosos.

“É a diferença entre as estratégias adotadas pelos agentes econômicos e entre os resultados obtidos (uns melhores, outros piores) que dá vida a um ambiente de competição (porque todos buscam o prêmio do maior sucesso, da adoção da estratégia mais eficiente)” (FORGIONI, 2007, p. 91-92).

Neste seguimento, ressaltam-se os pontos referentes à avaliação do estilo de negociação, que perpassa pelos pontos de: identificação de meta; atitudes (ambos ganham ou apenas um ganha); estilos pessoas (forma ou informal); comunicação (direta – com propostas claras e definidas ou indireta – propostas vagas ou evasivas); sensibilidade ao tempo; emocionalismo (demonstra ou oculta sentimentos); formato de acordo (cláusulas específicas ou gerais); construção do acordo (acordo sobre os detalhes primeiro ou sobre o princípio geral primeiro); organização da equipe (por meio de um líder com autoridade para tomar decisão ou decisão por consenso); e tendência a arriscar (SIEDEL, 2016).

Os dilemas que atravessam as negociações merecem um relevante destaque, principalmente no que tange aos padrões éticos exigidos, não somente a nível social, mas também legalmente, que revelam: ausência de fraude, cumprimento das responsabilidades assumidas e não abusividade. Ademais, há determinadas diretrizes éticas (SIEDEL, 2016) que dizem respeito a: observância de padrões organizacionais (avaliação de códigos de conduta interno das empresas); pensamento no sentido do que alguém que você admira faria; o denominado “teste da família”, que consiste em avaliar como descreveria para sua família sua forma de negociação; o “teste do jornal”, que trata da forma de reação se um jornal local publicasse algo sobre sua negociação; e, por fim, a “regra de ouro”, que consiste na busca da justiça para a outra parte.

A forma de lidar com a ética em uma conciliação merece ser analisada como uma questão de grande importância, já que a negociação tem o condão de desafiar, não raramente, as questões éticas de uma transação empresarial. Por isso, é necessário ser observado os padrões éticos que tendem a prevalecer nos estágios de uma contratação.

Siedel (2016) aborda que há dois ramos que devem ser estudados ao se questionar a ética em uma negociação. O primeiro critério diz respeito aos princípios legais, o outro, trata dos critérios éticos genéricos, que vão além da lei.

O princípio legal pode ser também analisado como um critério ético em algumas situações. Todavia, há determinadas normativas que tratam apenas de quesitos estritamente legais, referentes à regra de conveniência.

A norma jurídica pode ser explorada como uma espécie de norma “ética”, assim como uma espécie de lei cultural (BETIOLI, 2013).

A norma jurídica, como espécie de norma ética, reveste-se de todas as características que lhes são comuns e já examinadas, ou seja, a imperatividade, a possibilidade de serem violadas e o fato de se sobreporem ao seu comportamento que lhe é contrário. Contudo, a norma jurídica tem suas notas específicas, que a distinguem das normas éticas (BETIOLI, 2013, p. 85).

No mesmo sentido, ressalta-se que “todas as normas são imperativas porque fixam as diretrizes da conduta humana, entretanto só a jurídica é autorizante, porque só ela dá ao lesado pela sua violação o poder de exigir seu cumprimento ou a reparação do mal sofrido” (DINIZ, 2012, p. 406).

À medida que evoluem as nossas discussões sobre ética, nós vemos que os novos padrões éticos vão sendo cada vez mais incorporados dentro das leis. Portanto, deixem de ter uma significação propriamente ética e já não servem mais para a direção da própria conduta. Por quê? Porque passam a ser um critério de conduta já imposto pelo próprio Estado e pelas autoridades (CARVALHO, 2001, p. 83).

“Não matar”, por exemplo, além de princípio legal, é considerado um dos grandes princípios morais do mundo. Os princípios éticos baseados na lei, no ramo empresarial, referem-se a determinados pontos, tal como a fraude, o cumprimento das obrigações assumidas e a abusividade (que dispõe sobre as práticas que violam os princípios de boa conduta).

Neste ponto, é válido ser destacado os aspectos conceituais que dizem respeito aos contratos. Segundo Coelho (2007, p. 22), “contrato é o negócio jurídico bilateral ou plurilateral gerador de obrigações para uma ou todas as partes, às quais correspondem direitos titulados por elas ou por terceiros”. Gomes (2008, p. 1) complementa que “contrato é, assim, o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regulam”. A visão dos contratos se relaciona diretamente com a busca pelo sucesso nos negócios, que, não raramente, se associam à interpretação do lucro.

O lucro é condição para a perpetuidade da empresa; não há o que questionar, a não ser quanto à imprescindível necessidade de que haja uma ética do lucro, para que não se viva as contradições que atormentam o espírito e levam a toda sorte de distorções e erros operacionais. O lucro – fator de sobrevivência na dinâmica do modelo capitalista – é, em geral, um valor mal resolvido, pois não claramente equacionado sob o ponto de vista ético. A ética do lucro importa que se contemplem quatro condições essenciais e simultâneas em um empreendimento: empresa – é a parte do lucro direcionada aos reinvestimentos, que asseguram a sobrevivência e o desenvolvimento empresarial (renovação contínua); capital – é a parte destinada à justa remuneração aos investidores, que bancaram o risco (retribuição societária); trabalho – é a parte para a remuneração, com justiça, aos agentes produtivos (salário justo); comunidade – é a parte que visa a retribuição à sociedade, pelo sucesso do empreendimento (solidariedade social). O conceito público tende a se deteriorar quando não há convicção firme sobre a missão da empresa. E o lucro é a parte sensível do *iceberg* organizacional. A função da empresa, seu objetivo essencial, todavia, não é o lucro, mas prestar serviços. Se há empresa, é porque existe demanda: clientes com necessidades a serem satisfeitas. Para isso surge a empresa e a qualidade em servir é a sua responsabilidade básica. (MATOS, 2008, p. 13-14).

Sendo assim, observa-se que a busca restrita ao lucro tende a ignorar conceitos éticos na gestão empresarial. Os contratos empresariais também merecem ser estudados a partir de uma visão principiológica, sendo assim, destacam-se os

seguintes princípios: princípio da autonomia da vontade; princípio da função social do contrato; princípio da probidade e boa-fé objetiva; princípio do consensualismo; princípio da força obrigatória; princípio do equilíbrio econômico; e, princípio da relatividade dos efeitos do contrato (NEGRÃO, 2015).

Portanto, a interpretação do negócio comercial, do ponto de vista do mercado, não pode desconsiderar que:

- a) Segurança e previsibilidade são necessárias para garantir fluência de relações no mercado;
- b) Os textos normativos devem permitir adequada equação entre necessidade de segurança/previsibilidade e adaptação/flexibilização do direito;
- c) Ao Estado, enquanto agente implementador de políticas públicas, há de ser assegurado o poder de intervenção sobre o mercado, editando normas que estabeleçam o que é lícito e o que é ilícito;
- d) A força normativa dos usos e costumes deve ser adequada ao interesse público;
- e) Os usos e costumes são fonte de direito comercial; a racionalidade econômica dos agentes não pode ser desconsiderada pelo direito estatal, ainda que determinado ato (praticado de acordo com essa racionalidade) venha a ser considerado ilícito (FORGIONI, 2007, p. 108-109).

Analisa-se que a busca pelo equilíbrio na relação contratual perpassa pela eticidade e socialidade, que inclusive, funcionam como “critérios balizadores gerais da intervenção judicial” no contrato (BRITO, 2007, p. 163).

A realização de negociações justas e equitativas requer, assim, uma atenção a critérios éticos a nível empresarial, ultrapassando os meros limites estritamente legais. Mesmo nas discussões privadas, também é necessário que sejam considerados os valores sociais e coletivos sobre os individuais (BRITO, 2007, p. 164).

Tanto no Brasil como em outros países, as leis, regulamentos e principalmente as decisões judiciais têm sido no sentido de exigir das empresas um comportamento ético em todos os seus relacionamentos. Para motivá-las a seguir a ética, através do estímulo aos seus instintos egoísticos, alguns países têm permitido que seus tribunais imponham condenações milionárias às empresas infratoras (MOREIRA, 2002, p. 29).

Quanto aos padrões éticos gerais, que saem da justaposição entre a lei e a ética, Siedel (2016) refere que existem determinados padrões, que também merecem ser avaliados, já que a lei não é capaz de abranger os diversos dilemas éticos que emergem na sociedade, principalmente na seara das negociações. Entre os padrões éticos gerais, existem padrões organizacionais e pessoais.

A ética é de grande valor a ser examinado o embate entre o viés financeiro e o padrão de justiça esperado em uma negociação. “Portanto, precisamos identificar certas posições como mais básicas que as outras e capazes de fornecer um ponto de vista apropriado para o julgamento do sistema social” (RAWLS, 2000, p. 101).

A eticidade e a solidariedade embasam a ideia de que a proteção da confiança legítima frente aos negócios entre particulares é possível, uma vez que “a valorização da confiança abre uma brecha nas bases voluntaristas e individualistas do direito privado” (SCHREIBER, 2007, p. 93).

Por eticidade se compreende “incluir valores éticos na prática do direito privado brasileiro [...]”, já a socialidade “deve refletir a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana” (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 84-85).

Deste modo, avalia-se o atuar ético não somente necessário para que se construa uma sociedade melhor, mas para que negocialmente haja confiabilidade e estabilização nas relações, o que certamente coopera para o sistema econômico. Sendo assim, prossegue-se o estudo por meio da explanação quanto à associação das estratégias de negociação com a aplicação do princípio da confiança legítima, na seara das relações privadas.

3 A ASSOCIAÇÃO DAS ESTRATÉGIAS DE NEGOCIAÇÃO COM A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL

A respeito do princípio da confiança legítima, embora seja um instituto eminentemente de Direito Administrativo, desponta-se centrado na ideia de segurança jurídica, e, para tanto, parte-se da tese da possibilidade de sua participação no Direito Privado. No Brasil, o princípio da confiança não está positivado, contudo é possível se verificar sua discussão a nível acadêmico, na seara administrativa e, mais atualmente, nas relações de cunho privado.

A confiança deve ser vista a partir da ideia de valor, princípio e teoria, sendo que este artigo adota a ideia de valor/princípio, sem a escopo de permear a discussão acerca das suas diferenças. Afinal, ambos os conceitos estão conectados, não havendo necessidade desvinculá-los no estudo.

O valor confiança dá ensejo ao princípio da proteção da confiança, que visa um Direito assentado em uma ideia solidarista, base formativa do Estado de Direito.

A despersonalização das relações sociais, em que se distancia a identificação das pessoas e gera desigualdades oriundas do período individualista, criou a necessidade de se pensar no outro.

As relações civis refletem esse momento, especialmente quando se trata do mundo globalizado e cheio de atividades virtuais. Os relacionamentos, de toda a sorte, consumeristas, civis, empresariais, amorosos, já não possuem mais rostos e são cada vez mais voláteis. Estabelecer vínculos e garantir expectativas não é de ordem fácil.

Propriedade, contratos e família despontam-se como institutos que devem ser interpretados a partir do sistema jurídico e não de valores isolados do direito civil, que tendem a carregar premissas individualistas.

Sendo assim, verifica-se que as relações contratuais firmam direitos e obrigações, sendo as partes as responsáveis pelas determinações desta relação contratual. No entanto, também se deve observar que há, nessas relações, princípios que fixam o conteúdo e protegem essa liberdade, não só entre os contratantes, mas também em relação a terceiros.

A relação negocial não é uma relação unicamente civil, eis que passa pelo direito empresarial e sofre forte influência econômica. Não há como pensar o negócio jurídico sem que se tenha a ideia clara do sistema em que ele está inserido.

Ademais, cumpre referir que os grandes grupos econômicos empresariais acabam interferindo no controle da economia, formando uma ordem paralela, em que se promovem empresários ao *status* de legisladores privados. Logo, esse dirigismo interno do contrato, que transita entre a ideologia liberal, ora pela lei de mercado, outras vezes pela ideologia neoliberal, acaba construindo outra ideologia, a do lucro a “qualquer custo”, invocando o papel de autênticos “donos do poder” (FERREIRA, 2015, p. 370).

Essa é a linha tênue: interesses do mercado e defesa de direitos, sobretudo as partes mais vulneráveis. Por isso, pensar a relação negocial é tão fundamental.

Assim, “delinear técnicas de contratação, dando formas adequadas e razoáveis aos pactos, importa em enfrentar vicissitudes decorrentes de instituições vitais às espécies plurais de contratos” (FERREIRA, 2015, p. 371).

A modernidade e suas relações complexas tornam as variáveis existentes acerca das relações negociais de necessária discussão, pois não se pode mais pensar como outrora, devendo sempre olhar tais relações a partir do momento vivido. O

contrato pós-moderno se preocupa com as relações entre as partes e realiza valores sociais, sincronizando e harmonizando essas interações com o todo.

É possível compreender como as relações se modificaram ao longo dos anos, em especial nos últimos anos, com a globalização e novas tecnologias. Dessa maneira, não se pode esperar que a relação negocial não se tenha tornado, ainda mais, dinâmica.

Podem ser apontadas certas características contratuais como marcas dessa nova realidade do pensamento pós-moderno, quais sejam: I) dinamicidade das relações negociais; II) a desmaterialização do objeto do contrato; III) a valorização do equilíbrio informativo; IV) regime jurídico plural dos contratos; V) a internacionalização do Direito Contratual; VI) e a unificação interna da teoria contratual (XAVIER, 2006).

Nesse contexto, o pensamento pós-moderno aborda a noção de contrato como sendo uma pluralidade de fontes e diversifica o pensamento acerca da relação contratual, com múltiplos fatores e diversos efeitos contratuais. A nova fase do Direito contratual resulta da

[...] soma de diversos fatores responsáveis pelo rompimento com o modelo jurídico da modernidade (enfraquecimento das fronteiras entre Direito Público e privado, mudança do eixo de gravidade do Direito Civil constitucional e nova abrangência da eficácia das normas constitucionais, atuando ativamente sobre todo o sistema jurídico) (XAVIER, 2006, p. 144).

Essa construção da relação contratual de não só proteger a liberdade, mas também de atentar para o convívio social e para a importância do contrato para a comunidade, é atingida quando se potencializa a confiança nas suas formas diversas. Desse modo:

[...] a relevância do elemento confiança também se faz sentir no plano da ciência do Direito, no qual ele assume um papel de destaque, sendo uma verdadeira 'ferramenta' jurídica no sentido de potencializar a necessidade de coerência nos comportamentos que constroem as relações jurídicas. (XAVIER, 2006, p. 148)

O princípio da confiança é fonte de direito e, também, uma espécie de princípio geral de direito, tendo conteúdo marcadamente ético, que preserva expectativas legítimas e permite dinamicidade das relações sociais. Na sua origem, o contrato tinha como função precípua manter a economia, no plano individual e no âmbito da macroeconômico. Ocorre que

[...] a concepção pós-moderna do Direito abandona definitivamente essa concepção de neutralidade do ordenamento jurídico, que passa a admitir a sua finalidade de instrumento de redistribuição. Em especial, no plano dos contratos, esses efeitos econômicos distributivos vêm à tona (XAVIER, 2006, p. 151).

Portanto, o contrato é

[...] propulsor da ordem econômica, representando um instrumento de concretização dos princípios que lhe servem de fundamento. É por meio do contrato que a ordem econômica se manifesta, devendo este, portanto, expressar os valores constitucionais que orientam a estrutura econômica (XAVIER, 2006, p. 151-152).

Atenta-se, igualmente, para o fato de que um novo perfil de segurança jurídica contratual deve levar em conta essa abertura do sistema privado para que o intérprete possa localizar, na “vocação constitucional solidária, o seu alicerce fundamental. Essa constru o leva em conta, precipuamente, a justiça contratual contemporânea, baseada na ideia do equilíbrio das obriga es reciprocamente consideradas” (NALIN, 2008, p. 210-211).

Assim, tem-se que esse novo contexto contratual já não mais tutela apenas os interesses individualistas, mas visa ao reequilíbrio das rela es sociais, tendo em vista que a contrata o   instrumento jurídico base da sociedade hodierna ocidental e capitalista. Manter seu equilíbrio não beneficia apenas a economia, mas permite que o corpo social se constitua com menos disparidade e injustiça.

A segurança jurídica não está mais no paradigma moderno da vontade, mas no pós-moderno da boa-fé: contrato seguro   contrato conforme a boa-fé. Há que se considerar, ainda, que o contrato conforme a boa-fé não implica necessariamente falta de compromisso com os efeitos econ micos do contrato. Significa que, aliado a isso, concorrem também compromissos com os efeitos sociais do contrato (NALIN, 2008, p. 189).

Não se quer distanciar da finalidade originária do contrato, que   a circula o de riquezas, mas que se verifique sua fun o contemporânea, vinculada   nova fun o social, que limita e democratiza os pactos (FERREIRA, 2015, p. 357).

Com a constitucionaliza o do direito civil e, conseqentemente, com a incidência dos direitos fundamentais nos contratos privados, há uma limita o da autonomia privada e o contrato passa a ter uma fun o social expandida, ou seja, que

vai além da regulação da economia e da circulação de riquezas. Contudo, o contrato acaba por imprimir o sistema em que foi construído,

[...] mantendo o desenho das ‘marcas’ e ‘influências’ do modelo político, econômico e jurídico, como ocorreu com o liberalismo, estado social, socialismo, intervencionismo, neoliberalismo, sendo os que os contratos apresentam configurações distintas e vinculadas ao modelo de organização ao qual estão vinculados. Os contratos celebrados em países democráticos tradicionais têm contornos diferentes daqueles celebrados em países nos quais a jovialidade da democracia tem outros perfis, cujo papel a cumprir se distancia de modelos tais (FERREIRA, 2015, p. 358).

Além disso, existe um “embate observado entre ordem econômica, política e social, sendo certo que os papéis atribuídos aos contratos estão, em diversos eixos negociais, distantes da instrumentalidade própria, havendo uma ‘perda de sentidos” (FERREIRA, 2015, p. 360).

Assim, o contrato não deve ser analisado apenas sob o seu aspecto estritamente jurídico, no qual o *pacta sunt servanda* determina qualquer interpretação de suas cláusulas. Para haver funcionalidade, a interpretação do contrato deve considerar igualmente as legítimas expectativas geradas nos contratantes, mesmo que essas não estejam explicitadas.

Ferreira (2015, p. 362) chama atenção para o fato de que não se pode desfuncionalizar o contrato para “ceder aos interesses econômicos, ou políticos, gerando situação de insegurança e abalos no núcleo estruturante do contrato, irradiando efeitos negativos em que poucos lucram muito e muitos pagam o custo de tais transações”.

O Direito Privado, na constitucionalização, passou a contar com a inserção cada vez maior de princípios e valores que fossem capazes de garantir ao indivíduo a realização de seus direitos. Os contratos, a família e a propriedade passaram por significativas transformações: há uma dimensão diferente dos valores éticos e morais dentro do regime privado.

Modificou-se paradigmas, transformou-se o individualismo e se transmutou de igualdade formal para uma igualdade material. Cooperação e solidariedade assumiram papel de vetores. Sendo assim, a proteção da confiança legítima, que se origina no Direito Administrativo e que possui relação com os demais princípios, em especial da boa-fé e da segurança jurídica, desponta-se como fundamental dentro do âmbito também do Direito Civil.

Por consequência, todas as modificações e mutações passadas pelo direito privado tornaram imperioso que fosse pensado como se inserem e se aplicam os princípios e valores delineados pelo texto constitucional. Permitiu-se, assim, que o direito civil repensasse o individualismo dos seus institutos e garantisse a humanização do sistema jurídico, a partir da funcionalização.

Deste modo, em relação à teoria do negócio jurídico, repensar suas bases, em especial quando se trata da confiança, é fundamental para o Direito e para os demais ramos envolvidos, como a economia. Neste sentido, acredita-se que a combinação das estratégias de negociação com a aplicação do princípio da confiança pode conferir ao sistema econômico maior credibilidade, tendo em vista que

[...] uma relação de confiança pressupõe a consciente transferência do controle sobre certos atos àquele em que se confia. Por conta disso, ela proporciona um maior espírito de cooperação nas relações sociais. Quando ela está presente, aquele que confia não precisa, em cada situação particular, decidir se a outra agirá espontaneamente, isto é, se voluntariamente cumprirá suas obrigações, sejam elas meramente morais ou, até mesmo, jurídicas. Por conta disso, a ação dos atores quando há uma relação de confiança é mais cooperativa (ARAÚJO, 2016, p. 15).

Observa-se, dessa forma, que as abordagens desta pesquisa apresentam efeitos práticos relevantes para as relações contratuais, principalmente no que tange a associação das estratégias de negociação com a aplicação do princípio da confiança legítima nos contratos do âmbito do Direito Civil.

4 CONCLUSÃO

Analisou-se a imprescindibilidade da busca pelo equilíbrio na relação contratual, que, por sua vez, perpassa pela eticidade e socialidade (como critérios balizadores gerais da intervenção judicial no contrato).

Observou-se que as negociações justas e equitativas requerem uma atenção específica a critérios éticos a nível empresarial, que ultrapassam os meros limites estritamente legais. Inclusive, até mesmo nas discussões privadas, também é necessário que sejam considerados os valores sociais e coletivos sobre os individuais

A ética desponta-se como de grande valor a ser examinado, principalmente perante o embate entre o viés financeiro e o padrão de justiça esperado em uma negociação.

Deste modo, a eticidade e a solidariedade alicerçam a ideia de que a proteção da confiança legítima frente aos negócios entre particulares é possível, uma vez que a valorização da confiança tem o condão de intervir em fatores voluntaristas e individualistas do direito privado.

O viés da cooperação nas tratativas sociais reflete diretamente na adoção de posturas condizentes com a boa-fé, que atravessam pelo cumprimento voluntário das obrigações. Dessa forma, a cooperação e a boa-fé relacionam-se com a confiança no intuito de conceder confiabilidade e segurança nas relações contratuais entre particulares.

Destacou-se a proteção da confiança legítima, que, mesmo com origem no Direito Administrativo, possui relação com os demais princípios, em especial da boa-fé e da segurança jurídica, e, conseqüentemente, desponta-se como fundamental dentro do âmbito também do Direito Civil.

Posto isso, apresentou-se que as estratégias de negociação baseadas na aplicação do princípio da confiança legítima exigem uma adequação, adaptação e harmonização tanto do ramo do direito quanto da economia, que envolvem a seara contratual, haja vista que esta combinação pode garantir maior credibilidade nas relações negociações.

REFERÊNCIAS

AHNER, Gene. **Ética nos negócios**: construir uma vida, não apenas ganhar a vida. Tradução Bárbara Theoto Lambert. São Paulo: Paulinas, 2009.

ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança**: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. 2. ed. Niterói: Impetus, 2016.

BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao direito**: lições de propedêutica jurídica tridimensional. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência material dos contratos – civis, empresariais e de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Olavo de. Poder e ética. *In*: FEDERASUL. **Fórum Federasul de Ética**. Porto Alegre: Federasul, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do Direito. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Interdependências do negócio jurídico: Estado, instituições e responsabilidade civil. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; AMARAL, Ana Claudia Correa Zuin Mattos do. (org.) **Empresa, negócio jurídico e responsabilidade civil**. Florianópolis, Qualis Editora, 2015.

FORGIONI, Paula A. Interpretação dos negócios empresariais. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MATOS, Francisco Gomes de. **Ética na gestão empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, Joaquim Manhães. **A ética empresarial no Brasil**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito empresarial e de empresa**: títulos de crédito e contratos empresariais. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução Almiro Pissetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório**. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SIEDEL, George. **Negociação rumo ao sucesso**: estratégias e habilidades essenciais. Michigan: Van Rye Publishing, 2016.

XAVIER, José Tadeu Neves. **A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade**. 2006. 339 f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito – Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

TECNOAUTORITARISMO EM TERRA BRASILIS: A FRAGILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ERA DOS DADOS

PIMENTEL, Matheus Dalta⁹
SCALIANTE, Ana Lara Sardelari¹⁰
HERBELLA, Renato Tinti¹¹

RESUMO: Com o avanço das tecnologias e a exploração do *big data*, a monetização de dados pessoais tornou-se uma vantagem competitiva e econômica. Todavia, a exploração de tais dados não é restrita somente aos *players* integrantes do capital privado, haja vista que recentes estudos apontam que o Brasil (assim como alguns outros países) vem caminhando para uma tendência tecnoautoritária, onde os dados pessoais, sejam eles sensíveis ou não, são utilizados pelo Estado para a ampliação de seu poder de vigilância. Nesse toar, esse trabalho se debruçará acerca da utilização de dados pelo Estado e as recentes guinadas ao tecnoautoritarismo, contrastando-a com as normativas gerais de proteção de dados e os tênues limites que devem ser respeitados para que o Estado não cometa excessos e fragilize o exercício de direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Tecnoautoritarismo. Direitos Fundamentais. Dados Pessoais. Vigilância. Democracia.

ABSTRACT: With the advancement of technologies and the exploration of big data, the monetization of personal data has become a competitive and economical advantage. However, the exploration of such data is not restricted to private capital players, given that recent studies indicate that Brazil (as well as some other countries) has been moving towards a techno-authoritarian trend, where personal data, whether sensitive or no, they are used by the State to expand its surveillance power. In this vein, this work will focus on the use of data by the State and the recent shifts towards techno-authoritarianism, contrasting it with general data protection regulations and the tenuous limits that must be respected so that the State does not commit excesses and weaken the exercise of fundamental rights and guarantees.

Keywords: Technoauthoritarianism. Fundamental rights. Personal data. Surveillance. Democracy.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, classificada como uma das mais garantistas

⁹ Discente do décimo termo do curso de Direito do “Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente – SP. Bolsista de Iniciação Científica e membro do grupo de estudos “Constitucionalismos e Direitos Fundamentais” pela mesma IES. E-mail: matheus_delta@hotmail.com.

¹⁰ Discente do décimo termo do curso de Direito do “Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente – SP. Bolsista de Iniciação Científica e membro do grupo de estudos “Constitucionalismos e Direitos Fundamentais” pela mesma IES. E-mail: matheus_delta@hotmail.com.

¹¹ Docente do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. E-mail: renatoherbella@toledoprudente.edu.br. Orientador do trabalho.

de todo o histórico legislativo mundial, traz em seu bojo de direitos fundamentais a proteção à propriedade, à segurança e à intimidade, classificados como de máxima necessidade, devendo o Estado, dentro de suas atribuições, zelar pela sua preservação.

Contudo, desde meados de 1960, o pesquisador Alan Westin iniciou o debate acerca dos efeitos negativos causados às liberdades em razão do uso indiscriminado da tecnologia, do compartilhamento e manipulação de dados pessoais (WESTIN, 1967).

É nesse contexto que surge o chamado tecnoautoritarismo, classificado como o conjunto de práticas de vigilância intimamente conectadas com o uso de tecnologia e informação, com o intuito de promover ações e políticas apresentadas à sociedade como necessárias para a garantia do bem-estar social e da segurança, a custo da fragilização de direitos fundamentais, como a privacidade e a proteção aos dados pessoais (LIPPERT; WALBY, 2016, p. 331).

Nesse contexto, o objetivo deste trabalho é analisar algumas medidas que vem sendo tomadas pela Administração Pública brasileira, tanto na esfera federal como estadual, que podem vir a caracterizar práticas tecnoautoritárias. Para tanto, utilizar-se-á o método indutivo, pautado em pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais acerca do tema, incluindo um estudo comparativo envolvendo os instrumentos e práticas empregadas pelo Governo Central Chinês para a consolidação de seu poderio de vigilância.

2 A TUTELA JURÍDICA DOS DADOS PESSOAIS E O COMBATE AO TECNOAUTORITARISMO

A tutela jurídica da proteção dos dados pessoais não é fruto dos estudos contemporâneos do direito. O primeiro documento legislativo que tratou acerca dessa importante temática surgiu há cerca de cinquenta anos, na Alemanha. O *'German State of Hesse'* foi responsável por inaugurar uma era de codificações do direito à proteção aos dados, potencializado com os avanços tecnológicos e com a exploração dos dados pessoais para fins econômicos (RUARO; RODRIGUES; FINGER, 2011, p. 55).

Uma década após a edição do State of Hesse, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) editou o *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows Personal Data*, documento

fundamental para a estruturação da tutela do direito à proteção dos dados pessoais, manifestando-se como um antecedente próximo do atual *General Data Protection Regulation* (GDPR), instrumento jurídico-normativo de relevância mundial.

É oportuno destacar que o próprio Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), antecedente normativo da Lei Geral de Proteção de Dados, foi criado após o vazamento de uma série de espionagens supostamente cometidas pelo governo dos EUA contra diversos países, incluindo o Brasil (KEMENY, 2020 p. 34).

Hodiernamente, a tutela jurídica dos dados pessoais tornou-se sintomática dentre os principais países do mundo, podendo-se citar: a) o Código Civil da República Popular da China, que traz em seu bojo um capítulo específico para tratar sobre o direito à privacidade do povo chinês; b) o *California Consumer Privacy Act of 2018* (CCPA), destinado à proteção de dados dos consumidores no estado da Califórnia, nos EUA; e c) o *Act on the Protection of Personal Information* (APPI), em vigor no Japão desde 2003, mas com recentes atualizações feitas em 2015 e 2017.

Muito sinteticamente, esses marcos regulatórios reconhecem os dados pessoais e o seu tratamento como fenômenos juridicamente relevantes, estabelecendo direitos e garantias para os cidadãos, limites para a sua utilização por empresas e organizações e mecanismos que procuram reduzir o risco proporcionado pelo tratamento de dados. Esses elementos são organizados de forma a proporcionar maior controle e proteção aos cidadãos sobre seus dados, indo além de uma abordagem vinculada meramente à proteção da privacidade e, ainda, têm como uma de suas consequências mais importantes a consolidação de espaços dentro dos quais os dados pessoais possam ser tratados lícitamente, proporcionando garantias para utilizações legítimas de dados pessoais e fomentando espaços de tratamento e livre fluxo de dados (DONEDA, 2020, p. 23).

Em *terra brasilis*, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) unificou a proteção jurídica sobre o tratamento de dados pessoais. Tida inicialmente como uma alteração ao Marco Civil da Internet (proposta derrogada pela Lei nº 13.853/2019), a LGPD preocupa-se tanto com o tratamento de dados pessoais realizado por agentes de tratamento privados, quanto pelo próprio Poder Público, trazendo dispositivos específicos para regular tais situações.

A Lei Geral de Proteção de Dados exige, com vistas à proteção do Titular, que o tratamento de dados pessoais seja realizado com fundamento em ao menos uma das bases legais instituídas pela Lei. No caso da Administração Pública, há previsão de base *sui generis*, específica para o tratamento de dados pelos entes públicos. Além disso, a LGPD dispõe de um capítulo específico que estatui regras

para o tratamento coordenado pela Administração Pública, alocado entre os artigos 23 e 32.

Ainda nesse contexto, é oportuno pontuar que a nova Lei também excepciona – em prol da Administração Pública – o tratamento de dados pessoais sensíveis, permitindo-se a sua ocorrência quando for necessário à “*execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos*”, desde que os procedimentos e finalidades do tratamento sejam devidamente informados aos titulares de forma clara e direta, sendo vedado o tratamento “as escuras”, na forma do artigo 23, inciso I da Lei.

Outro quadro de interdependência, sobrevêm do agudo desafio que a LAI tratará sobre dados pessoais sensíveis, independentemente da dispensa de consentimento aos órgãos e entidades públicas, §2º, do art. 11 da LGPD, ou seja, a garantia à proteção de dados, precipuamente na Administração Pública, impõe uma problemática singular, sem perda de tempo, quanto à adequação das bases de dados computacionais de informações públicas abarcadas pela LAI, cuja a disposição de informações individualizadas se espraiam no universo digital das conexões internet (WONS; BORGES; OLIVEIRA, 2020, p. 195).

O Brasil está a um passo legislativo de encartar o direito à privacidade à Constituição da República como um direito fundamental irrevogável, haja vista que a Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019 foi recentemente aprovada em segundo turno de votação pela Câmara dos Deputados¹². Esse processo legislativo acompanha o movimento jurisprudencial que já vem reconhecendo o direito à proteção de dados como um direito fundamental, com destaque à decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 6.388, 6.390, 6.393, 6.387 e 6.389, que objetivaram a suspensão da Medida Provisória 954/2018, norma esta que tornava compulsório o compartilhamento de dados pessoais de usuários pelas operadoras de telefonia ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)¹³⁶.

12

Disponível

em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757> . Acesso em: 07 set 2021.

¹³ MENDES, Laura Schertel. Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais. **JOTA**, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>

3 SORRIA! SEUS DADOS ESTÃO SENDO MONITORADOS: O ESTADO DE VIGILÂNCIA NO BRASIL

De acordo com um relatório divulgado em 2020 pelo Centro de Análise da Liberdade e do Autoritarismo (LAUT) e a Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa (DPBR):

A ideia de tecnoautoritarismo pode ser usada para explicar os processos de expansão do poder estatal, por meio do uso de tecnologias de comunicação da informação de ponta, com o objetivo de incrementar as capacidades de vigilância e controle sobre a população, mediante violação de direitos individuais ou ampliação importante dos riscos de violação a direitos fundamentais.

Em reforço, assim leciona David Murakami Wood (2017, p. 362):

In this s tate, there are no limits on what the state can know about the citizen, indeed, to be a citizen of totalitarian society is by definition to be known entirely. There is no accountability or openness from the state. Further, what constitutes “knowledge” in the totalitarian state is determined by the state itself. Historically, it has actually been quite rare for such states to exist in the most extreme form – even the former East German Stasi, for all its intensive surveillance effort, only had files of any level of detail on one third of the population. One of the major concerns about the contemporary turn to authoritarianism is that readily available technologies allow far easier surveillance of greater numbers across space and time¹⁴.

Em recente pesquisa publicada na edição da *Technology Review* do MIT (*Massachusetts Institute of Technology*), coordenado pelo jornalista Richard Kemeny e comentado pelo diretor do Data Privacy Brasil, Razael Zanatta, apontou-se que o Brasil vem guinando para a consolidação de um estado tecnoautoritário, destacando o Cadastro Base do Cidadão (CBC) como o principal expoente do tecnoautoritarismo, haja vista que o programa concentra uma rede quase irrestrita de dados, incluindo dados biométricos.

There’s ample reason to fear such misuse. During the 2018 presidential election that brought Bolsonaro into office, WhatsApp became a platform for widespread misinformation, most of it favoring Bolsonaro, according to an analysis by the Guardian. Some think the Cadastro could open the door to more targeted propaganda campaigns. Advanced profiling, including data

¹⁴ **Tradução livre:** “Nesse estágio, não há limites para o que o estado pode saber sobre o cidadão, de fato, ser cidadão de uma sociedade totalitária é, por definição, ser inteiramente conhecido. Não há responsabilidade ou lisura por parte do estado. Além disso, o que constitui “conhecimento” no estado totalitário é determinado pelo próprio estado. Historicamente, é muito raro que tais estados existam na forma mais extrema - até mesmo a antiga *Stasi* da Alemanha Oriental, com todo o seu intenso esforço de vigilância, só tinha arquivos de qualquer nível de detalhe sobre um terço da população.

gathered during the pandemic, could identify the voters most likely to believe and spread misinformation, who could then be unwittingly used to broadcast it, says Zanatta (KEMENY, 2020, p. 34)¹⁵.

O CBC, instituído pelo Decreto nº 10.046/2019, ainda está em processo de implementação, mas já conta com a adesão de 34 órgãos e autarquias federais, incluindo os principais ministérios: Economia, Ciência e Tecnologia e Justiça e Segurança Pública¹⁶.

Segundo o já citado relatório divulgado pelo DPBR e LAUT, é possível identificar ao menos 13 acontecimentos que podem ser catalogados como manifestações tecnoautoritárias, coordenadas pelo Estado. Destes, é possível destacar os seguintes:

Em meados de 2020, foi amplamente divulgado que o Ministério da Justiça, por intermédio da Secretaria de Operações Integradas (SEOPI) teria realizado o monitoramento de cerca de 579 servidores públicos que seriam vinculados à movimentos tidos como ‘antifascistas’, materializando o monitoramento em um dossiê que inclui dados pessoais como fotografias e endereços de redes sociais.

A ação coordenada pelo Ministério da Justiça foi objeto de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 722, que já teve medida cautelar deferida pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de determinar a suspensão imediata da produção e veiculação de informações do ‘dossiê antifascista’.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes asseverou:

Além disso, essa atuação estatal indevida também tem um efeito pernicioso sobre a sociedade como um todo, a partir do momento em que gera desestímulos ao debate de ideais contrárias àquelas defendidas pelos governantes, caracterizando o denominado efeito dissuasório ou “chilling effect” [...]

Anote-se que o Sistema de Inteligência Brasileiro é um instrumento de Estado, e não de Governo. Deve se ocupar das macro questões de segurança pública e de proteção à soberania nacional, não podendo ser utilizado para monitorar a oposição e os críticos aos atuais ocupantes do poder.

¹⁵ **Tradução livre:** “Há muitas razões para temer esse uso indevido. Durante a eleição presidencial de 2018 que trouxe Bolsonaro ao cargo, o WhatsApp se tornou uma plataforma para a desinformação generalizada, em grande parte favorecendo-o, de acordo com uma análise do Guardian. Alguns acham que o Cadastro pode abrir a porta para campanhas de propaganda mais direcionadas. Perfis avançados, incluindo dados coletados durante a pandemia, poderiam identificar os eleitores com maior probabilidade de acreditar e espalhar informações incorretas, que poderiam ser involuntariamente usados para transmiti-las, diz Zanatta”.

¹⁶ VALENTE, Jonas. O que é o Cadastro Base do Cidadão. Agência Brasil, 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-12/agencia-brasil-explica-o-que-e-o-cadastro-base-do-cidadao>. Acesso em: 06 set 2021.

Ainda na esfera federal, é oportuno resgatar a Medida Provisória nº 954/2020, editada pelo Presidente da República com o objetivo de determinar o compartilhamento obrigatório de dados pessoais (nomes, números de telefone e endereço)¹⁷ por empresas integrantes do sistema de telecomunicações ao IBGE, com a justificativa de que tais dados subsidiariam a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD), voltada para o acompanhamento do desenvolvimento socioeconômico do Brasil.

A medida provisória foi objeto de cinco ações Diretas de Inconstitucionalidade, relatadas pela Ministra Rosa Weber, que concedeu medida cautelar para a suspensão da vigência da medida provisória (posteriormente referendada pelo plenário da Corte), fundamentando a sua decisão no respeito à privacidade e à autodeterminação informativa, bem como na ausência de medidas técnicas voltadas para a proteção de tais dados¹⁸.

Já em âmbito estadual, muito comentou-se acerca da utilização de técnicas de monitoramento dos cidadãos paulistas pelo governo do estado, por meio do Sistema de Monitoramento Inteligente (SIMI). Tal rastreamento era realizado por meio de uma parceria com operadoras de aparelhos celulares móveis que transmitiram dados de georreferenciamento dos portadores para o Governo do Estado. Assim, a Administração teria, em tempo real, o controle dos deslocamentos durante a vigência dos decretos de restrição em razão da pandemia.

Apesar das críticas, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão exarada pelo Órgão Especial da Corte, reputou como legal o Sistema de Monitoramento Inteligente, entendendo que a sua utilização não violaria o direito à privacidade e garantiria a proteção aos dados pessoais, já que tais dados seriam anonimizados.

Como se infere, o acompanhamento ocorrerá por meio de dado anonimizado, ou seja, “dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;” (art. 5º, inciso III, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, ainda em *vacatio legis*).

¹⁷ Art. 2º As empresas de telecomunicação prestadoras do STFC e do SMP deverão disponibilizar à Fundação IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6389/DF. Min. Rosa Weber. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342959352&ext=.pdf>. Acesso em: 04 set 2021

Em resumo: assegurado o anonimato, preservado o sigilo dos dados apurados pelas empresas de telefonia móvel antes da transferência ao IPT, não há afronta a direito individual, inviabilizando o acolhimento da demanda.

Vale ressaltar que todas as práticas de vigilância possuem, ao menos em tese, justificativas pautadas no bem comum, segurança pública, e preservação da ordem. Contudo, tais práticas não podem ser indiscriminadas e sem qualquer cautela, haja vista o risco de colisão direta com direitos fundamentais, tais como a liberdade, a autodeterminação informativa e a proteção aos dados pessoais.

3.1 Sistema de Crédito Social Chinês: Discussão Acerca do Primeiro Precedente Tecnoautoritário

“*Tiang gao, Huangdi yuan*”, livremente traduzido como “As montanhas são altas e o Imperador está longe” é um histórico provérbio chinês comumente associado ao distanciamento entre a atuação do Governo central da China e os impactos e influências em relação à população em geral¹⁹. Contudo, com a crescente e questionável adesão a políticas de vigilância pelas autoridades chinesas, o provérbio vem perdendo, pouco a pouco, o seu significado.

O primeiro *case* relevante de que se tem notícia ocorreu a partir de 2015, quando o governo chinês anunciou a integração da base de dados governamental com o software de cálculo de score “*Sesame Credit*”, mantido pela Ant Financial, empresa coligada ao poderoso grupo econômico Alibaba. O algoritmo do Sesame realiza uma avaliação que não se limita ao resgate do histórico financeiro do usuário, e sim de diversas operações costumeiras que são realizadas pelos cidadãos, variando desde o “ranqueamento” de compras (um livro, por exemplo, concede uma pontuação de score maior do que a compra de um videogame), até o relacionamento com amigos. Logo, caso você mantenha convivência com amigos que possuem um score social não muito considerável, o seu também irá diminuir (ZUBOFF, 2020, p. 444).

O *score* social é apenas um dos vários exemplos de medidas de vigilância adotadas pelo governo chinês. Recentemente foi divulgado o interesse do país em expandir o uso de moedas digitais, o que permitirá que as autoridades supervisionem

¹⁹ WANG, Maya. China's Techno-Authoritarianism Has Gone Global: Washington Needs to Offer an Alternative. **Foreign Affairs**, 2021. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/china/2021-04-08/chinas-techno-authoritarianism-has-gone-global>. Acesso em: 02 set 2021

diretamente o uso do dinheiro pelos cidadãos²⁰. Com a implementação de todas essas medidas alinhadas ao uso da tecnologia, a China alcança um feito até então inédito no cenário político: a onipresença do Governo em todos os quadrantes da vida social de seus cidadãos.

No contexto chinês, o Estado conduz o espetáculo, que lhe pertence, não como um projeto de mercado, mas como projeto político, uma solução de máquina que molda uma nova sociedade de comportamento automatizado para obter resultados políticos e sociais garantidos: certeza sem terror. Todos os encanamentos provenientes de todas as cadeias de suprimento transportam superávit comportamental para esse novo e complexo meio de modificação comportamental. A liberdade será abandonada em nome do conhecimento, mas será o conhecimento do Estado a ser exercido, não em defesa de receitas, mas sim, de sua perpetuação (ZUBOFF, 2020, p. 447).

Na esteira do trabalho de Zuboff, é possível denotar sem maiores esforços que a China vem empenhando-se em utilizar a tecnologia de vigilância com o objetivo de fixar e propagar a sua política ideológica entre os seus cidadãos por meio do aplicativo “*Study Xi, Strong Nation*”, desenvolvido pelo Partido Comunista Chinês (PCC). O objetivo do aplicativo (que também se formata como uma rede social) é disseminar entre os jovens a cultura e os ensinamentos do partido e do regime, sendo possível acompanhar o ‘*ranking*’ dos amigos que tem mais conhecimento sobre esse assunto²¹.

Durante a pandemia de *sars-cov-2*, o Governo chinês avançou o as políticas de monitoramento de seus cidadãos. Sob a justificativa de controle da pandemia, o governo chinês desenvolveu o aplicativo *Alipay Health Code*, responsável por monitorar diuturnamente os cidadãos por meio de um sistema de concessão de códigos: caso o cidadão receba um código verde, ele poderá circular livremente pelas províncias chinesas. Contudo, caso receba códigos amarelos ou vermelhos, a sua circulação está restrita ou totalmente impedida, sendo que o Governo chinês possui acesso em tempo real da localização e pode compartilhá-las com as autoridades policiais^{22, 15}.

²⁰KYNGE, James. Virtual Control: the agenda behind China's new digital currency. **Financial Times**, 2021. Disponível em: <https://www.ft.com/content/7511809e-827e-4526-81ad-ae83f405f623>. Acesso em: 03 set 2021

²¹KUO, Lilly; LYONS, Kate. China's most popular app brings Xi Jinping to your pocket. **The Guardian**, 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2019/feb/15/chinas-most-popular-app-brings-xi-jinping-to-your-pocket>. Acesso em: 01 set 2021.

²²MOZUR, Paul; ZHONG, Raymond; KROLIK, Aaron. In Coronavirus Fight, China Gives Citizens a Color Code, With Red Flags. **The New York Times**, 2020. Disponível em:

É válido ressaltar que a República Popular da China possui, desde 2021, uma legislação de proteção de dados considerada como uma das mais rígidas já criadas, tendo se formalizado como uma alteração ao Código Civil da República Popular da China.

O Código traz um capítulo específico, denominado “Privacidade e Proteção de Informações Pessoais²³¹⁶”, abarcando oito artigos. Os dispositivos tratam diversas matérias: desde a classificação do termo “privacidade” (Artigo 1.032) até a identificação dos princípios que devem nortear o processamento das informações pessoais (Artigo 1.035).

O Capítulo também garante ao Titular o direito à exclusão dos dados quando o tratamento for ilegal (Artigo 1.037), bem como elenca as obrigações dos agentes de tratamento (“processadores de informações”, em tradução livre), como a vedação de divulgação, adulteração e armazenamento de dados sem o consentimento dos titulares. O dispositivo legal também impõe que os mesmos processadores devem tomar as medidas necessárias para garantir a segurança das informações pessoais que coletam e armazenam, evitando vazamentos, adulterações e perdas de informações (Artigo 1.038).

4 CONCLUSÃO

Apesar de parecer uma guerra quase perdida, o tecnoautoritarismo e consequente expansão ruínosa do estado de vigilância deve ser combatido, haja vista a gravosa ameaça aos direitos e garantias individuais e coletivos, com destaque para a privacidade e a proteção de dados pessoais, direito este classificado como fundamental pelo Supremo Tribunal Federal.

Logo, é necessário que a Administração Pública execute seus deveres para com o povo de modo íntegro, e respeitando os limites estabelecidos pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, mantendo-se o estado devigilância dentro dos quadrantes legais.

Dessa feita, denota-se a relevância da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (Lei nº 13.709/2018) nesse contexto, acompanhada de uma atuação ativa

<https://www.nytimes.com/2020/03/01/business/china-coronavirus-surveillance.html>. Acesso em: 05 set 2021.

²³

Disponível

em:

<http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202012/f627aa3a4651475db936899d69419d1e/files/47c16489e186437eab3244495cb47d66.pdf>. Acesso em: 03 set 2021

da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Judiciário, que já vem desempenhando um papel importantíssimo no combate à políticas tecnoautoritárias.

A renomada professora Shoshana Zuboff, em sua obra ‘A Era do Capitalismo de Vigilância’, descreve que “estamos à caça dos mestres dos fantoches, e não do fantoche”. Essa brilhante alegoria representa que o verdadeiro inimigo não é a tecnologia e nem as inovações que dela decorrem, e sim quem a utiliza para finalidades questionáveis, alcunhando-o de “mestre dos fantoches”.

Nesse toar, pode-se citar diversos casos de boa utilização da tecnologia para a melhoria e aperfeiçoamento e desburocratização dos serviços prestados pela Administração Pública, como o aceleração de processos por meio do trâmite digital, a virtualização dos atendimentos em órgãos públicos e a utilização de documentos digitais e eletrônicos.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Lei nº 13.709, 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Brasília, DF. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/lei/l13709.htm>. Acesso em: 07 set 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº6389/DF**. Rel. Min. Rosa Werber. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342959352&ext=.pdf>. Acesso em: 04 set 2021.

DONEDA, Danilo. **Panorama Histórico da Proteção de Dados Pessoais**. Tratado de Proteção de Dados Pessoais, Grupo GEN, 2020.

GROSS, Clarissa; ZANATTA, Rafael; NUNEZ, Izabel; LEITÃO, Clara; SANTOS, Bruna; VICENTE, João Paulo. **Retrospectiva Tecnoautoritarismo 2020**. Disponível em: <https://laut.org.br/retrospectiva-tecnoautoritarismo-2020>. Acesso em: 03 set 2021.

KEMENY, Richard. Register to rule them all. *In*: **MIT Technology Review**. **Power: who has it, who wants it, and who's losing it**. The technotationalism issue, vol. 123, number 5, p. 33-37, 2020.

KUO, Lilly; LYONS, Kate. China's most popular app brings Xi Jinping to your pocket. **The Guardian**, 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2019/feb/15/chinas-most-popular-app-brings->

xi- jinping-to-your-pocket. Acesso em: 01 set 2021.

KYNGE, James. Virtual Control: the agenda behind China's new digital currency,. **Financial Times**, 2021. Disponível em: <https://www.ft.com/content/7511809e-827e-4526-81ad-ae83f405f623>. Acesso em: 03 set 2021.

LIPPERT, Randy K; WALBY, Kevin. Governing Through Privacy: Authoritarian Liberalism, Law, and Privacy Knowledge. *In: **Law, Culture and the Humanities***. Vol.12(2) 329–352, 2016.

MENDES, Laura Schertel. Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais. **JOTA**, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>.

MOZUR, Paul; ZHONG, Raymond; KROLIK, Aaron. In Coronavirus Fight, China Gives Citizens a Color Code, With Red Flags. **The New York Times**, 2020.

Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/03/01/business/china-coronavirus-surveillance.html>. Acesso em: 05 set 2021.

MURAKAMI, David Wood. The Global Turn to Authoritarianism and After. *In: **Surveillance & Society***. P. 357-370, 2017. Disponível em: <https://ojs.library.queensu.ca/index.php/surveillanceandsociety/article/view/6835/650>
5. Acesso em: 03 set 2021.

RUARO, Regina Lindes; RODRIGUES, Daniel Piñero; FINGER, Brunize. O Direito à proteção de dados pessoais e a privacidade. *In: **Revista da Faculdade de Direito -UFPR***, Curitiba, n.47, p.29-64, 2011.

VALENTE, Jonas. O que é o Cadastro Base do Cidadão. **Agência Brasil**, 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-12/agencia-brasil-explica-o-que-e-o-cadastro-base-do-cidadao>. Acesso em: 06 set 2021.

WANG, Maya. China's Techno-Authoritarianism Has Gone Global: Washington Needs to Offer an Alternative. **Foreign Affairs**, 2021. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/china/2021-04-08/chinas-techno-authoritarianism-has-gone-global>. Acesso em: 02 set 2021.

WESTIN, Alan F. **Privacy and Freedom**. Athenum New York, 1967.

WONS, Leonardo; BORGES, André Leonardo Pitangueiras; OLIVEIRA, Pamela Danelon Reina Justen de. Lei Brasileira de Acesso à Informação e o Princípio da Publicidade: uma reflexão sintética à transparência e ponderações da publicidade de informações. *In **Revista Tuiuti: Ciência e Cultura***, v.6 n.60, p.175-200, Curitiba, 2020.

ZUBOFF, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder.** Tradução de Georhe Schlesinger. 1 ed. Riode Janeiro: Intrínseca, 2020.

STATUS QUO E O SEU NOVO NORMAL: MUNDO, TECNOLOGIA, PROFISSÃO E A BUSCA POR IGUALDADE

DOS SANTOS, Andrei Milani²⁴
PAIVA, Kaik Felipe Alves²⁵
DE MORAES, Rogério Nascimento²⁶
BRAZ, João Pedro Gindro²⁷

RESUMO: O presente estudo, objetiva expor sobre a importância da revolução tecnológica moderna em diversos aspectos da sociedade, visando proporcionar ideias para esse novo moderno, tanto quanto, para as descobertas tecnológicas. De antemão, o trabalho também proporciona ao leitor uma visão de mundo democrático comparado com as novas tecnologias e a busca por igualdade. Partindo deste pressuposto, as lideranças partidárias e a influência política a considerar o fato de delimitarem recursos e acarretar uma certa desigualdade social, visto que, ter acesso à tecnologia é o passo inicial para combater a exclusão digital que ainda atinge uma enorme parcela de indivíduos no Brasil. Também é objeto de estudo uma presente comparação com a tecnologia de comunicação e o fato de contribuírem para o aprimoramento dessas técnicas ao universo jurídico, efetivando paulatinamente o uso da internet e o desafio da implementação de um modelo de Direito mais simples e compreensível ao homem comum. É evidente a transformação tecnológica, cultural e econômica das empresas e da sociedade. Portanto, o interesse real da pesquisa além de proporcionar uma visão crítica deste novo mundo, é demonstrar que o avanço tecnológico está além de uma simples modernidade, sendo considerada, uma chave para novos meios de socialização e inclusão que se aplicam a ordem social, visando entender também, que essa tecnologia tem grande impacto na estruturação do mercado de trabalho, e é nesse ponto que deve-se analisar como as relações trabalhistas serão afetadas por este avanço, visto que toda mudança tecnológica tem um resultado social.

Palavras-Chave: Revolução Tecnológica; Igualdade; Lideranças Partidárias; Exclusão Digital; Ordem Social.

ABSTRACT: This study aims to expose the importance of the modern technological revolution in various aspects of society, aiming to provide ideas for this new modern as well as for technological discoveries. Beforehand, the work also provides the reader with a democratic worldview compared to new technologies and the search for equality. Based on this assumption, party leaders and political influence to consider the fact of delimiting resources and causing a certain social inequality, since having access to technology is the initial step to combat the digital exclusion that still affects

²⁴ Discente do 4º termo do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: andreimilani2010@gmail.com

²⁵ Discente do 4º termo do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: kaikpaiva67@gmail.com

²⁶ Discente do 4º termo do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: rnmoraes@tce.sp.gov.br

²⁷ Docente do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Mestrando pela Universidade Estadual de Londrina. Advogado. E-mail: joaopedrogindro@gmail.com.

a huge portion of individuals in the Brazil. Another object of study is a present comparison with communication technology and the fact that they contribute to the improvement of these techniques to the legal universe, gradually making the use of the internet effective and the challenge of implementing a simpler model of law that is more understandable to the common man. . The technological, cultural and economic transformation of companies and society is evident. Therefore, the real interest of the research, in addition to providing a critical view of this new world, is to demonstrate that technological advancement goes beyond simple modernity, being considered a key to new means of socialization and inclusion that apply to the social order, aiming also understand that this technology has a great impact on the structuring of the labor market, and it is at this point that it is necessary to analyze how labor relations will be affected by this advance, since every technological change has a social result.

Keywords: Technological Revolution; Equality; Party Leaderships; Digital Exclusion; Social Order.

1 INTRODUÇÃO

Diante da sociedade socioeconômica e multi tecnológica em que vivemos, o cotidiano no qual será estudado, debate o tema importantíssimo sobre a questão tecnológica, envolvendo não somente a população, mas também, os meios que facilitam esse acesso para um todo. Partindo do pressuposto em que, a tecnologia se tornou um meio avançado neste século, deve-se imaginar que adentrando este artigo, estarão presentes informações verídicas relacionadas com todo esse novo mundo, partindo desde a antiguidade até a modernidade.

Entretanto, vale ressaltar que o novo moderno nos faz refletir sobre a importância da tecnologia na vida das pessoas e os resultados futuros que poderão acarretar grande segurança social, busca por igualdade e novas profissões no mercado de trabalho, acarretando assim, em mais vagas de emprego e diminuição da pobreza, diante do cotidiano brasileiro. Visto que, como será explanado aqui, de acordo com os dados da Fundação Getúlio Vargas, o número de pobres saltou de 9.5 milhões em agosto de 2020 para mais de 27 milhões em fevereiro de 2021.

Salienta-se a introdução quanto ao avanço desta tecnologia como meio de melhor desempenho da sociedade, onde, o brasileiro necessitava de melhores condições de vida, e segundo dados, essa melhoria poderia ser expandida através do novo moderno tecnológico.

Os tópicos que foram tratados neste artigo, possibilitam ao leitor, uma visão de mundo moderno tanto quanto antigo, que enfatiza uma certeza de que neste século ou até mesmo nesta década, muita coisa pode mudar. Desde que, haja previsto na sociedade tanto em seus representantes partidários, uma força de vontade equivalente ao desempenho socioeconômico e tecnológico para que exista uma certa proteção aos direitos partindo da ideia de ordem social, onde certamente, a tecnologia se tornou hoje parte inerente da vida de modo que a sociedade não consegue se ver desapegada e poderia se usufruir ainda mais, de maneira saudável, segura e divertida.

Assim sendo, o artigo proporciona ao leitor uma nova perspectiva de vida futura, que acarreta tanto em uma visão ampla de democracia quanto em uma inclusão digital, visto que, o novo moderno já está entre nós. Portanto, é evidente o quanto os meios tecnológicos poderão ajudar no desenvolvimento social, desde que haja em nosso país, líderes partidários de comum acordo com a população, que busquem melhorias em todos os âmbitos sociais, desde o desenvolvimento sustentável, onde devemos nos adaptar com a tecnologia e ao mesmo tempo nos preocupar com o bem-estar da natureza, até a busca por igualdade dentre esta nação.

2 STATUS QUO E A SUA DILIGÊNCIA PROGRAMADA

O mundo está passando por uma revolução tecnológica onde o que é novo hoje, em poucos dias já poderá estar ultrapassado, estamos vendo a desintegração do status quo, traduzindo esta locução latina: 'estado das coisas atuais" ou seja como se encontram e às possuímos atualmente pois a evolução da ciência e da tecnologia mantém uma curva ascendente expandindo seus horizontes antes mesmo de atingir todos os níveis da sociedade, aumentando ainda mais o abismo entres aqueles que possuem e os que não possuem acesso a eles, de forma que, quando as camadas mais inferiores da sociedade conseguem o acesso àquela tecnologia ela já está obsoleta.

A sociedade passou de produtora de bens, para uma sociedade consumidora, aliada a propaganda nos canais de informações contemporâneos que consiste em: "ter é mais importante que ser", induzindo um estímulo ao consumismo irracional onde persuade o consumidor ao desejo de possuir algo um pouco mais novo e um pouco antes do tempo necessário, Serge Latouche (2012, p. 30) afirma que:

São necessários três ingredientes para que a sociedade de consumo possa prosseguir o seu circuito diabólico: a publicidade, que cria o desejo do consumidor, o crédito, que lhe fornece os meios, e a obsolescência acelerada e programada dos produtos que, renova a sua necessidade.

Pelo exposto não podemos falar que estamos vivendo um novo normal, já que as transformações são dinâmicas e rápidas, ao ponto de não ser possível identificar mais um ponto de ruptura, e para tanto, é de grande importância deter as noções e o direcionamento assertivo no tocante às profissões do futuro, para aquele que ainda não fez sua opção. Segundo Stephen Hawking (2020 s/p.) "A inteligência é a capacidade de se adaptar à mudança". Desde sempre, o homem vem se adaptando às dificuldades impostas pela natureza e pelo seu contexto social."

Atualmente a própria Educação pode cooperar a fim de fornecer condições para que o indivíduo possa se adaptar a novas situações, impactando no mercado de trabalho futuro, haja vista que os efeitos dos investimentos em educação, quer seja de tempo, quer seja pecuniário, e entre outros, não são instantâneos, e levam anos para provocar resultados numa visão macro. Como meio de minorar a especialização de produção em massa, assim, indústrias com uma visão mais arrojada, têm adotado a estratégia de fazer com que seus funcionários circulem entre seus vários setores

para que tenham condições de conhecer cada uma das fases da produção ao passo que, no passado, havia estrita especialização, tendência que se imaginava ser mais eficaz para a produção, bem como foi o Fordismo, idealizado pelo empresário estadunidense Henry Ford.

2.1 O Avanço Tecnológico

Estamos experimentando a quarta revolução industrial, a indústria 4.0, cuja principal característica é a introdução das tecnologias de internet, trazendo um mundo em que os sistemas virtuais e físicos se comunicam entre si na busca de inovações tecnológicas (Internet, computadores, smartphones, softwares, Inteligência Artificial) conectando humanos e máquinas por todo planeta trazendo uma rapidez e eficácia operacional jamais vista antes, pois automatizar processos significa economia de tempo, maior produtividade e diminuição de erros no processo além de menor custo, permitindo assim que um profissional tenha mais tempo para se dedicar às tarefas mais estratégicas que necessitam do intelecto humano.

Neste sentido, observa-se que, com o advento dessas novas tecnologias muitas profissões serão extintas ou substituídas, assim tais tecnologias não devem ensejar a violação de direitos e garantias fundamentais do trabalhador e sim serem uma grande oportunidade de crescimento e solução para impulsionar o mercado de trabalho. Por outro lado, essa tecnologia pode provocar impactos negativos nas relações de trabalho, no tocante a extinção ou diminuição de postos de trabalho e redução na geração de empregos, visto que atualmente as máquinas inteligentes já desempenham inúmeras atividades de forma mais rápidas e eficientes que os humanos, porém nem todos os postos de trabalho serão preenchidas por máquinas e terão que ser criadas alternativas capazes de defender os direitos do trabalhador para que não haja conflitos e nem necessidades sociais neste cenário provável.

Para Klaus Schwab (2016, p. 20), estamos no início de uma revolução que está mudando fundamentalmente a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos um com o outro, tratando-se de tecnologias inovadoras como manufatura digital, IoT (Internet das Coisas), robótica avançada e inteligência artificial.

Segundo Sérgio Iglesias Nunes de Souza (2008, p. 33), a Inteligência Artificial é:

[...] o método cibernético de adoção de soluções por programas de computador não previstos anteriormente pela vontade humana. Assim, através da inteligência artificial há a possibilidade do sistema do computador adotar soluções baseando-se em situações ou ordens de comando humano anteriores para hipóteses novas semelhantes, com base na experiência adquirida, em um processo de automação da vontade. Contudo, essa vontade não é a vontade humana, mas o 14 desiderato encontrado pela máquina, irrefletida e infértil pela parte, programador ou do seu próprio criador [...].

Analisando este panorama, certamente, muitas profissões poderão ser extintas ou substituídas pelas máquinas inteligentes, pois ao menos metade das tarefas podem ser realizadas com melhor desempenho e a um custo menor, uma vez

que a inteligência artificial está cada vez mais automatizando as atividades e serviços que os humanos hoje realizam.

Domenico de Masi (2001, p. 227) aponta sobre o futuro do mercado de trabalho frente ao avanço tecnológico:

Já há vinte anos são publicados estudos com previsões sobre o quadro futuro do desemprego tecnológico. Em 1979, o Stanford Research Institute já anunciava que nos Estados Unidos, pelo fluir do século, 80% das tarefas manuais estariam automatizadas, eliminando assim 20 a 25 milhões de postos de trabalho. Já em 1981, um estudo da Universidade Paris-Dauphine previa que o uso de robôs, máquinas de controle numérico etc. provocaria a redução de 20% a 25% da mão-de-obra. Em 1982, relatório do Chibe de Roma elaborado por Friederichs e Shaf já anunciava o desaparecimento do trabalho manual nos 30 anos seguintes.

Importante observar que essa tecnologia tem grande impacto na estruturação do mercado de trabalho, e é nesse ponto que devemos analisar como as relações trabalhistas serão afetadas pelo avanço tecnológico, visto que toda mudança tecnológica tem um resultado social, como destaca Schwab (2016, p. 33):

Inovar é um processo social complexo e não algo que devemos aceitar como inevitável. Portanto, mesmo que esta seção tenha destacado uma ampla gama de avanços tecnológicos com a capacidade de mudar o mundo, é importante darmos atenção sobre como garantir que esses avanços continuem a ser realizados e sejam orientados para os melhores resultados possíveis.

Portanto, os novos modelos de trabalhos necessitarão de uma maior flexibilização nos regimes laborais, pois a falta de preparação dos sistemas atuais pode gerar violações aos direitos fundamentais e sociais do trabalhador. As mudanças constantes trazidas pela tecnologia modificam diretamente a forma de como as proteções sociais aplicadas ao labor são executadas e fiscalizadas, uma vez que os novos modelos de relação de emprego desafiam continuamente os sistemas regulatórios já existentes. Desta forma, o desenvolvimento das proteções sociais busca impedir o impacto do desemprego e dos novos modelos de trabalho que surgem em razão dos avanços tecnológicos, razão porque é essencial ao futuro do trabalho progredir com novos sistemas de proteção social que tenha como visão central tanto as necessidades do mercado de trabalho, quanto às do trabalhador.

3 DEMOCRACIA, DIVERSIDADE E DESCOBERTAS TECNOLÓGICAS

Ao longo dos anos foram se desenvolvendo diversos “rótulos” a respeito do significado de democracia, tendo em vista que, seu real conceito nunca foi algo totalmente definido. Pode-se dizer que a democracia em seu significado mais amplo, é algo dinâmico, ou seja, em constante aperfeiçoamento. Decorrendo de acontecimentos históricos vinculados ao processo político direcionado a determinadas pessoas com uma participação vinculativa do povo. Não obstante, ocorre dentro de

uma democracia, uma certa liderança política vinculadas aqueles que se encontram no atual poder soberano do governo e decorre de assuntos “democráticos” de participação societária, como também, política.

Em outras palavras, a democracia em seu sentido amplo, além de abranger um constante aperfeiçoamento como citado acima, induz uma certa liderança em direcionar o que é certo e errado através dos seus representantes partidários. Dentre esses aspectos, se encontra em especulação um assunto bastante discutido no momento, que é a influência da diversidade no parecer democrático da sociedade. Tendo em vista que, o princípio democrático não elimina a existência das estruturas de domínio, mas implica uma forma de organização desse domínio. Portanto, atualmente no Brasil, quando se fala em diversidade, logo referimos a um certo conflito por parte da política, onde o então atual, Presidente Jair Messias Bolsonaro, não corresponde com a ideia de diversidade e como exemplo, pode-se citar um comentário homofóbico feito pelo atual presidente à uma repórter em 2013 em seu gabinete:

[Antigamente] não existia essa quantidade enorme de homossexuais como temos hoje em dia. E eles não querem igualdade, eles querem privilégios. Eles querem é nos prender porque nós olhamos torto pra eles, nos prender porque nós não levantamos de uma mesa pra tirar nossos filhos ‘menor’ de idade de ver dois homens ou duas mulheres se beijando na nossa frente, como se no restaurante fosse um local pra fazer isso. Eles querem é privilégios! Eles querem é se impor como uma classe à parte. E eu tenho imunidade pra falar que sou homofóbico, sim, com muito orgulho se é pra defender as crianças nas escolas.

Contudo, em tempos, a comunidade LGBTQIA+ não vem pedindo privilégios, mas sim, a criação de leis que garantam direitos a essa comunidade, visto que, apesar de em 2019 o STF entender que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalizava atos de homofobia e de transfobia e, assim, criminalizar a homofobia no Brasil, andar na rua sendo um homossexual ainda é um perigo constante.

Portanto, visto todas essas informações, uma ideia para salientar esse conflito político e proporcionar ainda mais proteção à comunidade LGBTQIA +, seria por fim, a criação de novos meios tecnológicos, como novos aplicativos, para serem usados com o dever de proteger essa comunidade. Dentre algumas opiniões, poderia ser criado dentro do nosso ordenamento, um projeto de lei que visasse uma certa porcentagem de lucro a instituições tecnológicas para o desenvolvimento de programas que listassem e atendessem essas demandas de ataques, e em seguida, proporcionassem uma solução, com o público-alvo sendo a própria comunidade e simpatizantes. Seja, esta solução, um pedido de ajuda e em seguida uma viatura até o local, uma foto tirada pelo aplicativo no momento exato em que se é omitido o socorro, entre outras soluções que acarretaria uma diminuição na criminalidade prevista para essa população e mais segurança nas ruas.

4 A ORDEM SOCIAL NOS TEMPOS MODERNOS DIANTE DOS NOVOS MEIOS TECNOLÓGICOS

Levando em conta o artigo nº 193 da Constituição Federal de 1988, entende-se que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. Entretanto, no decorrer de seus capítulos, observa-se que o artigo é voltado, especialmente, para a Seguridade Social, Saúde, Previdência Social, Educação, Cultura, Desporto, Ciência e Tecnologia, Comunicação Social, Assistência Social, Meio Ambiente, Família, Criança, Adolescente, Jovem, Idoso e Índios.

Partindo do pressuposto que o legislador citou a Ciência e Tecnologia como um meio especial legislativo, possuindo um capítulo próprio, é neste tema que equivale a importância deste tópico. Atualmente, vivencia-se uma revolução tecnológica que passa pela transformação cultural e econômica das empresas e da sociedade. É nítido, quando se percebe que nesses tempos de pandemia da Covid-19 e isolamento social, o alcance tecnológico e os meios de comunicação se adentraram ainda mais na vida do povo brasileiro e no cotidiano de outras nações.

Presume-se que daqui uns anos, a tecnologia neste aspecto de vida, passará a ter resultados ainda mais relevantes e exponenciais. Ou seja, novas soluções com enorme potencial de impactar as pessoas e o modo como elas vivem, poderão surgir em breve. Contudo, vale ressaltar que a ordem social, apesar de voltada para diversas categorias importantes da sociedade, não garante uma certa certeza àqueles que irão usufruir dos novos meios tecnológicos. Sendo assim, existe uma questão importante a ser ressaltada: “Todos os brasileiros possuem uma renda financeira estável para adquirir essa tecnologia?”.

De acordo com os dados da Fundação Getúlio Vargas, que tem como objetivo inicial, preparar pessoal qualificado para a administração pública e privada do país, o número de pobres saltou de 9.5 milhões em agosto de 2020 para mais de 27 milhões em fevereiro de 2021. O economista Marcelo Nery, da FGV social, confirma essa veracidade através da comparação com o auxílio emergencial e confirma:

Se a gente comparar a situação de março de 2021, sem auxílio emergencial, é o pior nível de pobreza de toda a série histórica que começa em 2012. E o que é impressionante é que saiu do melhor nível, com auxílio emergencial pleno, para o pior nível. Isso produz uma grande instabilidade que também é danosa para a vida das pessoas.

Portanto, visando esses dados, entende-se que a população não está preparada para o recebimento dessas novas tecnologias. Não faz sentido existir um meio facilitador para o desenvolvimento do país, quando se tem a pobreza em crescimento constante. Porém, é necessário verificar se esses novos investimentos, serão prazerosos para a existência de oportunidades de emprego que visem proporcionar experiência e não necessitar de experiência.

Por fim, visando a ordem social e a sua importância na vida do povo brasileiro, é necessária uma averiguação desses fatos, que comprovem a existência de meios que proporcionem à essa população, um melhor acesso e facilidade para obterem

além de uma renda digna e um serviço de qualidade, melhor desenvoltura na obtenção desses novos meios tecnológicos.

5 DESIGUALDADE SOCIAL E O ACESSO ÀS TECNOLOGIAS

Surge após longa reflexão sobre o tema a indagação: A exclusão ao acesso à tecnologia é decorrência da exclusão social?

Assim não é difícil concluir que o grave quadro social do Brasil e a não efetividade de ações do Estado é um obstáculo que enfatiza a necessidade de criação de políticas sociais, como uma demanda da sociedade civil, como instrumento capaz de amenizar o acesso às tecnologias para que cada vez mais atinja as classes mais baixas de forma que o abismo tecnológico fique cada vez menor, assim a inclusão social se tornou um grande desafio pois por razões históricas que se acumulou no Brasil.

Ter acesso à tecnologia é o passo inicial para combater a exclusão digital que ainda atinge uma enorme parcela de indivíduos no Brasil já que, com relação ao analfabetismo tecnológico, a situação não difere muito do quadro de analfabetismo como um todo no país, assim, o cidadão digital e tecnologicamente sem este acesso - info excluído- precisa ter esta oportunidade. Cabral Filho (2006, p.111) afirma que:

A inclusão digital se assemelha, portanto, à ideia de alfabetização digital, numa equivalência com a perspectiva da alfabetização no processo de inclusão social, voltando o foco para aqueles que também se encontram no próprio contexto de exclusão social, acrescentando a temática da tecnologia digital no sentido de somar esforços para atenuar essa diferença.

Neste sentido a tecnologia se tornou hoje parte inerente da vida de modo que não conseguimos nos ver separados mais dela, portanto os cientistas precisam se preocupar com a aplicação dada a suas descobertas e teorias, pois é evidente que as tecnologias podem ser utilizadas de maneira a aumentar o poder, a autoridade, o privilégio de uns sobre os outros pois ela pode ser o instrumento mais adequado para se impor uma dominação e um controle sobre a natureza e sobre a sociedade constituindo assim em estratégia do desenvolvimento capitalista, assim o foco do problema não está na inexorabilidade do progresso tecnológico, mas sim na orientação e determinação de prioridades que os governos dos mais diferentes países têm formulado para seu uso. Esta não pode ser direcionada para servir de base para promoção dos interesses de poucos. A sua ênfase deve convergir para a promoção humana, expressa em termos da qualidade de vida.

No Brasil o modelo de industrialização adotado seguiu o modelo de absorção de tecnologias estrangeiras que nos levou a um padrão de consumo excludente que afastou do mercado, e da cidadania a maioria da população brasileira, pois, este padrão, pressupõe o aumento de poder de consumo de uma minoria (rica) e não a incorporação da maioria (pobre).

Assim o único caminho que diminuirá a desigualdade social e aumentará o acesso às novas tecnologias é a Educação, seja ela formal ou tecnológica numa

orientação para a reflexão da realidade que leva à conscientização, seguida da participação efetiva na sociedade pois a Educação não pode ser trabalhada numa perspectiva reducionista onde tudo se resolve somente através dela, mas com a certeza a solução se passa através dela, assim o que se propõe é uma educação que extrapola os muros da escola em todos os níveis alcançando a sociedade em sua plenitude envolvendo que tem e quem não tem acesso aos bancos escolares, envolvendo assim tanto produtores quanto usuários de tecnologias.

6 A TECNOLOGIA COMO MEIO DE DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

A democratização ao acesso à justiça é uma questão há muito tempo debatida, assim, ao fazermos um recorte na linha temporal sobre o tema, podemos citar Montesquieu, que em sua obra “O espírito das leis”, sustenta a ideia de que a simplicidade das leis e a existência de um judiciário dinâmico, combinados, relacionam-se com o viés democrático ou não na amplitude da sociedade na qual estamos inseridos. Não obstante, o texto aborda que no século XX, o direito pode ser caracterizado pela regulação, por meio de normas especiais, de diversas divergências no que tange o aspecto social, advindas de reivindicações democráticas pela busca de novos direitos, onde estas, pactuam para aumentar a complexidade das leis, resultando assim, em uma maior carência de intervenção judicial.

Em âmbito internacional, vicissitudes vão paulatinamente validando que o aumento dessa complexidade do Ordenamento Jurídico traz ao mesmo tempo, uma maior necessidade de acesso. Ante o exposto, preceitua Montesquieu, “Quando vou a um país, não examino se há boas leis, mas se as que lá existem são executadas, pois boas leis têm por toda a parte”. Dentro deste pensamento temos que hoje, mais do que qualquer outro tempo na história jurídica da humanidade, há a necessidade de enfrentar a complexidade tanto administrativa quanto técnica do Sistema Jurídico, respondendo adequadamente às demandas da sociedade assim exigir dos operadores do Direito respostas de qualidade e numa velocidade que dê conta dos conflitos.

Diversos autores versam sobre o acesso à justiça como um princípio basilar, fulcral para a estruturação dos direitos fundamentais, no entanto, não excluem a necessidade de recorrentes lutas para o reconhecimento dos interesses coletivos, progressivamente, incorporados na Constituição Federal. Numa coletividade, em que o sistema normativo jurídico não assegura a proteção dos direitos, corroborando na ratificação de que o acesso à Justiça não atinge sua essência, árdua, contudo, impreterível, é a luta para a expansão da oportunidade de os conflitos serem elucidados de maneira assertiva, com maior celeridade e dignidade humana. Corolário a esse assunto, o renomado doutrinador José Afonso da Silva (1999, p.10), afirma:

Se o Poder Judiciário é um dos Poderes do Estado, como enuncia o artigo 2º da Constituição e, se o Estado, República Federativa do Brasil, tem, como um de seus primeiros fundamentos construir uma sociedade justa, então não se pode mais ele se contentar com a mera solução processual de conflitos.

Deve-se também fornecer conhecimento jurídico básico para o exercício da cidadania ativa e acessível a todas as camadas da sociedade, democraticamente. Dessa forma, diminuir as complexidades tanto técnica, quanto administrativa do sistema jurídico é uma tarefa que abrange várias ações, com empenho permanente dos juristas em implementar racionalidade ao sistema, restringindo ou diminuindo o seu caráter técnico nos níveis em que racionalmente é admissível pela sociedade, bem como, traduzível por sistemas de informação objetivando assim democratizar e popularizar o conhecimento das normas jurídicas, rompendo com a perspectiva tecnocrática do conhecimento jurídico em conjunto com os engenheiros de software, em simplificar o mundo jurídico através de sistemas inteligentes. Hoje, a tecnologia de comunicação possui alto nível de demanda, confiabilidade e segurança na transmissão de dados, exemplo disto são os sistemas de informação inteligentes.

Essa verdadeira revolução digital atinge o mundo jurídico, mas numa velocidade bem inferior àquela que vem ocorrendo nos demais sistemas, Adriana S. Silva (2005, p.108) aborda a temática no que diz respeito ao defasado sistema judicial brasileiro. A autora sustenta o argumento de que o ordenamento jurídico, no Brasil, apresenta-se ineficaz e precário, onde tal apuração pode ser ratificada na seguinte afirmação:

Tem-se percebido, com isso, que o acesso à Justiça tornou-se arcaico em relação à realidade contemporânea. O sistema jurídico não acompanha o progresso da sociedade e, em contrapartida, deixa, por vezes, lacunas na resolução dos litígios bem como não satisfaz os auspícios de uma prestação jurisdicional adequada e satisfatória, para o que poderia estar preparado o Poder Judiciário.

Portanto, a tendência é o aprimoramento dessas técnicas ao universo jurídico, implementado paulatinamente o uso da internet, sabendo que esta é uma demanda legítima da sociedade atual. O grande desafio, sem dúvida, está na implementação de um modelo de Direito mais simples e compreensível ao homem comum. Sem acesso à educação e a informação não há nenhuma espécie de oportunidade pois são estruturantes para um tratamento mais justo e igualitário, logo, o acesso à justiça não pode ser resumido ao simples fato de a oportunidade de um cidadão recorrer ao Poder Judiciário e sim atinge sua plenitude, no entanto, necessária, é a luta para a ampliação da possibilidade de os conflitos serem solucionados com maior eficiência e dignidade humana.

Ante o exposto, o futuro da sociedade brasileira, no que tange todo o aspecto da tecnologia como meio de democratização do acesso à justiça, depende e muito dos trabalhos de pesquisa e de ensino realizados nas universidades e também nos órgãos do Estado diretamente interessados no Direito e na Justiça, bem como dos investimentos necessários feitos por quem lhe é atribuída a respectiva competência, possibilitando assim, a busca constante pelos mecanismos de equilíbrio e coesão social anexos ao estado democrático de direito.

7 CONCLUSÃO

Diante deste cenário onde ciência e tecnologia avançam numa proporção jamais vista antes na história surgem indagações acerca dos desafios que enfrentaremos neste novo contexto onde o status quo se desintegra fazendo surgir um novo paradigma onde a sociedade se encaixa como consumidora de bens tornando-se consumista desenfreada pelo “novo”, ditando assim o ritmo acelerado na produção de bens de consumo com novas tecnologias, aumentando a distância daqueles que possuem mais condições em relação aos menos favorecidos.

Novas tecnologias surgem a cada dia e com elas a acentuação dos problemas sociais, pois o acesso é caro e não é alcançado por todas os níveis da sociedade, portanto diante dessas observações faz-se necessário cobrar soluções do poder público que incluam as pessoas mais pobres e os grupos que também sofrem com a discriminação e o preconceito nos programas de governo visando condições de igualdade principalmente em relação à educação inclusiva e a proteção ao emprego, para assim buscarmos o estreitamento das desigualdades sociais e com isso garantir um mínimo possível de direitos fundamentais fazendo respeitar a constituição.

Com a morosidade e burocracia exacerbada que caracterizam o sistema jurídico brasileiro, é imprescindível medidas por meio do Poder Legislativo, que tenham o condão de conferir maior celeridade e maior facilidade à angariar o acesso à justiça pelas mais diversas classes sociais componentes do corpo social brasileiro, de forma a objetivar, um declínio significativo no índice de desigualdade social sobre aspecto supra transcrito, e também garantir a perenidade do estado democrático de direito, pois tardia a justiça, perde sua essência, deixando de ser justa, e passando a ser mera injustiça manifestamente qualificada.

Assim, pelas observações encontradas sobre o tema e trazidas à discussão para debate e reflexão, fica evidente que a sociedade deva estar atenta para acompanhar a revolução tecnológica, seja através dos seus poderes constituídos por meio de seus representantes, seja pela educação como caminho ao acesso ou seja pela justiça como meio garantidor para que tenhamos uma sociedade mais justa e menos desigual onde os novos modelos de tecnologia atuem como uma ferramenta de inclusão social capacitando e abrangendo todas as pessoas para as novas carreiras do futuro.

REFERÊNCIAS

CABRAL FILHO, A. V. **Sociedade e tecnologia digital: entre incluir ou ser incluída**. Liinc em Revista, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, set. 2006. Disponível em: <http://www.ibict.br/liinc>. Acesso em: 25 ago. 2021.

CATACRA LIVRE. **“Sou homofóbico sim, com muito orgulho”**, diz Bolsonaro em vídeo. Disponível em: <https://catracalivre.com.br/cidadania/sou-homofobico-sim-com-muito-orgulho-diz-bolsonaro-em-video/>. Acesso em: 25 set. 2021.

DIREITONET. **Ordem Social**. Disponível em:

<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1435/Ordem-Social>. Acesso em: 23 set. 2021.

FORBES. **Relatório aponta principais tendências em tecnologia e inovação para 2021**. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2021/02/7-tendencias-em-tecnologia-e-inovacao-para-2021/>. Acesso em: 26 set. 2021.

HAWKING, S. **Pensador.com**. 2020. Disponível em: Inteligência é a capacidade de se... Stephen Hawking - Pensador. acesso em 25/08/2021

JORNAL NACIONAL, G1. **Número de brasileiros que vivem na pobreza quase triplicou em seis meses**, diz FGV. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2021/04/05/numero-de-brasileiros-que-vivem-na-pobreza-quase-triplicou-em-seis-meses-diz-fgv.ghtml>. Acesso em: 26 set. 2021.

LATOUCHE, Serge. **O pequeno tratado do decrescimento sereno**. reimp. Lisboa: Edições 70, 2012

MASI, Domenico. **O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial**. Tradução de Yadyr A. Figueiredo. Rio de Janeiro: José Olympio. 2001.

MIGALHAS. **STF e a criminalização da homofobia**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/319644/stf-e-a-criminalizacao-da-homofobia>. Acesso em: 25 set. 2021.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

POLITIZE. **O que é democracia?** Disponível em: <https://www.politize.com.br/democracia-o-que-e/>. Acesso em: 25 set. 2021.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Genebra: Edipro, 2016. 191 p.

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem**: um caminho para a crise do judiciário. Barueri: Manole, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Acesso à justiça e cidadania**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 216, abr./jun. 1999.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil e a inteligência artificial nos contratos eletrônicos na sociedade da informação**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 877, ano 97, p.27-40, nov. 2008.

ZANETTI, Bruno Marco. **DEMOCRACIA**. Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/democracia_-_artigo_-_bruno_marco_zanetti.pdf. Acesso em: 24 set. 2021.

(RE)DISTRIBUINDO A HARMONIA SOCIAL: UM PROCESSO PLURALISTA E COMUNICATIVO

OICHI, Camila Mayumi²⁸

BRAMBILLA, Pedro Augusto de Souza²⁹

RESUMO: O presente artigo procurou analisar- por meio da linha crítico-metodológica, com raciocínio indutivo e emprego do jurídico compreensivo- o Processo Estrutural como instrumento de aplicação da teoria da legitimidade do Direito, proposto por Habermas, e da teoria da sociedade aberta dos intérpretes, de Häberle. Para tanto, explorou-se a base empírica habermasiana, discorrendo-se a pragmática universal, na qual, o filósofo constrói os elementos para se ter um Estado Democrático de Direito. Por conseguinte, pensando na correlação das teorias e, principalmente, sobre o papel fundamental que os cidadãos exercem dentro de uma democracia, passou-se a investigar a hermenêutica constitucional pluralista do jurista alemão.

Palavras-chave: Habermas. Häberle. Concretização. Processo Estrutural. Divulgação de dados.

ABSTRACT: This article sought to analyze - through a critical-methodological line, with inductive reasoning and the use of comprehensive legal - the Structural Process as an instrument to apply the theory of legitimacy of Law, proposed by Habermas, and the theory of the open society of interpreters, from Häberle. For that, the Habermasian empirical base was explored, discussing the universal pragmatics, in which the philosopher builds the elements to have a Democratic State of Law. Therefore, thinking about the correlation of theories and, mainly, about the fundamental role that citizens play within a democracy, we started to investigate the pluralist constitutional hermeneutics of the German jurist.

Keywords: Habermas. Haberle. Realization. Structural Process. Disclosure of data.

1 INTRODUÇÃO

O corpo social é envolto por conflitos; os embates remontam desde a antiguidade e o quebra-cabeça da humanidade foi se construindo a partir das divergências sociais. No entanto, os modos como essas tensões são resolvidas se modificaram ao longo do tempo, passando de guerras a tribunais; da máxima “olho

²⁸ Discente do 3º ano do curso de direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Bolsista do Programa de Iniciação Científica “Novo Processo Civil Brasileiro: Garantias Fundamentais e Inclusão Social”. E-mail: camilaoichi@gmail.com

²⁹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente, Pós-Graduado e professor na mesma instituição. Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR). Coordenador do grupo de Iniciação Científica “Novo Processo Civil Brasileiro: Garantias Fundamentais e Inclusão Social” do Programa de Iniciação Científica do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente, São Paulo, Brasil. E-mail: pedrobrambilla@toledoprudente.edu.br

por olho e dente por dente” à conservação dos direitos humanos; de governanças despóticas a democráticas; e, dentro desta perspectiva, as negociações sociais- e noções acerca do que seria (in)justo- também foram evoluindo com o passar do tempo.

Assim, a depender do contexto histórico, as visões de mundo foram se adaptando, o que demonstra a volatilidade e a inconstância do “mundo da vida”. Do mesmo modo, observado esta liquidez da realidade social, buscar por conceitos enrijecidos se torna dispensável para essa dinâmica, sendo mais interessante a construção de elementos que permitam- a sociedade- caminhar nos trilhos da democracia, modulando-se a ideais humanísticos.

À vista disso, em um primeiro momento, o presente trabalho explorou os componentes para se ter, legitimamente, um Estado Democrático de Direito e, por isso, a pragmática universal habermasiana foi examinada. Tendo o proceduralismo como sua identidade, o filósofo alemão propõe caminhos a serem seguidos pela esfera democrática a fim de construir consensos que validem normas, atos e decisões. Dessa forma, pensando que a razão e a comunicação não se separam dos seres humanos e estão sempre de mãos dadas ao convívio social e à democracia, Habermas levanta o discurso como elemento-chave de sua teoria; o que, por consequência, torna uma base empírica universalmente aceita e de extrema importância para ciência jurídica.

Deste modo, é pensando na teoria do agir comunicativo e na concepção de consensos, que se passou a investigar a tese de Häberle. O jurista alemão, diferentemente de uma visão positivista e enrijecida, traz uma abertura ao processo de interpretação do Direito; e, aproximando-se das idéias de Habermas, estabelece que os cidadãos façam parte da hermenêutica constitucional. Logo, a ciência jurídica acaba sendo ampliada por esses dois pensadores que trazem, para ambiente jurídico, indivíduos- teoricamente- não oficiais e que, por estarem em contato direto ou indireto com a norma jurídica acabam, de um jeito ou de outro, vivenciando sua interpretação.

Por conseguinte, mediante a linha crítico-metodológica- que “presume uma teoria crítica da realidade” (GUSTIN; DIAS; NICÁCIO, 2020, p. 64), com base na vertente jurídico compreensivo e com raciocínio indutivo, procurou-se demonstrar uma correlação entre teoria e prática, associando o Processo Estrutural como meio de se verificar a teoria do agir comunicativo e a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. Refletindo em uma maneira de implementar o fomento da comunicação e o procedimento pluralista de entendimento dos direitos e garantias estatuídos na Constituição Federal, viu-se no processo estrutural uma forma de se romper com o tradicionalismo jurídico e ampliar o acesso a participação em litígios.

2 PARA ALÉM DOS PAPÉIS: O DIREITO PARA HABERMAS

Todas as relações sociais se passam, necessariamente, através de uma comunicação. O diálogo é o jato propulsor das interações, o centro gravitacional do convívio em sociedade, e o cerne da democracia. Um Estado Democrático de Direito

requer essa troca de ideias, essa ação comunicativa. Por isso, para tanto, demanda-se emissores e receptores que discutam os problemas sociais e reclama a participação de seus membros na elaboração de respostas. Neste prisma, a ciência jurídica nasce do corpo social e, portanto, a população tem o papel de chave mestra no combate aos impasses advindos dela. (BITTAR, 2019, p. 556)

Dessa forma, seguindo essa linha de raciocínio, observa-se uma das características fundamentais da teoria de Jürgen Habermas: a comunicação. Seguindo uma linha pós-metafísica e, por conseguinte, indo em direção contrária à busca por conceitos³⁰, o filósofo procura como se edificar uma sociedade democrática com o uso da razão comunicativa. Por isso, percebe-se que o autor é facilmente reconhecido- e lembrado- por sua teoria do agir comunicativo, na qual, procura- através do fomento aos debates- o estabelecimento de consensos. Porém, esta compreensão seria apenas o topo de um *iceberg*, e, por isso, é preciso destacar alguns tópicos submersos de seu pensamento, antes de se passar a análise de sua extremidade.

Neste íterim, salienta-se então, que Habermas é procedimentalista. Logo, a sua filosofia do discurso acaba indo além de concepções universais de justiça e da construção de um sistema jurídico universal; mas concentra-se em como conseguir uma decisão, uma lei, um agir, legítimo. Assim, busca elementos necessários para se conquistar o justo, a democracia e o agir comunicativo.

Ante essa premissa, faz-se um adendo a história como forma de auxiliar e ilustrar essa lógica processual habermasiana. Ao longo da criação dos Estados, a humanidade teve de passar por diversos governos tiranos, absolutistas, despóticos, para enfim, conhecer os democráticos. Entretanto, dentro deste caminho, o entendimento do que seria “justo” foi se modificando e evoluindo. A noção e a maneira de se lidar com o justo- para cada época- foi uma; e, por isso, Habermas coloca que: “... torna-se mais importante pensar pragmaticamente as exigências pelas quais se veiculam discursos sobre o justo, do que pensar o semanticamente exigível como conteúdo de uma norma universal de justiça” (BITTAR, 2016, p. 394).

Portanto, esse mesmo entendimento acabou sendo aplicado à teoria do discurso. Com procedimento próprio, o diálogo possui a necessidade de perpassar pela linguagem. Este seria o ingrediente imprescindível, o fermento- e fomento- que permitirá o agir comunicativo; como elenca Bittar: “a linguagem opera a síntese indivíduo/universal codificando a razão objetiva através das instituições sociais” (2019, p. 556). Ou seja, é a partir dela que os discursos serão construídos e, é da vivência em sociedade, que se retiram os primeiros consensos para ela.

Sendo assim, para a razão comunicativa, a linguagem se faz *conditio sine qua non* e, conseqüentemente, a responsável por tornar a teoria do agir comunicativo universal. Contudo, ressalta-se que a universalidade desse pensamento se encontra nas duas condições preexistentes em todos, e em qualquer lugar, a linguagem e a

³⁰ Nesse sentido: “se a preocupação está no uso das palavras, então a discussão escapa da tendência de se buscar a essência da justiça captada por um conceito, para um exercício de compreensão dos contextos e dos jogos que definem os *usos da justiça*, e o poder do discurso na capacidade de gerar novas formas à justiça.” (BITTAR, 2016, p. 389).

racionalidade. Traz-se a razão para esse contexto- de universalidade-, pois ela permitirá a formação do melhor argumento nas discussões. Além disso, ao investigar o ‘conceito procedimental de democracia’, Habermas expõe que: “a política deliberativa obtém sua força legitimadora da estrutura discursiva de uma formação da opinião e da vontade, a qual preenche sua função social e integradora graças à expectativa de uma *qualidade* racional de seus resultados”. (HABERMAS, 1997, p. 28).

Em suma, por se basear em instrumentos universais, o processo estudado por Habermas acaba sendo universal, salientando-se que a sua teoria é provida de moral e pode contribuir muito ao direito e a sociedade. Ao propor que a legitimidade do Direito seria alcançada através da legalidade, o pensador não desassociou completamente a ciência jurídica da moral, como se nota no seguinte trecho de sua obra:

Por conseguinte, se as qualidades formais do direito são encontráveis na dimensão dos processos institucionalizados juridicamente, e se esses processos regulam discursos jurídicos que, por seu turno, são permeáveis a argumentações morais, então pode-se adotar a seguinte hipótese: a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental. (HABERMAS, 1997, p. 203).

Deste modo, importa-se fazer a ressalva aos dois princípios que permeiam a estruturação do Direito legítimo, quais sejam: o princípio do discurso e o princípio da democracia. Ao abordar a ‘*autolegislação de civis*’, Jürgen traz o axioma do discurso como o meio imparcial que deverá assumir um sentido de princípio democrático, para que o processo de construção normativa obtenha legitimidade. Assim, bastariam os dois postulados para a elaboração de cinco espécies de direitos fundamentais:

- (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*.
- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito.
- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.
- (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam a sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo.
- (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4). (HABERMAS, 1997, p. 159-160)

Para o pensador, seria a partir desses cinco direitos fundamentais, que as cartas de direitos- e a própria ciência jurídica- seriam formuladas legitimamente. No

entanto, o presente artigo se manterá focado no “direito fundamental à participação”; por meio do qual a razão comunicativa poderá ser vista em ação.

À vista disso, vê-se a inevitabilidade de se adentrar nas reflexões de esfera pública; já que, “(...) a democracia, no sentido habermasiano, não é uma atividade do Estado, do poder administrativo, mas acima de tudo a expressão e consagração das interações racionais oriundas da intersubjetividade comunicativa na esfera pública.” (BITTAR, p. 392, 2016). Será dentro deste ambiente que as linhas comunicacionais- as “*opiniões públicas*”- serão tecidas; onde- sendo membro de uma sociedade democrática- a sua responsabilidade vai além de apenas detectar os problemas que afligem o corpo social, mas de realizar a função de um quase anticorpo; devendo provocar uma reação, no sentido das questões sociais chegarem aos ‘complexos parlamentares’ e aos próprios tribunais. (HABERMAS, 1997, p. 91-93).

Em discursos pragmáticos, nós examinamos se as estratégias são adequadas a um fim, pressupondo que nós sabemos o que queremos. Em discursos ético-políticos, nós nos certificamos de uma configuração de valores sob o pressuposto de que nós ainda não sabemos o que queremos realmente. Em discursos desse tipo, é possível fundamentar programas na medida em que eles são adequados e, num sentido amplo, bons para nós. No entanto, uma boa fundamentação precisa levar em conta um outro aspecto – o da justiça. Antes de querer ou aceitar um programa, é preciso saber se a prática correspondente é igualmente boa para todos. (HABERMAS, 2003, p. 202).

Destarte, passando pela análise de procedimento, linguagem, universalidade, legitimidade e, por fim, esfera pública, em Habermas, inserimos uma função imprescindível a população em todos estes tópicos; tanto para uma Constituição fora dos papéis- se desligando do positivismo jurídico estrito- quanto, na sua constituição e, diante disso, passa-se a investigar a hermenêutica pluralista trazida por Häberle.

3 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO SEGUNDO PETER HÄBERLE

A ciência jurídica é construída para- e com- os cidadãos. Novamente, governos autoritários e ditatoriais- que não contam com a presença e a participação da coletividade- demonstram a importância dos debates político-jurídicos. Assim, em consonância com o pensamento de Habermas, Häberle introduz a participação da população, mas voltada a uma hermenêutica constitucional democratizada com uma guinada metodológica; buscando flexibilizar a interpretação da Constituição, saindo do círculo eminentemente jurídico e o expandido ao alcance de todos os que por ela dirigidos.

Dessa forma, ao conceituar interpretação, o constitucionalista alemão elenca que: “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la” (HÄBERLE, 1997, p. 13); logo, como Habermas relacionou o princípio do discurso ao princípio da democracia, Häberle aproxima a teoria da interpretação à teoria da democracia.

Nesta toada, faz-se necessária uma visão interdisciplinar e plural da interpretação jurídica, já que a vida globalizada exige o conhecimento acerca de diversos assuntos e, na mesma medida, a ciência jurídica não caminha sozinha, recebendo influências de diversas matérias (sociológicas, filosóficas, econômicas...). Desse modo, a ciência jurídica, não pode ser interpretada apenas por juristas, já que o seu arcabouço teórico e metodológico não é capaz de exaurir as minúcias das temáticas que lhes são confiadas.

Os direitos humanos- e a vida digna- perpassam por diversas disciplinas e ramos do conhecimento. Como exemplo, caso se trate de algum caso que envolva a área médica, nada melhor do que envolver os profissionais da medicina para a adequada compreensão da realidade fática que se apresenta para a conseqüente solução da controvérsia jurídica apresentada. Assim, seguindo essa linha, em entrevista para o site Conjur, o Häberle manifestou que o mandado de injunção seria uma “correção” a sociedade aberta dos intérpretes; no caso, ao impetrar com o remédio constitucional, o próprio indivíduo- ou grupo- se transformaria em um “legislador indireto”. (HAIDAR; SCRIBONI, 2017, s/p).

Além disso, Peter Häberle acaba construindo um rol de participantes dessa hermenêutica constitucional pluralista, a saber: (i) as funções estatais, quando há decisões vinculantes³¹, ou quando essas são remetidas a um processo de revisão; (ii) todos aqueles que estejam relacionados a essas decisões- englobando portanto- autor, réu, terceiros interessados, pareceristas e peritos; (iii) a mídia, que apesar de não estar diretamente ligada ao processo decisório exerce grande influência na interpretação jurídica. Nesta classificação, também estão inseridos os sindicatos, instituições de ensino, professores e pais; e (iv) as doutrinas constitucionais; demonstrando assim, o quanto a hermenêutica constitucional não se restringe aos três poderes, mas a comunidade como um todo. (HÄBERLE, 1997, p. 20-23).

Nesse sentido, o autor enaltece a necessidade de ampliação dos horizontes da interpretação da Constituição como forma de evitar o seu empobrecimento:

A Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. (HÄBERLE, 1997, p. 13).

Ademais, do mesmo modo que Habermas estrutura uma legitimação ao Direito, Häberle também traz uma legitimação pela interpretação feita pela população. A democracia é sinônimo de participação popular; logo, pensar em uma hermenêutica

³¹ No caso do Brasil, as decisões vinculantes poderiam ser vistas através das Súmulas Vinculantes, dos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas e dos Acórdãos de Incidente de Assunção de Competência.

constitucional realmente preocupada em regulamentar adequadamente os diversos conflitos emanados das relações sociais significa pensar na realidade, em direitos fundamentais e, em pluralidade participativa na construção da decisão que colocará fim à referida controvérsia. Nesse sentido, leia-se:

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. (HÄBERLE, 1997, p. 37).

No entanto, é importante frisar que o jurista não atrela a noção de “povo” a uma massa que substitui a vontade do soberano, mas sim, à ideia de povo unido aos direitos fundamentais, o que, por conseguinte, se liga à democracia. No seu raciocínio, o parâmetro a ser seguido pela Constituição democrática é a “liberdade fundamental”, e não, “o Povo”. (HÄBERLE, 1997, p. 38).

Em razão disso, recupera-se a importância que Häberle dá aos participantes “formais” da hermenêutica constitucional e ao entendimento de esfera pública proposto por Habermas. Assim, levando em consideração a dinâmica atual, que produz, cada vez mais, indivíduos singularizados; bem como a ideia de que algumas leis gerem entendimentos divergentes, verifica-se que, dentro desses pólos, na visão do jurista alemão, a Corte Constitucional deveria de atender a esses conflitos, garantindo- ao mesmo tempo- a participação de todos os envolvidos e dando voz a eles (até mesmo aos que não estejam sendo representados). Já o filósofo alemão elucida que a esfera pública seria o espaço adequado para essas discussões. (Idem)

Portanto, a fim de se visualizar os produtos da sociedade aberta, seria preciso que a realidade fática se fizesse presente no trabalho da hermenêutica constitucional; o que, por conseguinte, só seria possível com a implementação de meios que englobassem e fornecessem voz a todos os envolvidos. (COELHO, 1998, p. 159). Sendo assim, analisa-se o processo estrutural como um instrumento de concretização do espaço de fala e de participação.

4 O PROCESSO ESTRUTURAL COMO EXERCÍCIO DO CONSENSO E EXPONTE DE UMA ‘SOCIEDADE ABERTA’

O Direito já não pode ser mais restringido apenas às leis. O emaranhado de normas e direitos abarcados pela ciência jurídica é mais profundo e, para além dessa superfície, é preciso pensar em modos de se efetivá-los, encarar o estado babélico de desrespeitos e remodelar as situações críticas que afligem o corpo social³².

³² Nessa linha, recomenda-se a leitura da obra “A Teoria do Direito e a teoria do humanismo realista” de Eduardo Bittar. Conjur, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-07/eduardo-bittar-teoria-direito-teoria-humanismo-realista#:~:text=%5B12%5D%20A%20Teoria%20do%20Humanismo,Sociologia%3B%20Hist%C3%B3ria%3B%20Filosofia%3B%20Ci%C3%A2ncia>. Acesso em: 13 de maio de 2021.

Porém, é necessário que essa população tenha acesso aos tribunais- ou mesmo, a meios extrajudiciais- quando se sentem lesadas em seus direitos estatuídos na Constituição Federal. Dentro desta perspectiva, Habermas manifesta que:

A institucionalização jurídica do código de direito exige, finalmente, a garantia dos caminhos jurídicos, pelos quais, a pessoa que se sentir prejudica em seus direitos possa fazer valer suas pretensões. Do caráter obrigatório do direito resulta a exigência de que o direito vigente, em casos de conflito, seja interpretado e aplicado obrigatoriamente num procedimento especial. Pessoas de direito só podem mobilizar as autorizações ao uso da força, acopladas aos seus direitos, se tiverem livre acesso a tribunais independentes e efetivos, que decidem autoritariamente e imparcialmente os casos de disputa no quadro das leis. À luz do princípio do discurso, é possível fundamentar direitos elementares da justiça, que garantem a todas as pessoas igual proteção jurídica, igual pretensão a ser ouvido, igualdade de aplicação do direito, portanto o direito a serem tratadas como iguais perante a lei, etc. (HABERMAS, 1997, p. 162).

Nesta visão, o processo acaba se tornando um dos caminhos- não o único- a ser percorrido pelo(s) cidadão(s) que procuram, de alguma forma, uma solução para esses impasses sociais. Assim, a sociedade é envolta por conflitos, a consonância de pensamentos é uma linha tênue que pode ser facilmente quebrada, e- nos casos em que as desavenças surgem- a depender de seu conteúdo, entra em cena a jurisdição.

Contudo, sabe-se que muitas divergências não chegam aos tribunais, seja por falhas na garantia de adequado acesso à justiça ou mesmo por ausência de relevância jurídica da pretensão. Assim, o conteúdo do conflito deve ser abarcado por uma relação jurídica subjacente que, violada, dá origem a uma pretensão, que por sua vez, deve estar respaldada na legitimidade de parte e no interesse de agir. Na ausência desses pressupostos, não é possível se falar em vínculo processual legitimamente constituído. Este raciocínio fica mais claro com a exploração do termo litígio, que, nas palavras de Vitorelli: "... são conflitos relativos a interesses juridicamente relevantes" (VITORELLI, 2020, s/p).

Dessa forma, retomando as ideias de Häberle, a população faz parte dos intérpretes da Constituição e, a depender da interpretação, entrarão na Justiça- ou procurarão meios extrajudiciais- para fazer valer as suas garantias; o que, conseqüentemente, fará emanar litígios individuais ou coletivos. No entanto, diferentemente de uma visão processual tradicionalista- onde os interesses e soluções de um litígio acabam sendo visualizados sobre uma ótica mecanicista e dicotômica (indivíduo/patrimônio), fechando as portas da realidade e, por conseguinte, acarretando mais impasses- é preciso uma reflexão mais emancipada e humanitária. (PICOLI, 2018, p. 12-15).

Comumente, os litígios são pensados através da "bolha individualista". A ação, frequentemente, se encontra no crivo particular e, excepcionalmente, no coletivo. Contudo, tal linha precisa mudar, principalmente, com o aumento da teia da globalização e crescentes problemas sociais. Mais do que um sistema positivista estrito e burocrático, o Direito deve ser voltado para a sociedade, desenvolvendo a

justiça na sua máxima apreciação, conciliando-a com a concretude e perpetuando a dignidade da pessoa humana. (VITORELLI, 2021).

Desse modo, alguns casos necessitam mais do que uma sentença de reparação ou a imposição de uma obrigação; exigem o estabelecimento de planos e uma reestruturação do cenário que se apresenta. Logo, dependendo do contexto e da complexidade de um litígio, faz-se mister a presença de um processo que tramite com o intuito de extrair- completamente- a desarmonia instaurada; e não, troque uma moeda de um real, por uma nota de um real. Por isso, elenca-se o processo estrutural; porém, antes de compreendê-lo, analisam-se alguns preceitos. (Idem).

Em primeiro lugar, diversos autores tentam definir o que viria a ser um “processo estrutural”; todavia, pinçando a ideia procedural de Habermas, procura-se, mais do que a conceituação, mas elementos que permitam distinguir os demais processos de um estrutural, e, as demais decisões, de uma decisão que possa ser qualificada como “estrutural”. Sendo assim, Didier apresenta algumas características visíveis em processos considerados estruturais, como:

(i) Pautar-se na discussão sobre um problema estrutural, um estado de coisas ilícito, um estado de desconformidade, ou qualquer outro nome que se queira utilizar para designar uma situação de desconformidade estruturada; (ii) buscar uma transição desse estado de desconformidade para um estado ideal de coisas (uma reestruturação, pois), removendo a situação de desconformidade, mediante decisão de implementação escalonada; (iii) desenvolver-se num procedimento bifásico, que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa ou projeto de reestruturação que será seguido; (iv) desenvolver-se num procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária; (v) e pela consensualidade, que abranja inclusive a adaptação do processo (art. 190, CPC (LGL\2015\1656)). (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, p. 4).

Em outra mão, Vitorelli- diversamente de Didier- organiza o seu pensamento a partir do litígio; ou seja, realiza, inicialmente, uma classificação dos litígios segundo a sua conflituosidade- litígios coletivos globais; litígios coletivos locais; e litígios coletivos irradiados-, já que, para o autor, o que caracterizará um processo estrutural é o pedido estrutural. (VITORELLI, 2018, p. 3).

Na visão de Vitorelli, o essencial para se ter um processo estruturante é conter, dentro do pedido, uma reestruturação/readequação/redimensionamento, de determinada estrutura. Por essa razão, faz-se imprescindível, para esta lógica, a dissociação do entendimento que litígios coletivos são abarcados por processos coletivos e, litígios individuais, por processos individuais; pois, o estabelecimento destes termos, como sinônimos, obsta a construção de procedimentos que melhor atendem o direito material. (VITORELLI, 2020, s/p). Dessa maneira, na sua visão:

O litígio estrutural não depende, em vários casos, da apuração de um fato. Ele depende da compreensão das interfases desse fato com o contexto da sua ocorrência, para permitir o desenvolvimento de uma estratégia de resolução do problema. É aí que está a dificuldade, sobretudo em decorrência

do caráter policêntrico desses litígios. Quando se altera um eixo da política, outros setores são impactados. Quando se aumentam recursos para a educação, vão faltar para assistência social, saúde ou o lazer. Não há soluções simples para casos complexos. (VITORELLI, 2021, p. 146).

Em vista disso, percebe-se que, pelo número elevado de pessoas envolvidas, um dos passos para a resolução do processo estrutural é o diálogo (adequado). Os múltiplos interesses presentes, bem como, as diversas circunstâncias em que cada um se encontra, recuperam a esfera pública do filósofo alemão, visto que: “a esfera pública é aberta e democrática, indeterminada e informe, e por isso está sempre acolhendo a divergência, a diversidade e a pluralidade.” (BITTAR, 2019, p. 558).

Neste diapasão, importa-se mencionar alguns casos estruturantes para uma melhor visualização da teoria dos processos estruturais. Como bem elucida Vitorelli, a Operação Lava Jato desencadeou atitudes estruturantes as empresas envolvidas no cenário de corrupção. Ou seja- além de firmarem acordos de leniência- para se ter a retomada do *status quo ante*, foi necessário mais do que uma decisão judicial de condenação, mas meios que reestruturassem a situação enraizada interna dessas entidades, como- por exemplo- a implementação do *compliance* (VITORELLI, 2021, p. 73).

No entanto, como pode se perceber, os processos- caracteristicamente estruturais- são elaborados passo a passo e, portanto, é preciso fazer um adendo aos ensinamentos de Didier, pois, a própria dinâmica destes litígios, os tornam únicos. Logo, não é possível constatar processos estruturais idênticos. Tanto o desastre de Mariana, como o caso de Brumadinho, foram eventos de degradação ambiental, porém, cada qual possui os seus traços e formas de reestruturação.

Outrossim, depreende-se, desse nexos, a inevitabilidade da construção de consensos, não somente entre os integrantes do processo, como também, das autoridades estatais ligadas ao litígio; discutindo-se os problemas, levantando argumentos e concebendo decisões democráticas e racionais. Dentro da interpretação do jurista alemão: “consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito Constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso (HÄBERLE, 1997, p. 51).”

Neste seguimento, o processo estrutural tende a atender melhor aos interesses de todos os envolvidos na questão a ser decidida, justamente por inseri-los, adequadamente, ao processo racional e comunicativo que gerará uma decisão que porá fim à controvérsia, e que lhes será dirigida como norma jurídica.

5 CONCLUSÃO

A comunicação é o pilar que segura toda a estrutura democrática e as interações sociais; portanto, uma teoria fundamentada no discurso se faz imprescindível, já que, oferecerá os suprimentos necessários para se desenvolver um espaço democrático, onde todos participam na elaboração de respostas para os

problemas, sem preferência, sem seletividade, sem individualismo. Para um Estado Democrático de Direito, a participação popular deve encontrar-se na sua máxima elevação, o que só se consegue com proteção e garantia: da autonomia política; das liberdades (de discussão, informação, científica); e de formas isonômicas de acesso à justiça e de oportunidades.

Por esse motivo, a teoria do agir comunicativo- pensado através da linguagem e da racionalidade, e assim sendo, uma pragmática universalmente aceita- ganha importância; ao conseguir compor os elementos vitais ao funcionamento legítimo do corpo social, elaborando uma esfera onde se possa circular as discussões livremente e construir consensos, a partir de um rol de direitos fundamentais, torna-se uma linha inseparável de uma ciência jurídica humanística. Especialmente em um cenário de pós-positivismo, o Direito deve se ater a realidade e observar que, o trabalho legislativo e decisório, não são atividades exercidas unicamente por magistrados.

Dessa forma, do mesmo modo que não é possível a construção de uma sentença democrática sem um contraditório, sem a efetiva atuação de todos os envolvidos no processo; a hermenêutica constitucional só será democratizada quanto mais pluralista for. Nesse sentido, Peter Häberle fortalece esse raciocínio e rompe com a tradicional visão positivista estrita, trazendo, ao mundo jurídico, os cidadãos, que nunca deixaram de fazer parte desse cenário.

Nesta toada, seguindo o raciocínio traçado por Habermas e Häberle, o Processo Estrutural se estabelece como um instrumento de materialização e efetivação de um ambiente pluralista e comunicativo; procurando ir além dos papéis de uma decisão, com uma solução intrínseca a um conflito enraizado e multifacetado. O jogo estruturante, apesar de não seguir a tônica da imediatez, consegue produzir efeitos que se prolongam no tempo; o que, em verdade, acaba compensando todo o tempo gasto “a mais”, no planejamento de sua resolução.

Portanto, tratar eventos com essa dinâmica em litígios individuais, ou coletivos, torna a situação mais morosa e, por isso, o processo estrutural, apesar de longo, produz melhores frutos; especialmente porque essa técnica processual garante uma maleabilidade nas discussões, assegura voz aos envolvidos e possibilita uma ruptura ao binômio: ganhar/perder.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Academia.edu, 2013. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?oi=bibs&cluster=5998958260679443179&btnI=1&hl=pt-BR>. Acesso em: 16 fev. 2021.

BITTAR, Eduardo C. B. **A Teoria do Direito e a teoria do humanismo realista**. Conjur, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-07/eduardo-bittar-teoria-direito-teoria-humanismo-realista#:~:text=%5B12%5D%20A%20Teoria%20do%20Humanismo,Sociologia%3B%20Hist%C3%B3ria%3B%20Filosofia%3B%20Ci%C3%Aancia>. Acesso em: 13 maio 2021.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, justiça e direitos humanos**: estudos de teoria crítica e filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Teoria do estado**: filosofia política e teoria da democracia. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

COELHO, Inocêncio Mártires. **As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro**. Repositório UnB, 1998. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/22552>. Acesso em: 10 fev. 2021.

GUSTIN, Miracy Barbosa De Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. São Paulo: Almedina, 2020.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, volume I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. volume I. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler- UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, volume II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

Haidar, Rodrigo; SCRIBONI, Marília. **Peter Häberle, constitucionalista alemão**: “Constituição é declaração de amor ao país”. Conjur, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-10/peter-haeberle-constitucionalista-alemao-constituicao-e-declara>. Acesso em: 05 fev. 2021.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. Revista de Processo. vol. 303/2020. p. 45-81. Maio/2020.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Litígio Coletivo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/327/edicao-1/litigio-coletivo>. Acesso em: 13 fev. 2021.

LUBENOW, Jorge Adriano. **Esfera Pública e democracia deliberativa em Habermas**. Modelo teórico e discursos críticos. Kriterion, 2010. Disponível em:

https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2010000100012&script=sci_arttext.
Acesso em: 02 fev. 2021.

PICOLI, Bruno de Lima. **Processo Estrutural**. Dissertação (Mestrado)- Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2018.

VITORELLI, Edilson. **Levando os conceitos a sério**: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. vol. 284/2018. p. 333-369. Out/2018.

VITORELLI, Edilson. **Processo Estrutural**: teoria e prática. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

VITORELLI, Edilson. Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, vol. 7/2018. p. 147-177. Jan-Jun/2018.

**(IN)SEGURANÇA JURÍDICA TRIBUTÁRIA APLICADA AOS MICROSSISTEMAS
PROCESSUAIS: DISCUSSÃO DO ICMS SOBRE A TUST E TUSD NOS
TRIBUNAIS**

ZANUTO, José Maria³³
PIMENTEL, Matheus Dalta³⁴

Resumo: O presente trabalho objetiva, em suma, analisar a manifestação do princípio da segurança jurídica na seara do direito tributário, realizando ponderações desde a sua classificação como ‘sobrepincípio’ norteador do Estado Democrático de Direito, até as suas implicações práticas na área tributária; com ênfase nas relações processuais, em especial no que tange aos microsistemas de recursos repetitivos e de precedentes judiciais obrigatórios instaurados pelo Código de Processo Civil de 2015, que buscam garantir ao contribuinte e também ao Estado Fiscal o direito à estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais. Sob a ótica desses microsistemas processuais, este trabalho analisará, por fim, a discussão acerca da inclusão das tarifas de energia elétrica de transmissão e distribuição (TUST e TUSD) na base de cálculo do ICMS, matéria pendente de julgamento no Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Recursos Repetitivos. Repercussão Geral. Segurança Jurídica. Processo Tributário. Tarifas.

Abstract: The present work aims, in short, to analyze the manifestation of the principle of legal certainty in the field of tax law, carrying out considerations since its classification as ‘overprinciple’ guiding the Democratic State of Law, up to its practical implications in the tax area; with an emphasis on procedural relationships, especially with regard to the microsystems of repetitive appeals and mandatory judicial precedents established by the 2015 Code of Civil Procedure, which seek to guarantee to the taxpayer and also the Tax State the right to stability and predictability of judicial decisions. From the perspective of these procedural microsystems, this paper will finally analyze the discussion about the inclusion of electricity transmission and distribution tariffs (TUST and TUSD) in the ICMS calculation base, case pending judgment by the Superior Court of Justice.

Keywords: Repetitive Features. General Repercussion. Legal Security. Tax Process. Tariffs.

³³ Especialista em Gestão e Planejamento Municipal pela Universidade Estadual Paulista – UNESP. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente. Professor de Direito Tributário do Curso de Direito da Toledo Prudente Centro Universitário. Procurador do Estado de São Paulo. E-mail: jose.zanuto@toledoprudente.edu.br

³⁴ Discente do décimo termo do curso de Direito do “Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente – SP. Bolsista de Iniciação Científica e membro do grupo de estudos “Constitucionalismos e direitos fundamentais” pela mesma IES. E-mail: matheus_dalta@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A segurança jurídica é, sem dúvidas, uma das principais garantias fundamentais prescritas pela ordem democrática. Tão verdade é, que sua manifestação se dá logo no *caput* do artigo 5º da Carta da República e também em seu inciso XXXVI.

Nessa linha, extrai-se a importância da segurança para o ordenamento jurídico pátrio e para as relações que dele decorrem, em especial a relação jurídico-tributária, composta pelo Estado Fiscal e pelo contribuinte ou responsável tributário.

De acordo com um levantamento realizado em 2019 pelo Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (ETCO), um processo tributário leva, em média, dezoito anos para ser concluído no Brasil. Essa morosidade afeta diretamente a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, gerando extrema insegurança jurídica para aqueles que se socorrem do Poder Judiciário com o intuito de solver controvérsias.

E é visando a solução desta conjuntura de morosidade e insegurança nos trâmites jurídicos convencionais, que o Código de Processo Civil consagra os microssistemas de recursos repetitivos e de precedentes vinculantes, com o objetivo final de promover segurança jurídica, celeridade e isonomia processual.

Logo, este trabalho presta-se a analisar e correlacionar a aplicabilidade destes institutos nas demandas tributárias, em especial a controvérsia acerca da inclusão da TUSD e TUST na base de cálculo do ICMS, apontando as principais características e reflexionando se os microssistemas estão, de fato, promovendo segurança jurídica ao contencioso tributário brasileiro.

2 O SOBREPRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E SUA VALORAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO

Segundo Humberto Ávila (2012, p.55) as normas jurídicas classificam-se em princípios, postulados e regras jurídicas. Com efeito, Ronald Dworkin (2002, p. 59) constata que a tradição europeia – especialmente a inglesa, em razão do império do *common law* – foi responsável pela potencialização da forma normativa dos princípios, já que operam como axiomas orientadores dos juízes no direito costumeiro.

Conceitual e morfológicamente, os princípios são normas que possuem a função de orientar interpretações e nortear a criação de regras jurídicas. Nota-se, ainda, que possuem uma característica única, manifestada no sentido de, na ocorrência de uma colisão entre princípios, não haverá a exclusão ou invalidade de qualquer deles, haja vista que possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*) que os torna perenemente servíveis, enquanto “mandamentos de otimização” de todo o sistema jurídico (ALEXY, 2015, p. 90).

Já as regras jurídicas devem ser observadas sob a ótica do modelo tudo-ou-nada (*all-or-nothing-fashion*), ou seja: havendo a manifestação de controvérsia fática, deve-se invocar uma regra para solucioná-lo, que deverá ser aplicada interinamente. Não há aplicação mitigada, ou existência de “dimensão de peso” que torne essa

modalidade de *standard* sempre aproveitáveis, como é o caso das já citadas normas princípios. Posteriormente, Alexy aperfeiçoou a diferenciação das normas, ditando que ela deve ser feita com a observância de dois requisitos: i) diferença quanto à colisão, sendo este aplicado aos princípios, e ii) diferença quanto a obrigação que instituem, já que as regras ensejam obrigações absolutas.

Os postulados normativos, por sua vez, podem ser compreendidos como normas de segundo grau, reconhecidos como vetores interpretativos que estabelecem condições elementares ao objeto estudado, sendo divididos em dois grupos: os postulados aplicativos, caracterizados como metanormas, pois inspiram os critérios de aplicação das normas de primeiro grau (princípios e regras), e os postulados hermenêuticos, utilizados para a compreensão do ordenamento jurídico, como o postulado da coerência, da hierarquia das normas, e o postulado da unidade do ordenamento jurídico.

Nesse toar, assim leciona Humberto Ávila (2012, p. 144):

Embora a sua denominação seja secundária, a exigência científica de compatibilidade sintática não abona a sua denominação como princípio, se o autor define princípio como normas imediatamente finalísticas, como normas de otimização a serem realizadas em vários graus segundo as possibilidades fáticas e normativas ou como normas fundamentais com elevado grau de abstração e generalidade. Nessas hipóteses, o problema não é de nomenclatura, é de inconsistência científica. Especialmente porque os postulados não são normas imediatamente finalísticas, mas metódicas; não são normas realizáveis em vários graus, mas estruturam a aplicação de outras normas com rígida racionalidade, e não são normas com elevado grau de abstração e generalidade, mas normas que fornecem critérios bastante precisos para a aplicação do Direito.

Salienta-se que os postulados, sejam aplicativos ou hermenêuticos, não podem ser confundidos com princípios e regras, pois se situam em níveis normativos diferentes. Os postulados trabalham como normas que norteiam a aplicação das normas de primeiro grau, por isso a sua qualificação com norma de segundo grau. Sua direcionalidade também é um critério diferenciador, já que os postulados são direcionados ao aplicador do Direito, diferentemente das regras e princípios, voltados ao Poder Público e ao contribuinte.

Ainda nas lições de Humberto Ávila (2010, p. 40) extrai-se que, além dos princípios, regras e postulados normativos, há a manifestação de outros elementos, que na verdade são identificados como qualificadores das normas princípios, arroladas no rol de normas de primeiro grau. Trata-se da figura dos *sobreprincípios* e *subprincípios*.

Segundo essa classificação, dentro do conjunto de normas constitucionais-tributárias vigentes, o princípio da segurança jurídica reclama o status de *sobreprincípio*, assim como o Estado Democrático de Direito; possuindo a característica única de irradiar efeitos sobre todo o sistema jurídico, impulsionando a gravitação de todos os outros princípios de menor potencialidade ao seu redor, denominados de *subprincípios*, como o princípio da legalidade e da irretroatividade.

Nos dizeres do professor Paulo de Barros Carvalho (2018, p. 75), a segurança jurídica pode ser classificada como o atributo com essência deontológica, voltado para a implementação de um objetivo específico, o de germinar uma sensação de previsibilidade relacionada aos efeitos jurídicos das decisões públicas; tranquilizando a comunidade social, possibilitando que os cidadãos planejem ações futuras com a garantia de que as normas protegerão a coisa julgada e os direitos adquiridos.

Portanto, a segurança jurídica constitui-se como sendo o elemento essencial do Estado Democrático de Direito, pois protesta pela estabilização e previsibilidade dos atos públicos, gerando um sentimento de confiança para com o Estado e também se transmutando em direito fundamental aos cidadãos quando violada.

Nesse trilhar, além de norma princípio, a segurança jurídica pode ser interpretada sob o prisma de fato e valor. Sua visão como fato decorre, de acordo com as lições de Ávila (2012, p. 114), de uma “determinada realidade passível de constatação”, ou seja: deve haver a existência de um sentimento de previsibilidade quanto às relações futuras, e também a garantia fornecida pelo postulado da irretroatividade quanto aos fatos passados. Já como valor, pode ser estudada como um ideal máximo do Estado Democrático, insculpido no preâmbulo da Carta Magna.

De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho (2018, p. 176), é direito dos indivíduos crer que as suas atitudes e as decisões tomadas pelo Poder Público que versem sobre os seus direitos e relações jurídicas encontrem respaldo em normas válidas e vigentes, criando um ambiente juridicamente estável.

No ordenamento constitucional brasileiro, a valoração da segurança é notória, estando explicitamente gravada no preâmbulo e no *caput* do Art. 5º, e implicitamente prescrita nos dispositivos da Lei Suprema que dispõem sobre a proteção do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada; bem como sobre as garantias da legalidade, irretroatividade e anterioridade. Também é fundamento da prescrição e decadência, institutos que fulminam as pretensões e direitos caso não sejam exercidos no tempo prescrito em lei.

O sobreprincípio em comento é considerado como um dos mais importantes do ordenamento, manifestando-se em todos os diplomas legais vigentes, que, em decorrência do respeito à Carta Magna, devem observá-lo. O Código de Processo Civil de 2015, em reverência à segurança jurídica, trouxe à lume uma série de novos institutos, como o reforço do sistema de uniformização de entendimentos, criando-se, para tanto, o instituto de resolução de demandas repetitivas – IRDR, que tem por objetivo evitar, nos termos do Art. 976, II: “Risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”; instruiu o dever de uniformização de entendimentos jurisprudenciais entre os tribunais brasileiros, consoante se extrai do Art. 926: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”; e vedou as chamadas “decisões-surpresa”, manifestas nas situações em que o magistrado atenta contra o contraditório e à segurança jurídica ao decidir, deixando de observar os requisitos prescritos no Art. 10 do diploma processual civil: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”(LUCON, 2016, p. 330).

3 SEGURANÇA JURÍDICA *IN* PROCESSO

Consoante já esposado anteriormente, a segurança jurídica afigura como verdadeiro sobreprincípio do Estado de Direito, lançando luzes a todo o ordenamento jurídico brasileiro, o que inclui as relações jurídicas que decorrem de normas processuais.

Obtempera-se que a discussão acerca da segurança jurídica ganha mais força quando analisada sob o prisma dos microssistemas processuais trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015, sistemática que inclui diversos instrumentos utilizados pelo Estado Juiz no gerenciamento da alta litigância tributária brasileira, contribuindo para a prestação de uma tutela jurisdicional adequada.

3.1 A Aplicação da Modulação dos Efeitos pelo Supremo Tribunal Federal

A Lei Suprema, conjugada com o artigo 27, da Lei nº 9.868/1999, chamada de “Lei da Ação Direita de Inconstitucionalidade”, conferiram ao Supremo Tribunal Federal o poder de ministrar a modulação dos efeitos sobre os casos em que seja declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, possuindo a Suprema Corte a prerrogativa de definir o termo *a quo* da decretação de inconstitucionalidade, validando os efeitos pretéritos produzidos pela norma declarada inconstitucional.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, o legislador expandiu o âmbito da modulação de efeitos, antes limitado às ações do controle concentrado de constitucionalidade veiculada na Lei nº 9.868/99. A redação do artigo 927 §3º assim determina: "Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação de efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica".

Assim aduz Humberto Ávila (2012, p. 586):

Precisamente nesse sentido é que a própria utilização da modulação de efeitos precisa estar conforme ao princípio da segurança jurídica. Isso, no entanto, só ocorrerá se o Supremo Tribunal Federal, mais que se manter fiel à regra, somente a superando em casos efetivamente excepcionais, no mínimo: (a) Fundamentar (expressamente) qual é a norma constitucional cuja utilização está servindo de justificativa para a manutenção dos efeitos pretéritos do ato inconstitucional; justificar (expressamente) o afastamento da regra da nulidade *ex tunc* do ato inconstitucional. (b) Justificar (expressamente) a necessidade imperiosa do afastamento da regra de nulidade *ex tunc* do ato inconstitucional para a manutenção do estado de constitucionalidade. (c) Comprovar (documental ou presumidamente, quando possível) os efeitos negativos decorrentes da decretação da nulidade *ex tunc* do ato inconstitucional para o estado de constitucionalidade.

A suscitação da modulação temporal dos efeitos em ações tributárias que alçaram ao Supremo Tribunal Federal é frequente, podendo-se citar a título de exemplo o Recurso Extraordinário nº 718.874, que discute a constitucionalidade da lei nº 10.256/01, que instituiu a contribuição ao Fundo de Assistência ao Trabalhador

Rural – FUNRURAL. *In casu*, a Fazenda Nacional pugnou pela não aplicação da modulação dos efeitos, pedido acolhido pela Suprema Corte. Já no RE 593.849, que versa sobre a restituição da diferença contribuída a título de ICMS em regime de substituição tributária, na hipótese em que o valor recolhido antecipadamente for maior que o efetivo, a Corte decidiu pela modulação, validando a decisão apenas para casos ocorridos após o acórdão do Excelso Tribunal.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.628, responsável pela suspensão dos efeitos gerados pelo inconstitucional Protocolo ICMS 21, onde a modulação também foi discutida, asseverou o Ministro Luiz Fux:

A modulação de efeitos deve possuir uma dimensão pedagógica. Ela se presta a coibir a prática de atos manifestamente inconstitucionais perpetrados pelos órgãos estatais, em todas as esferas da Federação. Sendo mais claro: a técnica da modulação deve inibir, e não estimular, a edição de atos normativos que inequivocamente transgridam os preceitos da Lei Fundamental. Assim, o recado que esta Suprema Corte deve passar é o de que comportamentos manifestamente contrários à Lei Fundamental não apenas são inválidos como também não compensam.

Nota-se que o instituto da modulação, criado com o mister de assegurar a soberania da segurança jurídica e do interesse social para as mais variadas relações jurídicas, incluindo a relação jurídico-tributária, onde pondera-se o direito fundamental do contribuinte *versus* o interesse estatal, acaba possuindo efeito inverso, já que a sua ministração é realizada sem a observância de parâmetros legais. Luiz Guilherme Marinoni defende que essa baliza normativa pode advir do próprio regimento interno do Supremo Tribunal Federal, que atualmente norteia as suas decisões de modulação temporal pelo critério de balanceamento, fundado no princípio da razoabilidade de proporcionalidade (MARINONI, 2016, p. 306).

3.2 Teoria dos Precedentes Judiciais: Aplicabilidade e Relevância nas Demandas Tributárias

Norteados pelos familiares axiomas da celeridade processual e segurança jurídica, o Código de Processo Civil de 2015 reforçou o instituto dos precedentes judiciais em seu texto, conferindo mais dinamicidade ao Estado Juiz na solução de controvérsias. Este prestígio dado aos precedentes pode ser extraído do artigo 311, inciso II, que confere ao magistrado o poder de conceder tutela de urgência independentemente de manifestação do *periculum in mora* quando: “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”. Também extrai-se, agora de forma mais evidente, a importância dos precedentes judiciais no texto do artigo 489, §1º, inciso II, que assim diz:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...]
§ 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...]

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Como direito tributário é dinâmico, e a complexidade do sistema tributário nacional acarreta o ajuizamento em massa de medidas que buscam discutir as relações fiscais, é natural que o Poder Judiciário procure estabilizar entendimentos a fim de gerenciar a alta carga processual nas mais variadas instâncias, firmando precedentes e jurisprudência, bem como superando ou redefinindo-as quando necessário.

E é seguindo este raciocínio que podemos afirmar que as controvérsias tributárias submetidas à apreciação do Poder Judiciário estão inseridas no contexto do microsistema de formação de precedentes vinculantes instruído pelo Código de Processo Civil.

Não se pode olvidar que o poder criativo dos juízes em inovar no ordenamento jurídico é uma realidade inculpada no novo sistema processual brasileiro, que elenca, no artigo 927, alguns institutos de observância obrigatória pelos magistrados e tribunais. São eles: *i)* as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, *ii)* enunciados de súmula vinculante, *iii)* incidente de assunção de competência – IAC, incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR e recursos extraordinários e especiais repetitivos; *iv)* súmulas do STF sobre tema constitucional, e do STJ sobre tema infraconstitucional; e *v)* orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Tamanha é a força de alguns destes instrumentos processuais no ordenamento jurídico-processual, que o legislador reservou aos litigantes que aforarem demandas contrárias às suas disposições, a penalização através da improcedência liminar do pedido, instituto previsto no artigo 332 do Código de Processo Civil de 2015.

3.2.1 Instituto de Resolução de Demandas Repetitivas – IDRDR no Âmbito dos Tribunais Estaduais

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR é uma inovação processual trazida pela Lei nº 13.105/2015, onde, havendo a repetição de processos com questões comuns de direito, deflagra-se um incidente processual para que se defina, em um único julgamento, a tese jurídica adequada para solucionar a questão. Durante a vigência do instituto, todas as demandas sob a jurisdição do Tribunal responsável afetadas pelo IRDR ingressarão em sobrestamento, até que se decida a controvérsia objeto do incidente, que servirá como padrão a ser repetido pelos magistrados quando se defrontarem com casos cuja controvérsia jurídica seja idêntica (MENDES; TEMER, 2015, p. 284).

Nota-se que o incidente é medida processual genérica, podendo ser aplicada a qualquer matéria submetida aos ditames do processo civil brasileiro, incluindo a

tributária, desde que respeitado o campo de atuação estabelecido no *caput* do artigo 976, e incisos I e II da referida lei processual, *in verbis*:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Em prestígio à segurança jurídica, à celeridade e à isonomia, considera-se o instituto como sendo uma técnica processual de uniformização de jurisprudência, apta a criar um sentimento universal de previsibilidade e confiabilidade no comportamento do Poder Judiciário, quando este debruçar-se sobre questões de relevância geral (DURÇO; CHEHUEN 2011, p. 15).

Com efeito, Íris Vania Santos Rosa (2018, p. 500) defende a aplicabilidade do IRDR em controvérsias tributárias:

O IRDR se presta a aplicação de uma tese jurídica, pelos tribunais, em diversos processos. A tese fixada pode ser usada inclusive em casos futuros. Trata-se, conforme a doutrina, de uma técnica individual de repercussão coletiva, semelhante ao instituto da repercussão geral do recurso extraordinário. Há uma forte esperança que o IRDR possa amenizar os processos em massa que ensejam morosidade para os julgamentos.

A aplicação da técnica na seara tributária já é uma realidade no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que instaurou o incidente em duas controvérsias fiscais importantes, quais sejam: *i*) a constitucionalidade da inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD e da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão –TUST na base de cálculo do ICMS paulista incidente na fatura de energia elétrica (Tema 09 - IRDR 2246948-26.2016.8.26.0000), matéria que ainda será objeto de estudo deste trabalho; e *ii*) divergência quanto à base de cálculo do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – ITBI (Tema 19 - 2243516-62.2017.8.26.0000).

Nessa senda, nota-se que, dentro da sistemática processual trazida pelo Novo Código de Processo Civil, o IRDR compõe o microssistema de recursos repetitivos (art. 928, incisos I e II) que franqueiam ao Judiciário a função de gerenciar a alta litigância brasileira, impedidora da prestação de uma tutela jurisdicional célere e adequada (CÂMARA, 2019, p. 197). Igualmente, observa-se, de acordo com Teresa Arruda Alvim (2016, p. 537):

Essa realidade fez com que surgisse um movimento de formulação de técnicas de tutela pluri-individual, para auxiliar na proteção dos direitos individuais homogêneos no Brasil. Nessa linha, o IRDR representa a evolução do modelo que existia no Novo Código de Processo Civil de 1973 para o julgamento de recursos excepcionais repetitivos, mas não é só. O Código de Processo Civil de 2015 sistematizou funcionalmente o tratamento de casos idênticos, com vistas ao julgamento conjunto da questão de direito que lhes seja comum.

Além do incidente de resolução de demandas repetitivas, o microsistema também acampa os recursos especiais e extraordinários repetitivos no âmbito dos tribunais superiores, de acordo com os ditames do artigo 1.036, *caput*, da lei processual vigente.

3.2.2 Recursos repetitivos e repercussão geral no âmbito dos tribunais de sobreposição

Essa modalidade de tutela pluri-individual originou-se com a Lei nº 11.672/2008, que criou o recurso especial repetitivo objetivando gerenciar, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, as demandas cujas questões de direito sejam idênticas, por meio do sistema de julgamento de recursos por amostragem (ALVIM; DANTAS 2016, p. 521). A adoção dessa medida pelo ordenamento jurídico brasileiro fundamenta-se nos intentos do legislador em promover a manutenção de sua jurisprudência e o tratamento isonômico dos jurisdicionados, consolidando a segurança jurídica e a celeridade processual no âmbito dos tribunais superiores.

Como já citado, em homenagem aos precedentes judiciais e confiando nas atividades do Estado Juiz, o CPC editou um microsistema processual apto a solucionar litígios repetitivos, seja por meio do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ou pelo julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos. De acordo com o texto do enunciado nº 345 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis, os institutos são complementares, devendo ser interpretados em sintonia.

Com a evolução do ordenamento processual, passou-se a admitir com maior pungência a afetação de recursos extraordinários repetitivos, nos termos do artigo 1.036 do CPC e do artigo 328 do regimento interno do Supremo Tribunal Federal. No Tribunal da Cidadania, o instituto está regulamentado pela resolução nº 08 de 2008.

Para que ocorra a afetação, deve haver o preenchimento de três requisitos cumulativos, quais sejam: *i*) multiplicidade de recursos – ficando a cargo do ministro presidente dos órgãos jurisdicionais definir qual será o número ideal, já que a legislação é silente; *ii*) idêntica questão de direito, seja material ou processual; *iii*) existência de recurso especial ou extraordinário.

Quanto ao seu processamento, deve-se observar o seguinte regime: a iniciativa deve partir de ato do Presidente ou Vice-Presidente da corte originária, que selecionará alguns recursos e os encaminhará aos tribunais *ad quem*, nos termos do artigo 1.036, §1º do Código de Processo Civil. Esses casos representarão os repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Salienta-se que essa escolha não vinculará o ministro relator das cortes superiores, que conservarão a prerrogativa de selecionar novos casos paradigmas, consoante extrai-se do §5º do referido artigo. Com a seleção realizada, haverá a suspensão e retenção de todos os recursos que versarem sobre idênticas matérias de direito no âmbito do tribunal *a quo*, sendo cabível a interposição de recursos caso a parte afetada pelo sobrestamento sinta-se prejudicada.

Na seara tributária, têm-se notícia de alguns repetitivos que ainda aguardam julgamento pelo plenário do Superior Tribunal de Justiça, destacando-se o Tema 1.008, que discute a possibilidade de inclusão dos valores de ICMS na base de cálculo do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ e na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, na hipótese de a empresa enquadrar-se no sistema de lucro presumido.

A legislação processual reservou à Suprema Corte brasileira um pressuposto de admissibilidade de recursos extraordinários *sui generis*, que escuda o tribunal de uma alta demanda processual a ser apreciada. Esse pressuposto, conhecido como repercussão geral, possui prescrição constitucional no artigo 102, §3º, da Carta Magna e reforço no artigo 1.035, do Código de Processo Civil. De acordo com a redação do Código, haverá repercussão geral quando manifesta: “existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo” (THEODORO, 2018. p. 1.172).

Ao alçar um recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, deve o relator analisar se há ou não a manifestação deste pressuposto de admissibilidade. Restando negativa a análise monocrática, todos os demais recursos extraordinários que versarem sobre a mesma matéria serão automaticamente inadmitidos, de acordo com a redação do artigo 1.039 do CPC. Todavia, pontua-se que há duas situações em que a repercussão geral será presumida. Quais sejam: *i) decisum* que contrarie súmula ou jurisprudência dominante na Suprema Corte e *ii) arresto* que tenha declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Consoante as próprias disposições do *codex*, ao reconhecer a repercussão geral de determinado recurso extraordinário, deve o Pretório Excelso determinar o sobrestamento de todas as ações com idênticas questões de direito que tramitem no território nacional.

Contudo, há precedente da própria Corte (RE nº 966.177/RS) em que se vislumbra a discricionariedade do ministro relator em aplicar ou não a suspensão prescrita no artigo 1.035, §5º do CPC e no artigo 328 do RISTF. Inclusive, também pode o magistrado ministrar a modulação temporal dos efeitos caso julgue necessário (NEVES, 2018, p. 1.736).

Especificamente no contencioso tributário, o reconhecimento de repercussão geral com efeito suspensivo e a morosidade na solução dos temas perpetraram insegurança jurídica para os contribuintes, que aguardam há anos um pronunciamento judicial acerca de suas controvérsias. De acordo com dados disponibilizados pelo próprio Supremo Tribunal, constam pendentes de análise vinte e sete temas, sendo que dezoito deles versam sobre matéria tributária.

Nesse diapasão, por mais que a repercussão geral tenha sido erigida como um mecanismo apto a mitigar o acesso à jurisdição constitucional da Suprema Corte em razão do elevado número de litígios com simétricas questões controvertidas, algumas demandas que conseguiram ascender ao Tribunal ainda aguardam pronunciamento de mérito há mais de uma década, o que prejudica diretamente a segurança jurídica, inerente ao *tempo* do processo.

4 MICROSSISTEMA PROCESSUAL INTERCAMBIÁRIO: DISCUSSÃO ACERCA DAS TARIFAS DE ENERGIA ELÉTRICA (TUSD E TUST) NOS TRIBUNAIS

O Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 1.846.109-SP, reafirmou a existência de um microssistema de repetitivos intercambiário no judiciário brasileiro. Segundo a ministra relatora, apesar de não serem institutos idênticos e possuírem caracteres diferenciadores, há semelhanças entre o IRDR e a sistemática de recursos especiais utilizada pelo Tribunal de sobreposição.

De acordo com a Ministra Relatora Nancy Andrich:

Nesse contexto, embora seja correto dizer que os recursos especiais e extraordinários repetitivos e o IRDR possuem uma série de elementos próprios diferenciadores, não é menos correto afirmar que ambos os mecanismos possuem também muitas e acentuadas semelhanças, razão pela qual alguns procedimentos são intercambiáveis, a fim de que se possa aplicar ao IRDR determinadas disposições apenas previstas aos recursos repetitivos e vice-versa.

Na conjuntura do contencioso tributário, pode-se classificar como matéria submetida ao microssistema processual intercambiário a celeuma da inconstitucionalidade da inclusão da TUSD e TUST na base de cálculo do ICMS incidente sobre a fatura elétrica, controvérsia que transita há anos nas mais variadas instâncias e entrâncias do Judiciário.

A discussão alçou a praticamente todos os tribunais de justiça do Brasil, e muitos instauraram incidentes de resolução de demandas repetitivas em virtude do alto número de processos sobre o tema, já que boa parte da receita destes entes federados advém da arrecadação de ICMS.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais admitiu o IRDR, determinando a suspensão de todas as demandas em âmbito estadual. Em São Paulo, a temática culminou na instauração do IRDR nº 9, que gerou a suspensão de 60.283 mil feitos. Já no Paraná, a matéria foi objeto do primeiro IRDR instaurado no estado, ocasionando a suspensão de 13.921 demandas. Por fim, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro instaurou o incidente em 23/10/2017, sendo o décimo IRDR pautado pela Corte.

Diante dos vários incidentes deflagrados pelos tribunais estaduais, o Superior Tribunal de Justiça incluiu a discussão na sistemática dos recursos especiais repetitivos, editando o Tema 986 após haver divergência de entendimentos entre a primeira e segunda turma do Tribunal. Primando pela segurança jurídica, o ministro relator do caso na Primeira Seção afetou os embargos de divergência em recurso especial, alegando que a matéria “materializa controvérsia de grande impacto para os Estados e merece, assim, ser resolvida sob o rito dos recursos repetitivos”, e determinou a suspensão de todas as demandas correlatas que tramitam no território nacional.

Paralelamente, ao ser instado pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo a manifestar-se acerca da controvérsia, o Supremo Tribunal Federal recebeu o Recurso Extraordinário nº 1041816, deflagrando o Tema 956. Todavia, o Pretório Excelso não reconheceu a repercussão geral do caso *sub examine* em razão da matéria suscitada não possui respaldo constitucional, declinando o processo ao Superior Tribunal de Justiça.

Desta feita, o processo segue sob a jurisdição e guarda do Tribunal da Cidadania, que poderá decidir, inclusive, pela modulação dos efeitos, já que o Código de Processo Civil de 2015 estendeu a todos os tribunais superiores a legitimidade para modular os efeitos, instituto antes restrito ao Tribunal Constitucional.

Nota-se que a discussão em voga mostra-se como uma das maiores exemplificações da intercambialidade dos sistemas processuais, sendo que foi objeto de vários incidentes de resolução de demandas repetitivas nos tribunais de justiça estaduais; ascendeu ao Superior Tribunal de Justiça, que a incluiu na sistemática dos recursos repetitivos; e também alçou à Suprema Corte, suscitando-se a ministração de repercussão geral.

5 CONCLUSÃO

O princípio da segurança jurídica deve ser estudado e classificado como 'sobrepincípio', na medida em que a sua função no rol de normas é de destaque, pois irradia efeitos sobre todo o sistema jurídico, em especial às demandas tributárias.

E é nesse contexto que podemos destacar a edição dos microsistemas de repetitivos e de precedentes vinculantes pelo diploma processual civil, que se manifestam como instrumentos auxiliares da segurança jurídica e da uniformização de jurisprudência, objetivos do CPC de 2015. Entretanto, ainda há obstáculos a serem superados, como a morosidade na análise dos casos paradigmas pelos tribunais brasileiros, a ausência de parâmetros normativos para a sua ministração e também a tendência das cortes em inclinar estes institutos à argumentos *ad terrorem* aos cofres públicos, fato notório na aplicação da modulação dos efeitos sobre coisa julgada em favor do contribuinte.

Já no que concerne ao instituto de resolução de demandas repetitivas – IRDR, moldado pelo legislador como uma técnica processual de uniformização e estabilização da jurisprudência dos tribunais, depreende-se que a sua utilização no processo tributário tem sido indispensável para a prestação de uma tutela jurisdicional adequada ao contribuinte. Contudo, não pode o incidente perdurar através do tempo (como vem ocorrido com a discussão da TUST e TUSD), sob pena de ofensa ao sobrepincípio da segurança jurídica.

Conquanto os contribuintes e o Estado Fiscal seguem aguardando uma decisão definitiva do Tema 986 no Superior Tribunal de Justiça, pontua-se que o Judiciário deve estabelecer padrões ao gerenciar os microsistemas processuais intercambiários, evitando-se, desta forma, conflitos institucionais e mantendo a estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência.

A outro giro, é imperioso destacar que nem tudo são pedras. Os microsistemas processuais de repetitivos e de precedentes vinculantes podem (e devem) operar como instrumentos garantidores da celeridade, isonomia e segurança jurídica; haja vista que foram moldados e norteados com este intento: o de propiciar ao contribuinte e também ao Estado Fiscal o sentimento de previsibilidade e estabilidade das relações jurídico-tributárias.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 144.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 25 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.846.109/SP**, Rel. Min. Nancy Andrigh, DJ de 12.12.2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-13/stj-ressalta-microsistema-julgamento-questoes-repetitivas>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4628**, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 04.07.2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/113648075/liminar-suspende-cobranca-adicional-de-icms-em-compras-pela-internet>. Acesso em: 15 Jul. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Editora Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. O Princípio da Segurança Jurídica em matéria tributária. **Revista da Associação dos Pós Graduandos da PUC-SP**. São Paulo, 2003.

DURÇO, Karol Araújo; CHEHUEN, Éric da Rocha. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: uma das propostas centrais do projeto de novo código de processo civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**: Rio de Janeiro, n. 8. 2011.

DWORKIN, Ronald. Tradução Nelson Boeira. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

GREGO, Marco Aurélio. **Contribuições: uma figura “sui generis”**. São Paulo: Dialética, 2000.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Segurança jurídica no novo CPC**. Panorama Atual no Novo CPC. 1ª.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**. 4.ed. Editora: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. *In: Congresso de Direito Processual* - Instituto dos Advogados do Paraná. Disponível em: marinoni.adv.br/baixar.php?arquivo=files_/Conferência_IAP2. Acesso em 10 de Jun. de 2021.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. vol. 243/2015 p. 283 – 331. DTR\2015\7913.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Recurso Repetitivo e Repercussão Geral**. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/jurisprudencia/recurso-repetitivo-e-repercussao-geral/>. Acesso em: 20 Jun 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. Ed. Editora: JusPodvim, 2018.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Núcleo de Gerenciamento de Precedentes**. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/nugep>. Acesso em: 23 Jun 2021.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Precedentes**. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/precedentes/ConsultarPrecedentes.aspx>. Acesso em: 22 Jun 2021.

ROSA, Íris Vânia Santos. A aplicabilidade do IRDR em matéria tributária. *In XIV Congresso Nacional de Estudos Tributários: Racionalização do Sistema Tributário*, 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/NugetNac/lrdr>. Acesso em: 25 Jun 2021.

SOUZA, Artur César. **Resolução de Demandas Repetitivas**. São Paulo: Almedina, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2016.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO-DENTISTA

BRITO, Silas de Medeiros³⁵
BEZERRA, Tiago José de Souza Lima³⁶

RESUMO: Este estudo trata da responsabilidade civil do cirurgião-dentista por danos causados pela sua atividade profissional. Em observância à ampliação da atuação daquele profissional, principalmente em procedimentos estéticos, e diante do aumento de processos judiciais contra esses profissionais, objetiva-se delimitar os critérios que devem ser utilizados para a definição da responsabilização civil do cirurgião-dentista pelos danos estéticos ou patológicos provenientes da sua atividade, delimitando e expondo os critérios norteadores de sua responsabilidade. Os procedimentos metodológicos consistem em pesquisa básica, descritiva, bibliográfica, documental, qualitativa, com abordagem hipotético-dedutiva e procedimento monográfico. Conclui-se que a responsabilidade civil decorrente da atividade odontológica é de natureza subjetiva, com peculiaridades em decorrência do procedimento, da consequência e do ônus da prova.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Cirurgião-dentista. Profissionais Liberais. Danos morais. Danos materiais.

ABSTRACT: This study deals with the civil liability of dental surgeons for damages caused by their professional activity. In observance of the expansion of that professional's performance, especially in aesthetic procedures, and in view of the increase in legal proceedings against these professionals, the objective is to delimit the criteria that should be used to define the dentist's civil liability for aesthetic or pathological damage arising from their activity, delimiting and exposing the guiding criteria of their responsibility. The methodological procedures consist of basic, descriptive, bibliographical, documentary, qualitative research, with a hypothetical-deductive approach and a monographic procedure. It is concluded that civil liability arising from dental activity is subjective, with peculiarities due to the procedure, the consequence and the burden of proof.

Keywords: Civil liability. Dental surgeon. Moral damages. Liberal Professionals. Material damage.

1 INTRODUÇÃO

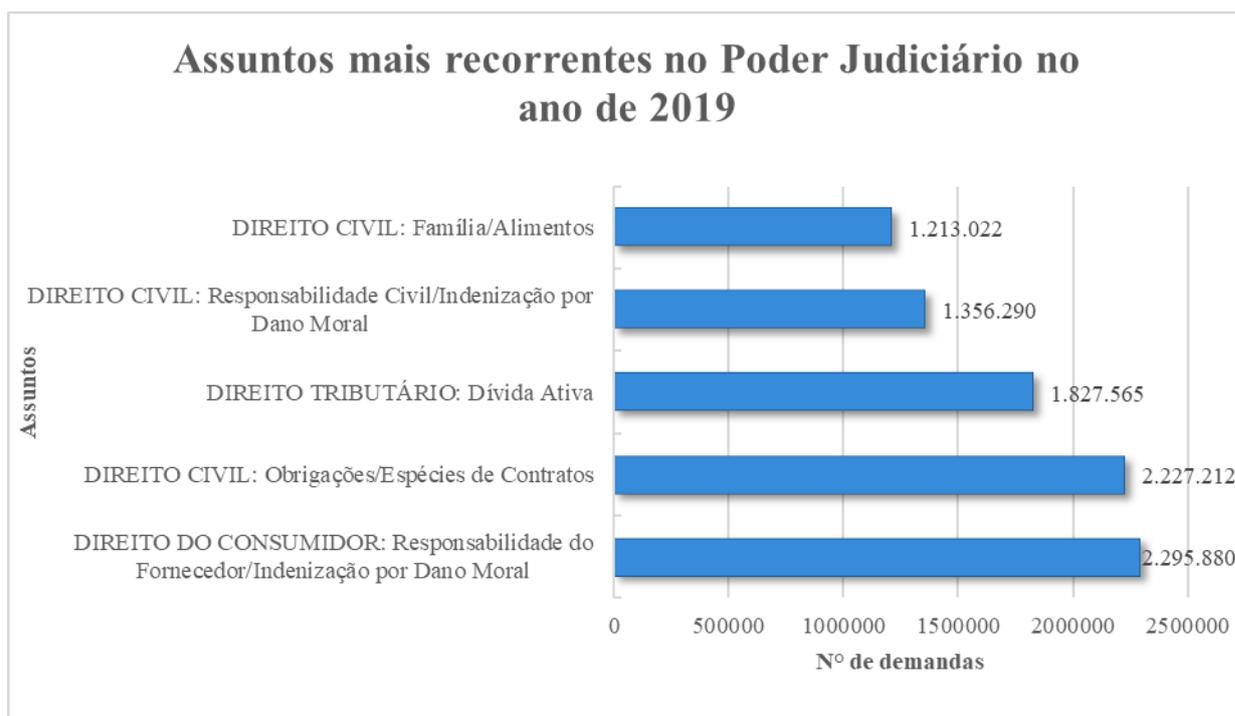
A responsabilidade civil figurou como o quarto tema mais demandado na Justiça Estadual em 2019 (figura 01), cumulando 1.356.290 (um milhão, trezentos e

³⁵Acadêmico de Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pesquisador PIBIC/UFRN nos projetos "Principais aspectos da responsabilização civil dos profissionais liberais no ordenamento jurídico brasileiro" e "Agências Reguladoras e proteção do consumidor na seara administrativa". E-mail: silasmaiab@gmail.com

³⁶Mestre em Direito Constitucional (UFRN). Especialista em Direito Digital e Compliance (Instituto Damásio de Direito). Bacharel em Direito (UFRN). Advogado (OAB/RN 17.198). Professor substituto do Departamento de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). E-mail: tiagojose.ufrn@gmail.com

cinquenta e seis mil, duzentos e noventa) processos naquele ano, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2020). Dentre esta categoria encontra-se a responsabilização dos profissionais liberais, cujos processos em face de cirurgiões-dentistas tem-se revelado expressivos. A exasperações da litigiosidade neste aspecto deu-se pela quantidade de informações acessíveis à toda a população, até mesmo por redes sociais, facilitando-se, por conseguinte, o acesso à justiça (USP, 2013).

Figura 01 - Assuntos mais recorrentes no Poder Judiciário no ano de 2019



Fonte: Elaborado pelo autor, adaptado de Conselho Nacional de Justiça, 2020.

Soma-se a isso, sobretudo, a vultosa dilatação do leque de atribuições daquela classe, a exemplo da harmonização orofacial, reconhecida como especialidade odontológica pela Resolução nº 198/2019, do Conselho Federal de Odontologia (CFO). Complementando a matéria, o CFO vedou ao cirurgião-dentista a realização de alguns procedimentos cirúrgicos na face (alectomia; blefaroplastia; lifting de sobrancelhas; otoplastia; rinoplastia; face lifting) e em áreas anatômicas diversas de cabeça e pescoço, além de proibir a publicidade e propaganda de procedimentos não odontológicos e alheios à formação superior em Odontologia, a exemplo de maquiagem definitiva, design de sobrancelhas e tratamento de calvície, conforme dispõe a Resolução CFO-230, de 14 de agosto de 2020.

Diante das vedações e ampliação das atribuições e atividades, novos riscos e danos surgiram, antes sobrepostos a profissionais diversos, impondo-se ao cirurgião-dentista uma nova perspectiva jurídica à luz do Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, torna-se de vital importância o entendimento da relação jurídica consumerista existente no serviço cirúrgico odontológico. Para tanto, este estudo se propõe, em um primeiro momento, a discorrer acerca da responsabilidade civil de um modo geral, seus pressupostos de aplicação e disposições legais. Em um segundo momento, será estudado a regulamentação da profissão de cirurgião-dentista no Brasil, bem como as questões referentes à sua responsabilidade civil.

Assim, este artigo abordará a responsabilidade civil do cirurgião-dentista ao desempenhar sua atividade profissional para fins estéticos ou contra patologias. Não obstante a regulação dessa responsabilização regida pelo Código de Defesa do Consumidor com aplicação do Código Civil, não se cinge a discussão na mera disposição legal, levando-se em consideração a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, associada às orientações jurisprudenciais da teoria do risco e do dever de cuidado inerente a todos, inclusive aos profissionais liberais. Os procedimentos metodológicos consistirão em pesquisa básica, descritiva, bibliográfica, documental, qualitativa, com abordagem hipotético-dedutiva e procedimento monográfico.

2 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que por sua atuação viola determinado direito de outrem. Tal prerrogativa poderá ser legal ou contratual, subordinando-se, em ambos os casos, as consequências do dever de reparar-lo.

Nesse contexto, a responsabilidade civil apresenta um caráter dualista quanto a sua origem. Dessa forma, se o prejuízo decorre da violação de um mandamento legal, por intermédio da atuação ilícita do agente infrator, essa hipótese diz respeito a responsabilidade extracontratual, conforme positivado no Código Civil (BRASIL, 2002). Por outro lado, se entre as partes exista norma jurídica contratual que as vinculava e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação anteriormente fixada nesse diploma contratual, estremos diante de uma responsabilidade civil contratual (TARTUCE, 2021).

Levando tal conceito para dentro do Direito Privado e seguindo essa linha de pensamento, afirma-se que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, obrigando, portanto, o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária a vítima que suportou o dano, caso não tenha como repor *in natura* o estado anterior da coisa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020).

O Código Civil inovou ao enunciar no parágrafo único do seu artigo 927 que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002). Todas essas considerações são apresentadas em consequência de violação ao preceito fundamenta do *neminem laedere*, isto é, ninguém deve sofrer lesão por conduta de terceiro (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020).

Não existe unanimidade doutrinária em relação a quais são os pressupostos do dever de indenizar. Diniz (2005, p. 42) aponta três pressupostos da responsabilidade civil, a saber: a) existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente; b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima; c) nexo de causalidade entre o dano e a ação. Já para Venosa (2010, p. 839), quatro são os elementos: a) ação ou omissão voluntária; b) relação de causalidade ou nexo de causal; c) dano e d) culpa. Por fim, Gonçalves (2018, p. 32) aponta os quatro pressupostos: a) ação ou omissão; b) culpa ou dolo do agente; c) relação de causalidade e d) dano.

Esse estudo considerará quatro os elementos da responsabilidade civil ou pressupostos do dever de indenizar, os quais serão abordados e destrinchados a seguir: a conduta humana; a culpa genérica; o nexo de causalidade; e o dano.

A conduta humana pode ser ocasionada por uma ação, que seria a conduta positiva, ou omissão, conduta negativa. No que se refere a essa última, ela poderá ser tanto voluntária, como também involuntária, seja por negligência, imprudência ou imperícia, ambos modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente.

Sendo assim, a regra é a conduta positiva, ou seja, ação, para configurar a omissão será necessário a existência do dever jurídico de agir, o qual configura-se a omissão genérica, bem como a omissão específica, que seria a comprovação de que a conduta não foi praticada. Além disso, para reforçar a hipótese de omissão, é necessário demonstrar que se a conduta fosse praticada o dano poderia ter sido evitado (TARTUCE, 2021).

Portanto, a conduta humana é regida pela voluntariedade, decorrendo da liberdade de escolha do agente imputável, aquele mentalmente são e desenvolvido para ser consciente de seus atos e possa, para tanto, assimilar o caráter ilícito do fato e se posicionar (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.71).

Quando se fala em responsabilidade com ou sem culpa, leva-se em consideração a culpa em sentido amplo, também chamada de culpa genérica, tendo em vista que engloba o dolo e a culpa estrita. A culpa, como regra geral, é requisito para a responsabilização do odontólogo, tendo em vista se tratar de responsabilidade civil subjetiva conforme está previsto no Código de Defesa do Consumidor, bem como no Código Civil (BRASIL, 2002).

Nesse contexto, entende-se por dolo a conduta que viola intencionalmente o bem juridicamente protegido, visando prejudicar outrem. É a ação ou omissão voluntária, como se apresenta no art. 186 do Código Civil (BRASIL, 2002). Sendo assim, no que consta no art. 944 do CC (BRASIL, 2002), uma vez presente o dolo vale-se da regra do princípio da reparação dos danos, o que alude que todos os danos suportados pela vítima serão indenizados. Além de não se poder falar em culpa concorrente da vítima ou de terceiros, que possa gerar redução por equidade da indenização (TARTUCE, 2021).

Em contrapartida, como ensina o italiano Chironi, a culpa pode ser apresentada como o desrespeito a um dever preexistente, na qual não existe, propriamente, uma voluntariedade em violar o dever jurídico (CHIRONI, 1925, p.05). Na

doutrina brasileira, Sérgio Cavalieri Filho leciona que “em suma, enquanto no dolo o agente quer a conduta e o resultado, a causa e a consequência, na culpa a vontade não vai além da ação ou omissão. O agente quer a conduta, não, porém, o resultado; quer a causa, mas não quer o efeito” (CAVALIERI FILHO, 2005, p.59).

Dessa forma, na culpa retira-se o elemento intencional, presente no dolo. Entretanto, deixa-se claro que para o direito civil não importa se o indivíduo agiu com culpa ou com dolo, tendo em vista que para esse ramo do direito o vislumbrado é a reparação do dano. Ainda que os critérios para se fixar a indenização sejam diferentes, tais como se apresentam nos arts. 944 e 945 do CC (BRASIL, 2002).

O nexo de causalidade, também chamado de nexo casual, constitui elemento imaterial, tendo em vista que faz parte da relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém. Nesse contexto, só será possível a responsabilização do agente se sua conduta foi o que ocasionou o prejuízo sofrido pelo vitimado.

O Código Civil adota a teoria da causalidade adequada, a qual aduz que a causa será apenas o antecedente necessário a ocorrência do dano. Por consequência, nem todo antecedente pode ser tomado por causa para a aferição do nexo causal, cabendo ao juiz avaliar as probabilidades (VENOSA, 2013, p.140).

Nos ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira “Para que se concretize a responsabilidade é indispensável se estabeleça uma interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano ‘porque’ o agente procedeu contra o direito” (PEREIRA, 1994, p.75). Assim, a responsabilidade civil mesmo que seja objetiva, não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente.

O dano é o fato jurídico que gera a responsabilização civil do autor do evento degradante, além de acarretar o dever de indenizar. A doutrina conceitua o dano como a agressão ou violação a direito, podendo ser material ou imaterial, ocasionada por dolo ou culpa do agente, ou ainda em decorrência da atividade por ele desenvolvida, o qual acarreta a vítima a diminuição do valor de um bem juridicamente protegido, seja esse valor pecuniário, moral ou até mesmo afetivo (MELO, 2013, p.29).

Existem diversas espécies de danos possíveis, entre os principais tipos encontra-se o dano patrimonial ou material, aquele oriundo da lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.82). Outra possibilidade é o dano moral, o qual está relacionado a lesão a direitos de conteúdo não pecuniário, bem como o dano estético, que diz respeito a modificação na aparência externa do indivíduo (MAGALHÃES, 2004, p.46). A indenização decorrente do dano estético, objetiva proteger a incolumidade física do indivíduo, a qual compõe seu patrimônio subjetivo (MELO, 2013, p.38).

O dano, além de ser vital à constituição do dever geral de indenizar, é parâmetro usado, segundo o artigo 944 do CC, para calcular o valor da indenização. Entretanto, o parágrafo único do referido artigo permite considerações diversas, uma vez que aponta a avaliação da extensão da culpa do agente pelos danos causados para a fixação da indenização (AZEVEDO, 2017).

Superado os esclarecimentos, torna-se de suma relevância o conhecimento de duas Súmulas editadas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Portanto, em primeiro momento o referido tribunal apontou, por intermédio da Súmula 37 de 1992, a acumulação em uma mesma ação de pedidos de reparação de danos materiais e morais – cumulação dupla -. Em um segundo momento, o STJ editou a Súmula 387, admitindo a acumulação dos danos estéticos com os danos morais, e obviamente, com os danos materiais – cumulação tripla -. Assim, para cumular no mesmo processo judicial todos os danos, basta que a vítima prove a ocorrência de cada um no caso prático.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO-DENTISTA

O exercício do cirurgião-dentista nos dias atuais está regulado por diversas normas que disciplinam a profissão. Tais normas podem apresentar caráter geral, norteando de maneira superficial todas as interações profissionais, a exemplo do Código Civil, Código de Processo Civil e Código de Defesa do Consumidor. Além das normas de caráter específico, como a Lei Federal nº 4.324/1964, que instituiu o Conselho Federal de Odontologia (CFO), bem como os Conselhos Regionais de Odontologia (CRO); a Lei Federal 5.081/1966, que regula o exercício do odontólogo; e a Resolução do CFO 118 de 2012, que instituiu o Código de Ética Odontológica, entre outras.

A Lei Federal 5.081/1966, que apresenta como finalidade regular o exercício da odontologia, lhe incumbe total autonomia, desse modo, ao contrário do que ocorre em muitos países que consideram a odontologia um ramo da medicina, no Brasil ela apresenta liberdade funcional. Porém, quando se trata de responsabilidade civil, a legislação brasileira é genérica, tratando igualmente os profissionais da saúde, sejam médicos ou dentistas, à exemplo da determinação prevista no artigo 951 do CC (BRASIL, 2002), aplicável a ambos os profissionais (BORGES, 2014, p.169).

Nessa perspectiva, é fundamental a compreensão da relação existente entre o profissional e o paciente. Desse modo, pode-se afirmar que o vínculo jurídico que une o odontólogo ao paciente encontra amparo no Direito das Obrigações, tendo em vista que corresponde a uma relação de natureza pessoal, vinculando o credor (paciente) ao devedor (odontólogo).

Gonçalves (2018) leciona que, embora em alguns casos se possa dizer que a obrigação desses profissionais é de meio, na maioria das vezes apresenta-se como obrigação de “resultado”. Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 249) asseguram que a atividade odontológica só poderá ser considerada de resultado, se tiver fins estéticos, entretanto, para o tratamento de patologias orais, deverão ser enquadradas na categoria de obrigações de meio, dada a impossibilidade de garantir o restabelecimento completo do paciente.

Assim, na obrigação de meio, o profissional tem o compromisso de aplicar todo seu conhecimento no tratamento, utilizando todos os meios científicos e tecnológicos para restabelecer a saúde de seu paciente. O cirurgião-dentista deve

atuar com zelo e utilizar a melhor técnica profissional. Já na obrigação de resultado, por força contratual, o profissional está obrigado a alcançar um determinado fim, devendo responder pelas consequências decorrentes de seu descumprimento. Enquanto na obrigação de meios a finalidade é a própria atividade do profissional, na obrigação de resultado será o produto da ação (ARANTES, 2006, p.48).

Cabe completar que se a obrigação for de resultado, o ônus da prova será do odontólogo. Caso contrário, se a obrigação for de meio, o ônus da prova será do paciente. A menos que o órgão jurisdicional determine a inversão desse ônus caso fique comprovado a hipossuficiência do paciente, por aplicação do art. 6º, VIII, CDC (BRASIL, 1990), assim, ainda que a obrigação seja de meio, o dever de provar recai ao cirurgião-dentista.

No que tange a obrigação de resultado, aufere-se que ela é subjetiva, tornando-se necessária, portanto, a comprovação da culpa do odontólogo para a ocorrência do evento danoso, com vistas obriga-lo a indenizar. Por outro lado, a responsabilidade civil das clínicas odontológicas trata-se de responsabilidade objetiva, não sendo avaliada a culpa do agente do dano. Se houver culpa do dentista que presta serviços na clínica, ambos, clínica e cirurgião-dentista, serão responsabilizados solidariamente, como consta determinado nos artigos 932, inciso III, 933 e 942, parágrafo único do Código Civil (BRASIL, 2002), além do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990).

Além disso, é preciso a prova do dano da conduta comissiva ou omissiva do dentista, como também do nexos causal entre a conduta e o dano para ser possível gerada a obrigação de indenizar. A clínica poderá se esquivar da responsabilidade, não tendo o dever de indenizar caso demonstra uma das causas de excludente do nexos de causalidade, ou seja, caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros, tal como se dá com a responsabilidade civil do profissional liberal.

Nesse contexto, o dever do odontólogo com seu paciente se funda na prestação odontológica zelosa, com liberdade de atuação dentro dos limites do tratamento a ser utilizado, bem como na obrigação de eficácia tendo em vista os conhecimentos científicos específicos que possui na área (ARAÚJO, 1991, p. 161).

Por conseguinte, infere-se que a obrigação do cirurgião-dentista é obrigação de fazer personalíssima (*intuitu personae*), tendo em vista que o paciente procura o profissional baseado em suas qualidades pessoais e profissionais como prestador dos serviços, de forma que se constrói uma relação de confiança do paciente na aptidão e qualificação do cirurgião-dentista para a realização dos procedimentos odontológicos (ARANTES, 2006, p. 49). A exceção se dá quando se tratar dos Convênios de Saúde, hipótese essa na qual a escolha do profissional não caberá ao paciente que se sujeitará à disponibilidade de horário e dos profissionais contratados (ARANTES, 2006, p. 98).

A Lei Consumerista passou a incluir os profissionais liberais em seu texto, tal como está disposto no parágrafo 4º do artigo 14 do CDC (BRASIL, 1990) e, posteriormente, com o advento do CC, suas normas passaram a ser utilizadas

subsidiariamente, ou seja, quando houver aspecto da relação que não seja tutelado pela legislação consumerista.

Além do mais, pelas definições de fornecedor e consumidor apresentada no CDC, foi incluída a prestação dos serviços odontológicos no seu alcance. Passou-se a considerar o paciente como um consumidor a quem se presta um serviço; o profissional da odontologia como um fornecedor de serviços, o qual poderá ser responsabilizado pela reparação dos danos causados a seus pacientes, além do ato odontológico como uma atividade remunerada prestada a pessoas físicas sem vínculo empregatício, ou ainda a pessoas jurídicas com ou sem vínculo empregatício, quando o dentista a ela se vincular de alguma forma.

Portanto, essa relação se configura como sendo uma relação de consumo, arcando o profissional com a responsabilidade pelo fato e pelo vício do serviço. Sendo que, se houver um acidente de consumo, a responsabilidade do dentista se sujeitará a responsabilidade subjetiva, pelo risco à vida, saúde ou segurança do paciente (LISBOA, 2013, p.578).

Diante dessa perspectiva, citar-se-á em um caso prático ocorrido no dia 26 de julho de 2021 no Estado do Rio Grande do Norte. Uma paciente de cinquenta e cinco anos, após procurar a Unidade de Básica de Saúde (UBS) da cidade de Lajes, objetivando extrair um dente, acabou por aspirar a broca utilizada no procedimento odontológico, alojando-a em seu pulmão, o que lhe ocasionou danos à sua saúde e integridade física (FREIRE, 2021).

Ante a ocorrência do ato ilícito provocado pelo cirurgião-dentista, gerando danos de natureza patrimonial e extrapatrimonial; do nexos de causalidade entre esses elementos; e da ausência do devido cuidado (culpa), enseja-se a aplicação da responsabilidade civil subjetiva. Isso porque a extração de um dente é uma prática relativamente simples para o profissional da odontologia, devendo ele apenas atuar com zelo e utilizar a melhor técnica para que resultado possa ser alcançado. Portanto, quatro serão os elementos constitutivos da responsabilização desse profissional liberal.

Assim, tem-se a conduta culposa do odontólogo, tendo em vista o desrespeito ao dever preexistente de cuidado, agindo de forma negligente e não observando a contabilidade entre a broca e a caneta utilizada no procedimento. Além disso, existe o dano suportado pelo paciente, o qual ficou com a broca alojada no pulmão, causando diversas dores e danos de ordem física e psicológica. Por fim, existe o nexos de causalidade entre a conduta omissa do cirurgião-dentista e os danos suportados pelo paciente, gerando, dessa forma, o dever de indenizar.

Cabe advertir ainda, que no caso em tela, por se tratar de um profissional que estava no exercício de um cargo público, a administração pública municipal também será responsabilizada pelo dano causado a vítima. Uma vez que o profissional atuava em nome deste ente federativo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que foi apreciado, o objetivo dessa pesquisa foi apresentar aos cirurgiões dentistas, pacientes e juristas uma contribuição teórica, na tentativa de colaborar para eximir as principais dúvidas concernentes a responsabilidade civil do cirurgião-dentista. Há de ser considerado que a Responsabilidade Civil é utilizada para restaurar o equilíbrio patrimonial e/ou moral desfeito após um evento danoso.

Observou-se que o aumento do número de demandas judiciais contra os cirurgiões-dentistas foi resultado de vários fatores, dentre eles pode-se destacar: a maior conscientização da população quanto aos seus direitos, melhorias no acesso à justiça e, principalmente o aumento do leque de atribuições desta categoria nos últimos anos, passando a tutelar bens jurídicos relacionados a imagem, envolvendo a satisfação do credor da relação.

Com efeito, após a análise do tema e dos assuntos que o envolviam, pode-se afirmar que a Responsabilidade Civil do cirurgião-dentista é subjetiva, visto que prelecionado no Código de Defesa do Consumidor, o qual prescreve em seu art. 14, § 4º, que a responsabilidade deste profissional enquadrado como liberal deve ser apurada mediante comprovação da sua culpa. Outrossim, somente se admite a Responsabilidade Objetiva aos fornecedores de produtos ou serviços.

Verificou-se também que a relação do cirurgião dentista com o paciente pode ser compreendida tanto como uma relação de meio, como também de resultado, dependendo da natureza do serviço prestado, se ele envolve problemas patológicos ou de natureza estética.

Finalmente, pode-se dizer que a vida em sociedade requer cuidados, e, principalmente, exige-se cautela dos profissionais que lidam com alguns dos bens mais valiosos do ser humano: a saúde e a vida. Assim, o cirurgião-dentista da sociedade pós-moderna deve ter obrigatoriamente, o conhecimento técnico e científico, bem como, deve saber atender dentro dos limites éticos que a profissão lhe impõe, tendo sempre a consciência de que seu trabalho tem a função de estabelecer o sorriso dos seus pacientes e não de causar-lhe danos e transtornos que os levem a procurar guarida do judiciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Artur Cristiano. **Responsabilidade civil do cirurgião-dentista**. Leme: Mizuno, 2006.

ARAÚJO, André Luis Maluf de. Responsabilidade civil dos cirurgiões-dentistas, In: BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

ARAÚJO, V. D., HIRONAKA, G. M. F. N. **Responsabilidade civil**. Direito Civil, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2008.

AZEVEDO, Gabriela Mariel Moura de. **Responsabilidade civil do dentista em procedimentos estéticos**. 2007. 56 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.

BORGES, Gustavo. **Erro médico nas cirurgias plásticas**. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe Sobre A Proteção do Consumidor e Dá Outras Providências. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. **Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui O Código Civil. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CHIRONI, G.P. **La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale**. 2. ed. Torino: Fatelli Bocca, 1925.

CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA. **Resolução CFO-198, de 29 de janeiro de 2019**. Reconhece a Harmonização Orofacial como especialidade odontológica, e dá outras providências. Disponível em: <https://sistemas.cfo.org.br/visualizar/atos/RESOLU%c3%87%c3%83O/SEC/2019/198>. Acesso em: 26 nov. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA. **Resolução CFO-230, de 14 de agosto de 2020**. Regulamenta o artigo 3º, da Resolução CFO-198/2019. Disponível em: <https://sistemas.cfo.org.br/visualizar/atos/RESOLU%c3%87%c3%83O/SEC/2020/230>. Acesso em: 26 nov. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020**. Brasília: CNJ, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FREIRE, Ayrton. Broca de dentista se solta durante atendimento e vai parar dentro de pulmão de paciente no RN. **G1**, 24 ago. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2021/08/24/broca-de-dentista-se-solta-durante-atendimento-e-vai-parar-dentro-de-pulmao-de-paciente-no-rn.ghtml>. Acesso em: 26 nov. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, E-book.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil, 2013.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. **O dano estético**: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. De acordo com a constituição de 1988. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 4. v. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SÃO PAULO. Universidade de São Paulo. Secretaria Estadual de Educação (Org.). **Aumenta o número de processos contra cirurgões-dentistas e clínicas odontológicas**. 2013. Disponível em: <http://www5.usp.br/29356/aumenta-o-numero-de-processos-contracirurgioes-dentistas-e-clinicas-odontologicas/>. Acesso em: 29 out. 2020.

SENISE, Roberto. **Manual de direito civil**: obrigações e responsabilidade civil.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 11. ed. São Paulo: Método, 2021, E-book.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGRESSOR NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

BOSSOLANI, Maria Vitória Mariano³⁷
DESTRO, Carla Roberta Ferreira³⁸

Resumo: O presente artigo tem por objetivo apontar a responsabilidade civil do agressor nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Será indicado por meio de pesquisas, análises de doutrinas, levantamento de dados e jurisprudências que além da incidência penal há responsabilidade civil por parte do agressor, com enfoque no dever do agressor de reparar todos os danos causados a vítima, por meio de danos morais, materiais e estéticos e não somente responder no âmbito criminal, dado que, a reparação proporcionará a mulher o efetivo acesso à justiça e assegurará a dignidade da pessoa humana violada por uma das formas de violência executada. Após os tramites penais restam provados os atos do autor, portanto, os elementos para o ingresso da ação no âmbito cível salientam-se arrolados, visto que para concernir responsabilidade civil há que se provar os danos. Usar, portanto, os procedimentos penais na esfera cível farão com que a ação da violência gere a reação da incidência da responsabilidade para o agressor e assim chegue-se o mais próximo possível da efetiva reparação para a vítima.

Palavras-chave: Violência doméstica. Violência familiar. Responsabilidade civil. Reparação. Agressor.

ABSTRACT: This article aims to point out the civil responsibility of the aggressor in cases of domestic and family violence against women. It will be indicated through research, analysis of doctrines, data collection and jurisprudence that, in addition to criminal liability, there is civil liability on the part of the aggressor, focusing on the aggressor's duty to repair all damages caused to the victim, through moral damages, materials and aesthetics and not only respond in the criminal sphere, given that the reparation will provide women with effective access to justice and will ensure the dignity of the human person violated by one of the forms of violence carried out. After the criminal proceedings, it is presumed that the acts of the plaintiff remain proven, therefore, the elements for the filing of the action in the civil scope stand out, since, in order to concern civil liability, the damages must be proved. Therefore, using criminal procedures in the civil sphere will make the action of violence generate the reaction of the incidence of responsibility for the aggressor and thus come as close as possible to effective reparation for the victim.

Keywords: Domestic violence. Family violence. Civil responsibility. Repair. Aggressor.

³⁷ Graduanda em Direito no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente/SP. E-mail: vitoriabossolani@hotmail.com

³⁸ Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Professora no curso de Direito no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Orientadora do trabalho.

1 INTRODUÇÃO

Nos casos de violência contra a mulher o agressor responde no âmbito criminal, porém, no âmbito civil detém-se o dever de reparar o dano causado em virtude do ato ilícito cometido, tal como dispõe os artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro.

A mulher, ao sofrer violência doméstica e familiar é amparada pela lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como lei Maria da Penha. A lei objetiva condenar e erradicar a violência contra a mulher, punindo penalmente as diferentes formas de violência, tais quais: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral.

Na esfera cível incide a responsabilidade a partir de um evento danoso, que resulta na lesão a um direito, e a partir do ilícito causado, ou seja, do dano (que é elemento principal para que haja responsabilidade civil) há o dever de abastar o mal ocasionado.

Adotando o método hipotético-dedutivo para elaboração do trabalho em questão e utilizando a doutrina e a jurisprudência para a construção e concretização do tema, foi ilustrado histórico da Lei 11.340/2006, concomitante com análise da violência doméstica e familiar bem como as formas de violência que a lei dispõe e o ciclo da violência que acomete o sexo feminino.

Quanto a responsabilidade civil, para além do conceito, foram indicadas as funções da responsabilidade de reparar, punir e repreender, como também os elementos, que se tratam de ação (positiva ou negativa), culpa ou dolo, nexos causal e dano, e em decorrência da finalidade de se fazer entender a incidência da responsabilidade civil nos casos de violência doméstica e familiar, sucedeu-se liame a partir de exemplos e explicações do ilícito penal com reflexos no âmbito cível.

A pesquisa apontou a interdisciplinaridade da Lei 11.340/2006 com o Código Civil no tocante a responsabilidade e o dever de reparar a ofensa a um bem jurídico com danos morais e/ou patrimoniais e/ou estéticos. Por fim, como acometer a responsabilidade civil para o agressor nos casos de violência contra a mulher, tirando, portanto, somente do âmbito criminal, levando também ao âmbito cível, para que desse modo, a justiça seja efetivamente alcançada pela mulher que sofrera tal ilícito.

2 DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Desde os primórdios o ser humano do sexo feminino é martirizado, a princípio pela bíblia, onde Eva ao desobedecer a uma ordem come o fruto proibido e é expulsa do paraíso. O patriarcalismo, difundido principalmente no século XVI colocara os homens como detentores do poder, o centro da unidade familiar, enquanto a mulher era considerada inferior e seu espaço se limitava a função biológica de ter filhos. No machismo, a masculinidade exagerada coloca o preconceito em evidência com a ideia de desigualdade de gênero, onde homem e mulher possuem na sociedade posições

distintas, não podendo partilhar dos mesmos direitos e deveres. É evidente, historicamente o preconceito, a discriminação, a desigualdade, a violência, a inferiorização, que a mulher sofre pelo simples fato de nascer com o par de cromossomos XX.

No ano de 2006, após elevada pressão internacional entra em vigor a Lei 11.340, que traz o nome de Lei Maria da Penha. Maria da Penha Maia Fernandes em 1974 muda-se de Fortaleza para São Paulo e conhece seu agressor. Namoraram, se casaram e tiveram a primeira filha. Mudaram-se para Fortaleza, onde tiveram mais duas filhas. A construção de uma família permitiu que tal homem, que possuía a nacionalidade colombiana fosse naturalizado como brasileiro. A partir daí, a pessoa com quem Maria da Penha se casara mudou completamente. Agressões psicológicas, grosserias, intolerância, maus tratos, agressões contra as filhas fizeram com que o amor fosse substituído pelo medo.

Até que em maio de 1983, Maria da Penha é acordada com um tiro nas costas, disparado por seu marido, que a deixou paraplégica. O criminoso sustentava a história que teria sido um assalto. Após meses hospitalizada, a vítima retorna para sua casa, onde sofre a segunda tentativa de homicídio, dessa vez por choque elétrico. Após duas tentativas de homicídio ela é retirada de sua casa por seus familiares.

Posteriormente a ocorrência dos fatos Maria da Penha presta seu depoimento, e o delegado ao ouvir novamente o autor constata que o criminoso entra em contradição, sendo ele então indiciado por tentativa de homicídio. Porém, depois de oito anos, no ano de 1991 o autor fora julgado, condenado e saíra em liberdade. Em 1996 ocorre outro julgamento e novamente o criminoso sai em liberdade.

Maria da Penha, então, denuncia o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1997, que resultou em uma recomendação internacional ao país em 2001, por negligenciar a violência doméstica e não punir os agressores. Além das recomendações pela OEA da prisão do criminoso e agressor de Maria da Penha e que as leis brasileiras fossem mudadas.

No ano de 2002, dezenove anos e seis meses depois das primeiras agressões e seis meses antes da prescrição do crime, o agressor de Maria da Penha Maia Fernandes fora preso. No ano de 2006, entra em vigor a Lei Federal 11.340, que por uma sugestão da OEA recebeu o nome de Lei Maria da Penha (IMP, 2018)

A Lei Maria da Penha determinou um novo tratamento para a mulher, impondo mais severidade ao agressor, proporcionando então o efetivo acesso à justiça para as mulheres em situação de violência, trouxe, portanto, mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, como disposto no artigo 1º da Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece

medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

A violência contra a mulher é designada por qualquer ação ou omissão sustentada pelo gênero, que cause determinada atribulação. A lei traz três âmbitos de onde ocorre tal bestialidade no artigo 5º incisos I, II e III. A violência doméstica é aquela que ocorre no espaço de convívio permanente de pessoas, no âmbito doméstico, tendo ou não vínculo familiar, podendo ser uma relação de coabitação, por exemplo uma empregada que trabalha durante a semana em uma casa. A violência familiar é aquela que ocorre dentro da comunidade familiar, que possui um vínculo de parentesco, como o pai, o irmão, o marido, o tio, o primo, entre outros. Dispõe Dias (2008, p.43):

[...] as famílias anaparentais (formadas entre irmãos), as homoafetivas e as famílias paralelas (quando o homem mantém duas famílias), igualmente estão albergadas no conceito constitucional de entidade familiar como merecedoras da especial tutela do Estado.

Por fim, a lei traz a expressão “em qualquer relação íntima de afeto”, sendo independente de coabitação, podendo o agressor conviver ou já ter convivido com a vítima, como o namorado ou o noivo que não reside sob o mesmo teto, ou então o ex-namorado ou ex-noivo.

É importante destacar que o sujeito ativo pode ser tanto um homem como uma mulher, havendo necessidade apenas da ocorrência do vínculo de afetividade, relação doméstica ou relação familiar. Com relação ao sujeito passivo, somente a mulher pode ser vítima, incluindo as lésbicas, transexuais, travestis, transgêneros que se identificam do sexo feminino³⁹.

A título de esclarecimento quanto ao âmbito e aos sujeitos envolvidos, o Egrégio Tribunal de Justiça de Alagoas tem o seguinte entendimento quanto a violência doméstica:

PROCESSO PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VARA CRIMINAL RESIDUAL E JUIZADO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. GENITORA VÍTIMA DE AGRESSÕES PRATICADAS PELO FILHO. VULNERABILIDADE DEMONSTRADA. PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DO FEITO PELO JUIZADO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. 1 – A Lei Maria da Penha, reconhecendo uma condição cultural que põe a mulher em situação de vulnerabilidade no âmbito doméstico e nas suas relações familiares, trouxe uma série de normas e mecanismos que reforçam a salvaguarda dos seus direitos fundamentais, coibindo toda violência física, psicológica, patrimonial, sexual ou moral, baseada no gênero. 2 – Tratando-se de lei que busca coibir e prevenir a

³⁹ O tema que versa sobre o sujeito passivo dos crimes de violência doméstica e familiar ainda traz discussões, porém, a posição da presente pesquisa é pela inclusão dos sujeitos mencionados, assim como os seguintes julgados: TJ/BA Apelação 0306824-16.2015.8.05.0080, Relator: Aliomar Silva Britto. Primeira Câmara Criminal – Primeira Turma, Publicado em: 12/11/2018. TJ/DF Conflito Negativo de Jurisdição 0718649-68.2021.8.07.0000, Relator: Silvanio Barbosa Dos Santos, Câmara Criminal, data de julgamento: 04/08/2021, publicado no PJe: 13/08/2021. TJ/RS Conflito de Jurisdição, Nº 70084034495, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em: 29-06-2020, Publicado em: 09/10/2020.

violência contra a mulher no âmbito doméstico, em todas as suas formas, o legislador teve o cuidado de não discriminar o gênero do agressor. 3 – Narrando a exordial acusatória que o réu coabita com a vítima, tendo a agredido, além de apresentar comportamento agressivo, principalmente quando é contrariado, não havendo como afastar a presença da vulnerabilidade. 4 – Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitado.

(TJ-AL - CJ: 05004213820198020000 AL 0500421-38.2019.8.02.0000, Relator: Des. Washington Luiz D. Freitas, Data de Julgamento: 22/04/2020, Câmara Criminal, Data de Publicação: 22/04/2020). (grifo nosso)

Quanto a violência familiar discorre o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. VIOLÊNCIA FAMILIAR. AGRESSÕES VERBAIS PERPETRADAS POR GÊNRO CONTRA SOGRA. INCIDÊNCIA DA LEI N.º 11.340/06. 1. A incidência da Lei n.º 11.340/06 depende de que a violência seja baseada em questões de gênero, indicativas da vulnerabilidade da mulher ofendida em relação ao masculino. Questão que não se confunde com a diferença biológica entre homens e mulheres, mas, sim, guarda relação com a desigualdade que se estabelece culturalmente entre os papéis destinados ao masculino e ao feminino nas relações familiares e íntimas de afeto. 2. No caso concreto, segundo se depreende do registro de ocorrência policial, as agressões verbais perpetradas contra a ofendida tiveram origem na inconformidade do suposto agressor com o término do relacionamento afetivo mantida com a filha da vítima. Como visto, a origem do fato possui relação com a questão de gênero, como acima caracterizada. As agressões foram perpetradas no âmbito das relações familiares, ainda que sem coabitação, contra mulher e em razão de o agressor querer saber o endereço atualizado da ex-companheira, filha da sedizente vítima, a demonstrar clara situação de vulnerabilidade e tentativa de submissão do gênero feminino ao masculino. Neste cenário, está bem delineada a vulnerabilidade que determina a... incidência da Lei n.º 11.340/06. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE. (Conflito de Jurisdição Nº 70075253062, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em 18/10/2017).

(TJ-RS - CJ: 70075253062 RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Data de Julgamento: 18/10/2017, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/10/2017). (grifo nosso)

Na primeira jurisprudência trazida trata-se de violência doméstica de filho contra mãe existindo coabitação, na segunda jurisprudência exposta, trata-se de violência familiar de genro contra sogra, sem existência de coabitação e habitualidade de convívio, visto que o agressor se tratava de ex-companheiro da filha da vítima. Fica claro, que independe de coabitação, mas sim do convívio presente ou anterior a ocorrência do fato criminoso.

Certamente a Lei Maria da Penha é extremamente objetiva quando dispõe das formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo elas: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral, *ipsis litteris*:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Hammerschmidt (2020, p. 53), elucida:

[...] a violência física não se limita pelos critérios de tipicidade penal, e abrange qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher. Pode se materializar não só pelas formas mais recorrentes, correspondentes aos tipos de vias de fato (art. 21 da Lei de Contravenções Penais), da lesão corporal (art. 129 do Código Penal), ou do feminicídio (art. 121, §2º, inc. VI, do Código Penal) mas também por condutas como a exposição a perigo de contágio venéreo (art. 130 do Código Penal) ou outras, ainda que sem correspondência a um tipo penal específico.

Quanto a violência psicológica, o inciso II apresenta amplo conceito, discorre Dias (2008, p. 47):

[...] Consiste na agressão emocional (tão ou mais grave que a física). O comportamento típico se dá quando o agente ameaça, rejeita, humilha ou discrimina a vítima, demonstrando prazer quando vê o outro se sentir amedrontado, inferiorizado e diminuído [...]

[...] É a mais freqüente e talvez seja a menos denunciada. A vítima muitas vezes nem se dá conta que agressões verbais, silêncios prolongados, tensões, manipulações de atos e desejos, são violência e devem ser denunciadas. Para a configuração do dano psicológico não é necessária a elaboração de laudo técnico ou realização de perícia. Reconhecida pelo juiz sua ocorrência, cabível a concessão de medida protetiva de urgência. Praticado algum delito mediante violência psicológica, a majoração da pena se impõe (CP, art. 61 II, f).

É importante destacar que a Lei nº 14.188, de 28 de julho de 2021 criou o crime de violência psicológica contra a mulher, tipificando no Código Penal o artigo 147-B:

Violência psicológica contra a mulher

Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

Embora expressa na Lei Maria da Penha, a violência psicológica não era tratada no Código Penal, logo, antes da entrada em vigor da nova lei as condutas de violência psicológica que eram praticadas por não serem classificadas como crime eram consideradas atípicas.

Fazendo uma breve análise do artigo 147-B, o bem jurídico tutelado no novo crime é a liberdade da vítima, evidencia Rosa (2021):

O objetivo do Direito Penal, com relação aos crimes contra a liberdade, é o de preservar a autonomia da vontade, em contraposição à servidão. É certo que o cerceamento à liberdade acaba sendo uma das consequências do dano emocional, justamente porque as condutas violadoras têm o condão de interferir na capacidade de autodeterminação da vítima. Mas não é a única. Na realidade, o bem jurídico que se busca proteger na incriminação da conduta de causar "dano emocional à mulher" não se restringe à liberdade, mas à integridade mental da mulher como um todo. (grifo nosso)

Com relação ao sujeito do crime, por se tratar de crime comum, pode ser praticado por qualquer pessoa (homem ou mulher). O sujeito passivo, em decorrência de referir-se a crime próprio, é somente a mulher, vale ressaltar, como dito acima, inclui-se as lésbicas, transexuais, travestis, transgêneros que se identificam com o sexo feminino.

O art. 147-B cuida de crime doloso e a consumação, por se tratar de crime material, ocorre com a efetiva provocação de dano psicológico à vítima, cuida-se de uma forma de violência com maior dificuldade de constatação, visto que não é algo físico ou patrimonial, e muitas vezes sequer as vítimas se dão conta de que estão sofrendo danos emocionais.

Exemplificando, caracteriza violência psicológica humilhação, ofensas, gritos, manipulação, que podem ser colhidos como meios de prova com gravações de vídeo e áudio. Outra maneira de constatar é por meio de testemunhas que presenciaram tais atos, ou também por meio de *printscreen* de mensagens recebidas do agressor, sendo elas ofensivas, ou até mesmo mensagens com pedido de perdão ou com promessas de mudanças, nesse caso, é recomendável que se faça uma ata notarial, registrando tais atos em um instrumento público. Por fim, pode ser constatado também por meio de laudo médico, no qual um profissional habilitado irá descrever os efeitos das agressões e dos abusos na vida da vítima.

A ação penal é pública incondicionada e traz a subsidiariedade expressa, significando que se a conduta praticada resultar em crime mais grave, o agressor

responderá por ele, logo, o legislador estendeu a proteção à mulher, preocupando-se com os atos mais graves que podem ser praticados.

A tipificação do crime de violência psicológica no Código Penal positiva o direito de liberdade que já era previsto na Lei Maria da Penha às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, buscando coibir atos prejudiciais à saúde mental da ofendida.

Regressando a análise da Lei 11.340/06, no tocante às formas de violência, a violência sexual, é o “constrangimento com o propósito de limitar a autodeterminação sexual da vítima, tanto pode ocorrer mediante violência física como através de grave ameaça (violência psicológica).” (PORTO, 2012, p. 25). Ademais, explana Bianchini (2018, p.55):

Os direitos sexuais pressupõe a livre exploração da orientação sexual, podendo a pessoa promover a escolha do parceiro(s) e exercitar a prática sexual de forma dissociada do objetivo reprodutivo. Deve ser assegurado o direito à prática sexual protegida de doenças sexualmente transmissíveis, além do necessário o respeito à integridade física e moral.

Já os direitos reprodutivos levam em conta a livre escolha do número de filhos que um casal deseja ter, independentemente de casamento, sendo assegurado o direito ao matrimônio desde que haja concordância plena de ambos. (grifo do autor)

Violência patrimonial é trazida por Dias (2008, p.52), como:

A Lei Maria da Penha, reconhece como violência patrimonial o ato de “subtrair” objetos da mulher, o que nada mais é do que furtar. Assim, se subtrair para si coisa alheia móvel configura delito de furto, quando a vítima é mulher com quem o agente mantenha relação de ordem afetiva, não se pode mais reconhecer a possibilidade de isenção de pena. O mesmo se diga com relação à apropriação indébita e ao delito de dano. É violência patrimonial “apropriar” e “destruir”, os mesmos verbos utilizados pela lei penal para configurar tais crimes. Perpetrados contra a mulher, dentro de um contexto de ordem familiar, o crime não desaparecem e nem fica sujeito a representação.

Além de tais condutas constituem crimes, se praticados contra a mulher com quem o agente mantém vínculo familiar ou afetivo, ocorre o agravamento da pena (CP, art. 61 II, f).

Identificada como violência patrimonial a subtração de valores, direitos e recursos econômicos destinados a satisfazer as necessidades da mulher, neste conceito se encaixa ou não o pagamento dos alimentos. Deixar o alimentante de atender a obrigação alimentar, quando dispõem de condições econômicas, além de violência patrimonial tipifica o delito de abandono material.

Por fim, quanto a violência moral disposta no inciso V:

São denominados delitos que protegem a honra mas, cometidos em decorrência de vínculo de natureza familiar ou afetiva configuram violência moral. Na calúnia o fato atribuído pelo ofensor a vítima é definido como crime; na injúria não há atribuição de fato determinado. A calúnia e a difamação atingem a honra objetiva, a injúria atinge a honra subjetiva. A calúnia e a difamação consumam-se quando terceiros tomam conhecimento da imputação; a injúria consuma-se quando o próprio ofendido toma conhecimento da imputação.

Estes delitos , quando são perpetrados contra a mulher no âmbito da relação familiar ou afetiva, devem ser reconhecidos com violência doméstica, impondo-se o agravamento da pena (CP, art. 61, II, f). De um modo geral são concomitantes a violência psicológica. (DIAS, 2008, p. 54).

Não há argumento que justifique uma situação de violência contra a mulher. A partir do momento em que se entra em uma relação doméstica, familiar ou afetiva ambas as partes detêm o dever moral de se respeitarem. O estereótipo de que a mulher é o elo fraco da relação pode gerar a morte. O agressor por algum motivo se acha superior, forte, viril, e essa ideia tem bagagem histórica e cultural, e a sociedade ainda cultiva esses ideais. Dessa forma:

Ninguém duvida que a violência sofrida pela mulher não é exclusivamente de responsabilidade do agressor. A sociedade ainda cultiva valores que incentivam a violência, o que impõe a necessidade de se tomar consciência de que a culpa é de todos. O fundamento é cultural e decorre da desigualdade no exercício do poder e que leva a uma relação de dominante e dominado. Essas posturas acabam sendo referendadas pelo estado. Daí o absoluto descaso de que sempre foi alvo a violência doméstica (DIAS, 2008, p.15).

Ao homem é atribuída a característica de caçador, aquele que sai em busca da caça, o ser superior e dominante. Enquanto a mulher além da função biológica de ser mãe, tem que ser dona de casa, e viver em função do homem. Expõe Dias (2008, p. 17):

Ao homem sempre coube o espaço público e a mulher foi confinada nos limites da família e do lar o que enseja a formação de dois mundos: um de dominação, externo, produtor; outro de submissão, interno e reprodutor. Ambos os universos, ativo e passivo, criam polos de dominação e submissão. A essa diferença estão associados os papéis ideais atribuídos a cada um: ele provendo a família e ela cuidando do lar, cada um desempenhando a sua função. Padrões de comportamento assim instituídos de um modo tão distinto levam a geração de um verdadeiro código de honra. [...]
Nesse contexto é que surge a violência, justificada como forma de compensar possíveis falhas no cumprimento ideal dos papéis de gênero.[...] cada um usa suas armas: ele, os músculos; ela, as lágrimas. A mulher, por evidente, leva a pior e se torna vítima da violência masculina. (grifo nosso)

A pandemia do COVID-19 fez com que aumentasse algo que já era alarmante: o número de casos de violência contra a mulher. A pesquisa “visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil, realizada pelo Datafolha e Fórum Brasileiro de segurança pública, com apoio do Uber, apontou que desde o início do isolamento social houve um aumento significativo nos casos de violência doméstica em todo o mundo, e ao mesmo tempo, os registros de tais ocorrências apresentaram queda. Essa discrepância pode ser explicada pelo fato de a mulher agredida estar sob o mesmo teto que o agressor e conseqüentemente o receio de denunciá-lo e a situação ficar ainda pior.

Tal pesquisa fora realizada com 2.079 (duas mil e setenta e nove) pessoas, abrangendo a população adulta com idade maior ou igual a 16 (dezesesseis) anos de todas as classes sociais, e os principais dados foram:

- 1 em cada 4 mulheres brasileiras (24,4%) acima de 16 anos afirma ter sofrido algum tipo de violência ou agressão nos últimos 12 meses, durante a pandemia de covid-19. Isso significa dizer que cerca de 17 milhões de mulheres sofreram violência física, psicológica ou sexual no último ano.
- 73,5% da população brasileira acredita que a violência contra as mulheres cresceu durante a pandemia de covid-19.
- 4,3 milhões de mulheres (6,3%) foram agredidas fisicamente com tapas, socos ou chutes. Isso significa dizer que a cada minuto, 8 mulheres apanharam no Brasil durante a pandemia do novo coronavírus.
- O tipo de violência mais frequentemente relatado foi a ofensa verbal, como insultos e xingamentos. Cerca de 13 milhões de brasileiras (18,6%) experimentaram este tipo de violência.
- 5,9 milhões de mulheres (8,5%) relataram ter sofrido ameaças de violência física como tapas, empurrões ou chute.
- Cerca de 3,7 milhões de brasileiras (5,4%) sofreram ofensas sexuais ou tentativas forçadas de manter relações sexuais.
- 2,1 milhões de mulheres (3,1%) sofreram ameaças com faca (arma branca) ou arma de fogo.
- Em relação ao perfil, verifica-se que quanto mais jovem, maior a prevalência de violência, sendo que 35,2% das mulheres de 16 a 24 anos relataram ter vivenciado algum tipo de violência, 28,6% das mulheres de 35 a 34 anos, 24,4% das mulheres de 35 a 44 anos, 19,8% das mulheres de 45 a 59 anos e 14,1% das mulheres com 60 anos ou mais.
- Em relação ao perfil racial, mulheres pretas experimentaram níveis mais elevados de violência (28,3%) do que as pardas (24,6%) e as brancas (23,5%).
- 72,8% dos autores das violências sofridas são conhecidos das mulheres, com destaque para os cônjuges/companheiros/namorados (25,4%), ex-cônjuges/ex-companheiros/ex-namorados (18,1%); pais/mães (11,2%), padrastos e madrastas (4,9%), e filhos e filhas (4,4%), indicando alta prevalência de violência doméstica e intrafamiliar.
- A residência segue como o espaço de maior risco para as mulheres e 48,8% das vítimas relataram que a violência mais grave vivenciada no último ano ocorreu dentro de casa, percentual que vem crescendo. A rua aparece em 19,9% dos relatos, e o trabalho aparece como o terceiro local com mais incidência de violência com 9,4%.
- 44,9% das mulheres não fizeram nada em relação à agressão mais grave sofrida.
- 11,8% denunciaram em uma delegacia da mulher, 7,5% denunciaram em uma delegacia comum, 7,1% das mulheres procuraram a Polícia Militar (190), 2,1% ligaram para a Central de Atendimento à Mulher (Ligue 180).
- Entre as mulheres que não procuraram a polícia, 32,8% delas afirmaram que resolveram a situação sozinhas, 15,3% não quiseram envolver a polícia e 16,8% não consideraram importante fazer a denúncia.

A pesquisa apontou dados de violência contra a mulher sob a perspectiva da população, bem como, dispôs sobre os impactos da pandemia com a elevação dos índices de violência. Evidente, o modo que a mulher brasileira é vulnerável, ora, o que explica a elevação de tais números é o convívio permanente consequência do isolamento social.

Tal fato é nauseabundo, o isolamento social em meio a uma pandemia mundial foi necessário para preservar a vida e a saúde da população em geral. Porém, para a mulher (no contexto da violência doméstica e familiar) essa situação acabou por sendo uma sentença de morte.

Não suficiente, o Monitor da Violência, uma parceria do G1, com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública e o Núcleo de Estudos da Violência da USP, apontou que no primeiro semestre de 2021 em torno de 200 (duzentas) mil solicitações de medidas protetivas de urgência foram expedidas no território brasileiro. Além disso, apontou um aumento de aproximadamente 13,8% no número de pedidos de medida protetiva de urgência com relação ao período do primeiro semestre de 2020 comparado ao primeiro semestre de 2021.

Dentre as variações apontadas pelo Monitor da Violência no mesmo período dito acima, é importante ressaltar que houve elevado aumento, por volta de 40,8%, no número de revogações de medidas protetivas, bem como, houve aumento no número de pedidos negados pelos magistrados, mais ou menos 13,5%.

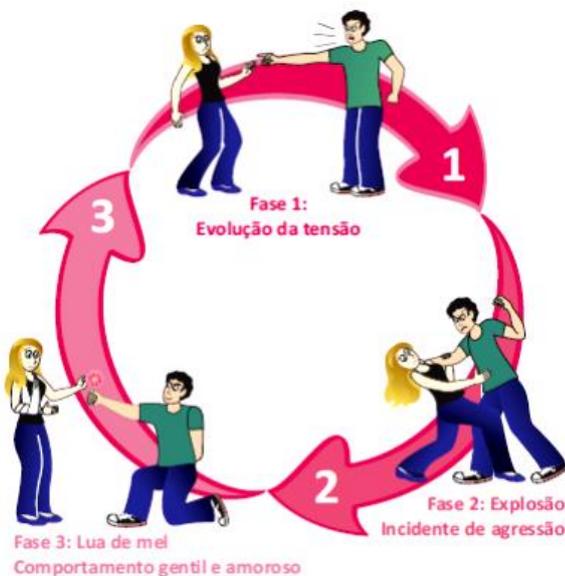
Além de tudo, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2020) explica:

Temos observado, mês após mês, uma redução em uma série de crimes contra as mulheres em diversos estados – indicativo de que as mulheres estão encontrando mais dificuldades em denunciar a(s) violência(s) sofridas neste período. A única exceção é o tipo mais grave de violência: a violência letal. Os levantamentos periódicos elaborados pelo FBSP têm mostrado, em todos os meses, aumentos nos índices de feminicídios e/ou homicídios em diversos estados. De forma análoga, os dados também indicam uma redução na distribuição e na concessão de medidas protetivas de urgência, instrumento fundamental para a proteção da mulher em situação de violência doméstica.

Os números aqui exibidos evidenciam o impacto da pandemia na sociedade, que intensificou diversos problemas sociais no território brasileiro, como o desemprego, a alta nos preços de combustível e alimentos, pessoas se tornando moradoras de rua, e a ascensão da violência contra a mulher. Isso mostra que por mais que historicamente a mulher vem construindo um arcabouço de direitos, adquirindo espaço e respeito da sociedade, conquistando o mercado de trabalho, tendo leis específicas promulgadas para a sua proteção, não é o suficiente para resguardar o seu bem jurídico mais valioso: a vida.

O ciclo da violência é composto por três fases, (conforme se verifica na figura 1), sendo elas na seguinte sequência: fase do aumento de tensão, fase da explosão (ato de violência) e fase da lua de mel (arrepentimento). A fase do aumento de tensão ocorre quando o agressor passa a ter comportamentos ameaçadores, agride verbalmente a vítima, humilha, xinga e ameaça, causa danos a objetos da residência, e a vítima tem o sentimento de ser responsável pelas condutas do autor, fazendo o possível para não o provocar, “engolindo” as atitudes dele. Na fase de explosão, o autor parte para as vias de fato, cometendo alguma das formas de violência doméstica e familiar, como por exemplo, violência física como tapas, socos, chutes, puxões de cabelo, etc., e a vítima fica em choque, com medo, sem saber como agir. Já a fase da lua de mel consiste no arrependimento do agressor, com promessas de amor, promessas de que os atos agressivos não terão repetição, o autor torna-se carinhoso e atencioso, a vítima, acredita no “novo homem” e o perdoad. E assim, o ciclo tem seu início novamente (MPSP, 2020).

Figura 1 - Ciclo da Violência



Fonte: MPSP – Ciclo da Violência Doméstica. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Violencia_Domestica/O_que_voce_precisa_saber/Mulheres_adultas/vd_mais/ciclo_violencia_domestica. Acesso em: 07 mar. de 2021

Continua Dias (2008, p.20) “A ferida sara, os ossos quebrados se recuperam, o sangue seca, mas a perda da auto-estima, o sentimento de menos valia, a depressão, essas são feridas que não cicatrizam”. Qualquer forma de violência fere a mulher e traz consequências, além dos trâmites penais por parte da vítima, subsiste o dever de reparação por parte do autor. Se tratando de violência moral, psicológica ou sexual há incidência de dano moral, se violência patrimonial, dano material (danos emergentes e lucros cessantes), por fim, se violência física, danos morais e/ou estéticos.

A interdisciplinaridade da Lei é evidente, visto que ela não traz apenas aspectos penais.

Dispõe o Código Civil nos artigos 186, 187 e 927 que aquele que comete um ato ilícito tem o dever de reparar. Ademais, a própria Lei 11.340/2006 elenca o dever de reparação em seu artigo 9º §4º, onde dispõe que aquele que causar lesão ou alguma das formas de violência fica obrigado a ressarcir todos os danos causados.

Não obstante, o Código de Processo Penal, em seu art. 64, traz comando no sentido de que “a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.”

Evidente, portanto, a responsabilidade civil do agressor em casos de violência doméstica ou familiar contra a mulher, tratando-se de uma responsabilidade direta, na qual recai sob o autor da conduta a incumbência de abastar as consequências do mal causado.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No direito penal a consequência do ato ilícito é a sanção, a pena. No direito civil, a consequência desse ato ilícito, do dano causado, é a responsabilidade civil. O ato ilícito é o gerador do dano e a vítima tem o direito de ter esse dano reparado. Nas palavras de Diniz (2015, p.51):

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Deriva, por efeito da agressão a direito de outrem, e a consequência lógica é o dever de indenizar. É o que diz Gagliano (2019, p.54):

Se uma pessoa, dolosa ou culposamente, causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. Ou seja, se TÍCIO, dirigindo imprudentemente atinge o veículo de CAIO, o interesse jurídico patrimonial deste último restou violado, por força do ato ilícito cometido pelo primeiro, que deverá indenizá-lo espontânea ou coercitivamente (pela via judicial).

O mesmo autor conceitua:

Responsabilidade, para o direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados. (GAGLIANO, 2019 p.55)

A ofensa ao bem jurídico resulta ao autor da conduta um dever reparatório (disposto no art. 186 do CC), e a vítima, um direito de restituição tanto daquilo que perdeu como daquilo que deixou de ganhar, logo, ficam evidentes as funções da responsabilidade civil, que são: reparatória/compensatória, sancionatória e preventiva/repreensiva. A primeira diz respeito a compensar o dano causado, retornar o que fora lesionado ao *status quo ante*, ou seja, repor diretamente o perdido ou, se não possível fazê-lo subsiste o dever de pagar uma quantia indenizatória:

[...] é relacionada à determinação de quando uma compensação é reputada necessária. Nesse contexto, é feita pelo jurista uma associação entre a visão da transferência dos danos da vítima ao ofensor e a análise econômica do Direito, uma vez que a responsabilidade civil é concebida como um mecanismo social para a trasladação dos custos. [...]. (TARTUCE, 2020 p.59) (grifo nosso)

Quanto a natureza sancionatória, tem por finalidade punir o agressor, no sentido de fazer com que ele repare o dano. É o que diz Tartuce (2020 p.62): “a indenização que deriva da responsabilidade civil funciona como uma sanção para aquele que viola a regra, seja ela legal ou contratual, trazendo essa um caráter indissociável de desestímulo para novas condutas ofensivas.”

Por fim, a função preventiva/repreensiva é tida como um exemplo para a sociedade, ou seja, as condutas que infringem os direitos de outrem (ação/omissão) geram uma reação, “[...] de cunho socioeducativo, que é a de tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas. [...]”. (GAGLIANO, 2019 p.74)

Quanto aos elementos da responsabilidade civil existem divergências doutrinárias que se pautam na consideração ou não da culpa do agente causador do dano como elemento. A corrente adepta da responsabilidade civil objetiva exclui a culpa pois há o entendimento que se há responsabilidade sem culpa (objetiva), então a mesma não seria requisito essencial, porém, vale lembrar que o Código Civil trata de situações excepcionais em que a culpa é expressa.

Já a teoria clássica considera a culpa como elemento essencial da responsabilidade civil (responsabilidade civil subjetiva).

Para a teoria da responsabilidade civil objetiva:

[...] O dolo ou a culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente para que surja o dever de indenizar. (GAGLIANO, 2017, p. 68)

Esclarece o autor que para a incidência da responsabilidade objetiva é desconsiderado o elemento culpa, haja vista que “as teorias objetivistas da responsabilidade civil procuram encará-la como mera questão de reparação de danos, fundada diretamente no risco da atividade exercida pelo agente.” (GAGLIANO, 2017, p. 67).

A teoria clássica, também chamada de subjetiva ou teoria da culpa entende que “para que o agente indenize, para que responda civilmente, é necessária a comprovação da sua culpa genérica, que inclui o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa em sentido restrito (imprudência, negligência ou imperícia).” (TARTUCE 2019, p. 538). O código civil em regra adota a teoria subjetiva, elencada no artigo 186 do Código Civil, o qual diz expressamente que culpa e dolo são elementos fundamentais para a reparação do ilícito causado.

[...] prevalece o entendimento pelo qual a culpa em sentido amplo ou genérico é sim elemento essencial da responsabilidade civil tratada pela codificação material [...]. Em outras palavras, constitui regra geral do Direito Civil brasileiro e do Direito Comparado a adoção da teoria da culpa, segundo a qual haverá obrigação de indenizar somente se houver culpa genérica do agente, sendo certo que o ônus de provar a existência de tal elemento cabe, em regra, ao autor da demanda, conforme determina o art. 373, inc. I, do CPC/2015, correspondente ao art. 333, inc. I, do CPC/1973. (TARTUCE, 2020, p. 238)

Ao analisar o art. 186 do CC, é possível extrair os elementos essenciais da responsabilidade civil, que são: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, nexo de causalidade e dano.

Ação ou omissão é a conduta humana positiva ou negativa. Neste elemento é fundamental que essa ação ou omissão seja algo suscetível de controle, ou seja, aquilo que um homem médio entende que a conduta é errada, irá causar um dano e contém a ação ou deixa de ser omissa de um dever jurídico para não causar o ato ilícito. É dessa ação ou omissão que surge o dever de indenizar. É o que diz Gonçalves (2019, p. 68):

A exigência de um fato “voluntário” na base do dano exclui do âmbito da responsabilidade civil os danos causados por forças da natureza, bem como os praticados em estado de inconsciência [...] Essencial é que a ação ou omissão seja, em abstrato, controlável ou dominável pela vontade do homem.

A título de esclarecimento, e fazendo liame a violência contra a mulher, o agressor – seja agressão física, sexual, psicológica, patrimonial ou moral – não contém sua ação e pratica um ato ilícito, por exemplo, o ex-marido destrói o carro da ex-companheira por não aceitar o término do relacionamento, o veículo não fora destruído por um caso fortuito ou de força maior, fora destruído pela conduta, pela ação de um homem com o ego ferido. Logo, subsiste o dever de reparar o dano causado a vítima, que no caso é arrumar o veículo ou pagar a quantia para devida reparação.

No que tange a culpa ou dolo do agente:

Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente censurado, ou reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba afirmar que ele podia e devia ter agido de outro modo. Se a atuação desastrosa do agente é deliberadamente procurada, voluntariamente alcançada, diz-se que houve culpa lato sensu (dolo). Se, entretanto, o prejuízo da vítima é decorrência de comportamento negligente e imprudente do autor do dano, diz-se que houve culpa stricto sensu. (GONÇALVES. 2019, p. 488)

Quanto ao dolo, define Tartuce (2020, p. 266) que “constitui uma violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem”. Violar um dever jurídico é violar o direito de outrem propositalmente. Pois bem, um homem não desfere um soco em uma mulher por erro, não a empurra da escada por descuido, não dispara um tiro contra ela sem querer, todas essas ações ele as faz porque quer, com dolo. Ora, sua conduta poderia ser outra ao invés de chegar nas vias de fato e causar mal vultoso a vítima, mas, por desígnio próprio, escolhe lesioná-la.

O nexos de causalidade trata-se da relação causa e efeito, é a ligação entre a conduta do agente e o dano causado a vítima, em outros termos é como imaginar uma estrada (nexo de causalidade) que liga a cidade A (ação) até a cidade D (dano). Se um homem bate em uma mulher e lhe causa lesão a deixando em estado grave, a conduta do criminoso foi a causa determinante do estado grave, e esse indivíduo tem o dever de responder pelo ilícito cometido. Explana Rosenvald (2019, p. 556):

No setor da responsabilidade civil, o nexos causal exercita duas funções: a primeira (e primordial) é a de conferir a obrigação de indenizar aquele cujo comportamento foi a causa eficiente para a produção do dano. Imputa-se

juridicamente as consequências de um evento lesivo a quem os produziu (seja pela culpa ou risco, conforme a teoria que se adote). A seu turno, a segunda função será a de determinar a extensão desse dano, a medida de sua reparação. Ou seja, pela relação da causalidade seremos capazes de determinar quem repara o dano e quais os efeitos danosos que serão reparados.”

Por fim, o dano, que sem ele não há como incidir a responsabilidade civil. Não é difícil enxergar o dano causado na violência contra a mulher, independente da forma de violência praticada irá subsistir um dano, tal qual deverá ser reparado. É o que diz Gonçalves (2019, p.55), “a obrigação de indenizar decorre, pois, da existência da violação de direito e do dano, concomitantemente.”

O artigo 5º, caput, da CF, estabelece a paridade entre sexos perante a lei, no que diz respeito a violência doméstica e familiar contra a mulher, essa utopia de igualdade não é observada, visto que, a violência se dá principalmente pela questão do gênero. A partir do momento que um bem jurídico é lesado, há necessidade de que o mesmo seja reparado. A doutrina, tradicionalmente trata do dano em três espécies: patrimonial, moral e estético.

Segundo a linha de raciocínio de Rosenvald (2019, p.310), quanto ao dano patrimonial trata-se da “[...] lesão a um interesse econômico concretamente merecedor de tutela. Quando o dano ofende a relação entre a pessoa e bens economicamente avaliáveis, surge a responsabilidade patrimonial.” Ou seja, é o ultrage ao patrimônio, ao bem material que é apreciável economicamente, e com relação a reparação do mal causado expõe Gonçalves (2019, p. 653):

[...] o critério para o ressarcimento do dano material encontra-se no art. 402 do Código Civil, que assim dispõe: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. Compreendem, pois, o dano emergente e o lucro cessante. Devem cobrir todo o dano material experimentado pela vítima.

Dano emergente é o que se efetivamente perdeu, é a diminuição do valor patrimonial da vítima e os lucros cessantes abrangem a expectativa de lucro, o que a vítima deixa de alcançar. Por exemplo, a ex-namorada deixa seu veículo estacionado na frente de sua residência, veículo esse utilizado como meio de trabalho, visto que a mulher trabalha como motorista de aplicativo. O ex-namorado quebra todos os vidros do veículo a pedradas visto que o término do namoro não fora bem recepcionado por ele (art. 7º, IV, Lei 11.340/2006).

A indenização poderá ocorrer de duas formas, primeiro, substituir o veículo por outro, uma reparação natural, voltar, portanto, ao *status quo ante* do acesso de fúria do insensato homem. Ou, quando não for possível a substituição, deverá ser a indenização de forma pecuniária, logo, ele deve pagar pelos danos causados ao veículo da vítima – danos emergentes. Além disso, o autor deve pagar a vítima o quantum correspondente aos dias que não foi possível exercer a sua profissão devido aos danos causados a seu meio de trabalho (veículo) – lucros cessantes.

O dano moral não atinge o patrimônio da vítima, mas sim a vítima como ser humano, como pessoa.

É a lesão de bem que integra os direitos de personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. (GONÇALVES. 2019, p. 402)

Esclarece Tartuce:

Constituindo o dano moral uma lesão aos direitos de personalidade (arts. 11 a 21 do CC), para a sua reparação não se requer a determinação de um *preço* para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de *lenitivo, derivativo* ou *sucedâneo*. [...]

Desse modo, esclareça-se que não há no dano moral uma finalidade de acréscimo patrimonial para a vítima, mas sim de compensação pelos males suportados. Tal dedução justifica a não incidência de imposto de renda sobre o valor recebido a título de indenização por dano moral, o que foi consolidado pela Súmula n. 498 do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2012. (TARTUCE. 2019, p. 442 e 443) (grifo nosso)

Por exemplo, uma mulher percebe que após o casamento, seu marido se tornara uma pessoa agressiva e autoritária. No começo, ele utilizava palavras de baixo calão para ofendê-la, a injuriando (art. 7º, V, Lei 11.340/2006). Depois, passou a dizer coisas que a deixavam constrangida, humilhando-a (art. 7º, II, Lei 11.340/2006). Então, partiu para as vias de fato, desferindo socos e chutes, e a obrigando a manter relações sexuais contra a vontade dela (art. 7º I e III respectivamente – Lei 11.340/2006).

A vítima do exemplo acima mencionado deve procurar a justiça, além de ir em uma Delegacia de Defesa da Mulher ela tem direito a uma indenização moral pela lesão ao bem jurídico e aos direitos de personalidade ocasionados pelo agressor. É o entendimento do TJ/SP:

DANOS MORAIS. Violência doméstica. Ameaças à integridade física e à honra da autora praticadas por ex-companheiro. Fatos incontroversos. Revelia. Danos morais configurados. Valor fixado em R\$5.000,00, que se entremostra insuficiente para reparar os abalos sofridos e repelir o réu da prática de novas condutas. Agressão tipificada pelos contornos da Lei 11.340/2006, que gera destruição da autoestima, constrangimento, isolamento e desconfiança permanente do agredido. Valor da indenização majorado para R\$10.000,00. Precedentes. Sentença reformada. Honorários advocatícios mantidos. Ausência de contraditórios. Recurso parcialmente provido.

(TJ-SP – AC 10073900220188260510 SO 1007390-02.2018.8.26.0510, Relator: Fernanda Gomes Camacho, Data de Julgamento: 08/08/2019, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/08/2019) (grifo nosso)

Por fim, o dano estético é aquele que viola a imagem da vítima, é a consequência da lesão:

Partindo para os casos concretos, tais danos, em regra, estão presentes quando a pessoa sofre feridas, cicatrizes, cortes superficiais ou profundos em sua pele, queimaduras, deformações, lesão ou perda de órgãos internos ou

externos do corpo, aleijões, amputações, entre outras anomalias que atingem a própria dignidade humana. (TARTUCE. 2020, p. 494)

Discorre Rosenvald (2019, p. 483) “Cuida-se de uma ofensa à integridade física da pessoa qualificada pelo elemento da “permanência”, ou seja, uma lesão corporal de efeitos prolongados e não meramente transitória ou sanável.” Acrescenta o autor, dizendo que a manifestação não pode ser passageira “O dano estético deve se manifestar de forma duradoura, mesmo que sem carga de definitividade ou irreversibilidade.” (ROSENVALD. 2019, p. 483).

Trazendo para o âmbito da violência doméstica, um homem que joga ácido no rosto de sua ex-companheira (art. 7º, I, Lei 11.340/2006). A lesão tem elevado cunho de gravidade, o rosto dessa mulher jamais voltará a ser como era e ela terá que conviver com a cicatriz e a lembrança do agressor toda vez que se olhar no espelho. Indubitável, portanto, o dever do criminoso de indenizá-la por danos estéticos. É o que preconiza o egrégio TJ do Rio de Janeiro:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAL E ESTÉTICO. AGRESSÃO FÍSICA. PROVAS TESTEMUNHAL, DOCUMENTAL E PERICIAL CONCLUSIVAS. CONDUTA ILÍCITA DO RÉU E NEXO CAUSAL INCONTROVERSOS. DANOS MORAL E ESTÉTICO CONFIGURADOS. CICATRIZES VISÍVEIS EM CARÁTER PERMANENTE NA FACE. NECESSIDADE DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO PLÁSTICO REPARADOR. MAJORAÇÃO DO VALOR DAS INDENIZAÇÕES ARBITRADAS, EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE, ADOTANDO-SE O CRITÉRIO PUNITIVO-PEDAGÓGICO NA CONDENAÇÃO. 1. O legislador ao atribuir ao juiz a tarefa de mensurar o dano moral, em especial quando decorrente de agressões físicas contra a mulher por ato de força praticada pelo homem, como no caso em exame, e duvidosa no que se refere ao esperado acerto por parte da vítima. 2. A violência física e psíquica contra a mulher fere, além da estabilidade psicológica e emocional, a própria integridade física e psíquica, causando-lhe danos, constrangimentos, limitações e sofrimentos que não se apagam com o passar do tempo. 3. Daí a razão que justifica o necessário aumento da verba fixada a este título, majorando-a para um valor mais significativo, que possibilite ao agressor refletir sobre as consequências de seu tresloucado ato. PROVIMENTO DO RECURSO.
(TJ-RJ – APL: 00030367520128190050, Relator: Des(a). JOSÉ CARLOS MALDONADO DE CARVALHO, Data de Julgamento: 05/11/2019, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL) (grifo nosso)

Para mais, no tocante a responsabilidade do agressor, o STJ fixou tese, ao julgar o tema repetitivo 983, que versava sobre a reparação cível por sentença condenatória em casos de violência contra a mulher. A tese firmada fora:

Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.

Significa dizer que há possibilidade de haver indenização, desde que haja pedido (ou da acusação ou da parte ofendida), mesmo que sem fixar valor. No mais,

tal indenização não se sujeita de instrução probatória sobre a ocorrência de dano, já que o dano é presumido. Logo, se a vítima desejar reparação cível terá que realizar pedido expresso.

Tal medida parece um tanto quanto frívola, ora, nas palavras do ministro relator Rogério Schietti Cruz, “O merecimento à indenização é ínsito à própria condição de vítima de violência doméstica e familiar. O dano, pois, é *in re ipsa*.”. Se o dano é presumido, o qual não precisa de prova, fazer com que a vítima faça pedido expresso de algo que é seu direito, já que o Código Civil preceitua que aquele que causar dano tem o dever de reparar (art. 927), não faz sentido. A violência doméstica é algo deveras grave, tanto que possui prioridade de tramitação, conseqüentemente o ressarcimento pelos danos causados deveria ser garantido a vítima de maneira autônoma.

Não há nenhum argumento que explique o porquê uma mulher sofre violência (seja ela física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral). A partir do momento em que se constrói uma relação o respeito deve ser uma de suas bases. Manifesta Dias (2008, p. 17) que a violência é uma forma de:

Compensar possíveis falhas no cumprimento ideal dos papéis de gênero. Quando um não está satisfeito com a atuação do outro, surge a guerra dos sexos. Cada um com suas armas: ele, os músculos; ela, as lágrimas. A mulher, por evidente, leva a pior e se torna vítima da violência masculina.

Uma mulher sempre deve ser respeitada, independentemente de sua cor, religião, classe social, profissão, idade, de optar por não ser mãe, de optar por não construir uma família, de optar por não se casar, de ser favorável ao aborto, de se dedicar a uma carreira, independentemente de qualquer escolha, uma mulher nunca será menos que um homem.

4 CONCLUSÃO

A reparação civil pelo ilícito penal causado proporcionará a mulher o efetivo acesso à justiça, bem como tenha usufruto da norma constitucional que dispõe a assistência à família por parte do Estado.

O mal causado é muito grave para que pare no âmbito criminal e não incida no âmbito cível. O agressor deve indenizar a vítima por tudo o que ela teve que suportar, porém, não são em todos os casos que isso acontece, pois, se a vítima tem interesse na reparação civil, terá que ingressar com ação de danos, e muitas vítimas não o fazem (seja por medo, seja por não querer mais contato com agressor, ou por simplesmente não ter interesse). Afinal, o bem jurídico de uma mulher deve ser protegido, e punir o agressor somente criminalmente gera para ela certa insegurança, e é evidente que se “mexer no bolso” do agressor, fará ele repensar em causar novamente mal tão grave.

Uma mulher sofre violência doméstica, vai até a delegacia de defesa da mulher (DDM) e registra um boletim de ocorrência. O procedimento é montado, diligências são realizadas e presume-se que são provados os atos do autor após a

realização de tais apurações (para incidência de responsabilidade civil há necessidade da comprovação do dano, tal qual é feito através das diligências realizadas). Ora, resta, portanto, o ingresso da ação de indenização, seja por danos morais e/ou materiais e/ou estéticos, visto que os elementos para tal já estarão arrolados.

Depois do oferecimento da denúncia o processo penal corre por impulso oficial. Mas o civil sequer tem seu início. Agora, se ambos tivessem o seu início junto, ou seja, o processo penal e o civil correrem por impulso oficial a partir do momento que o caso chega à justiça, ou seja, a partir do momento que o promotor oferece a denúncia se houvesse reflexo na esfera civil, tornaria algo célere, com economia processual, e traria a mulher um sentimento de que ela está sendo amparada por diversos meios.

Uma hipótese seria colocar isso diretamente na lei Maria da Penha para que seja adotado pelas autoridades e pelos tribunais (com efeito *erga omnes*), porém, tornar a lei Maria da Penha mais rigorosa não surtiria efeitos se a mulher optar por renunciar à reparação civil, por isso a ideia de ser algo incondicionado a vontade da vítima assim como o prosseguimento da denúncia.

Ante o exposto, os trâmites penais podem ser usados na esfera civil e assim a mulher que sofreu violência não tenha que somente passar por uma delegacia fazer boletim de ocorrência, prestar depoimento e juntar provas, mas que interfira diretamente no âmbito civil ou seja que a ação da violência gere a reação que é a incidência de responsabilidade civil para o agressor, para que assim chegue o mais perto possível de uma reparação efetiva para vítima, afirmando a ela a dignidade da pessoa humana e o acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. *E-book*.

BIANCHINI, Alice. **Coleção Saberes Monográficos - Lei Maria da Penha**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. *E-book*.

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

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. **Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo

Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 08 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. **Lei 14.188, de 28 de julho de 2021**. Define o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher previstas na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), em todo o território nacional; e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para modificar a modalidade da pena da lesão corporal simples cometida contra a mulher por razões da condição do sexo feminino e para criar o tipo penal de violência psicológica contra a mulher. Diário Oficial da União, Brasília, 29 de julho de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14188.htm. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo 983. Recurso Especial: 1675874/MS**. Recorrente : S C De M. Recorrido: A Dos S. Relator : Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília/DF. Data de Julgamento: 28/02/2018, Terceira Sessão. Data de Publicação: 08/03/2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/recprep/toc.jsp?livre=1675874&LREF=REPETITIVO&tema=983>. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Alagoas. **Conflito de Jurisdição: 05004213820198020000 AL 0500421-38.2019.8.02.0000**. Suscitante: Juízo da 12ª Vara Criminal da Capital. Suscitado: 4º Juizado da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Relator: Des. Washington Luiz D. Freitas. Maceió/AL. Data de Julgamento: 22/04/2020, Câmara Criminal. Data de Publicação: 22/04/2020. Disponível em: <https://tj-al.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/834411700/conflito-de-jurisdiacao-cj-5004213820198020000-al-0500421-3820198020000/inteiro-teor-834411708>. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. **Apelação: 03068241620158050080**. Apelante: Ministério Público. Apelado: Juthay Almeida De Sá; Vera Lúcia Rodrigues De Lemos Lima; e Daniel Brandão. Relator : Des. Aliomar Silva Britto. Salvador/BA. Data de Julgamento: 06/11/2018, Primeira Câmara Criminal, Primeira Turma. Data de Publicação: 12/11/2018. Disponível em: <https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/de39290d-8fad-3c76-866f-9284ae8740fd>. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Conflito Negativo de Jurisdição: 07186496820218070000**. Suscitante: Juízo do Juizado Especial Criminal de Ceilândia. Suscitado: Juízo Do 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra e Mulher de Ceilândia. Relator: Desembargador Silvanio Barbosa Dos Santos. Brasília/DF. Data de Julgamento: 04/08/2021, Câmara Criminal. Data de publicação: 13/08/2021. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BA>

SE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=07186496820218070000&numero=&tipoDeRelator=TODOS &dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação: 00030367520128190050**. Apelante: Andrea Paulo da Silva. Apelado: Leonardo Mendes Martins. Relator: Des. José Carlos Maldonado de Carvalho. Rio de Janeiro/RJ. Data de Julgamento: 05/11/2019, Primeira Câmara Cível. Data de Publicação: 05/11/2019. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/786953617/apelacao-apl-30367520128190050/inteiro-teor-786953634>. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Conflito de Jurisdição: 70075253062**. Suscitante: Protetora do Juizado Especial Adjunto de Canoas. Suscitado: Juíza de Direito do Juizado da Violência Doméstica de Canoas. Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes. Porto Alegre/RS. Data de Julgamento: 18/10/2017, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/10/2017. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/511755369/conflito-de-jurisdicao-cj-70075253062-rs/inteiro-teor-511755375>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Conflito de Jurisdição: 70084034495**. Suscitante: Dra. Juíza de Direito do Juizado Especial Criminal adjunto à 2ª Vara Criminal da Comarca de São Sebastião do Caí. Suscitado: Dra. Juíza de Direito do Juizado da Violência Doméstica adjunto à 1ª Vara Judicial da Comarca de São Sebastião do Caí. Relator: Des. José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre/RS. Data de Julgamento: 29/06/2020, Sétima Câmara Criminal. Data de Publicação: 09/10/2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70084034495&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão 10073900220188260510 SO 1007390-02.2018.8.26.0510**. Apelante: Bruna Fernanda Fontana Cyrino. Apelado: Diego Milano Bonatti. Relator: Fernanda Gomes Camacho. São Paulo/SP. Data de Julgamento: 08/08/2019, 5ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 08/08/2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/901203273/apelacao-civel-ac-10073900220188260510-sp-1007390-0220188260510/inteiro-teor-901203341>. Acesso em: 28 mar. 2021.

CABRAL, Karina Melissa. **Manual de direitos da mulher**: as relações familiares na atualidade, os direitos da mulher no código civil de 2002, o combate à violência doméstica – análise e aplicabilidade da lei Maria da Penha (lei 11.340/2006) e de acordo com a guarda compartilhada. Leme: Mundi editora e distribuidora, 2008.

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO de Presidente Prudente. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso.** 2021 – Presidente Prudente, 2020, 110p.

DIAS, Maria Berenice. **A lei maria da penha na justiça:** a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** Responsabilidade civil. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v.7.

FERRAZ, Carolina Valença. **Série IDP – Manual dos direitos da mulher,** 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. *E-book*.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. **Violência Doméstica Durante Pandemia de Covid-19 Edição 03.** 2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/violencia-domestica-durante-pandemia-de-covid-19-edicao-03/. Acesso em: 01 set. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP, DATAFOLHA - INSTITUTO DE PESQUISA. **Relatório Visível e Invisível:** A Vitimização de Mulheres no Brasil. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze.; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil:** Responsabilidade civil. 17 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019. v.3.

GONÇALVEZ, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro:** Responsabilidade civil. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v.4.

GONÇALVEZ, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** São Paulo: Editora Saraiva, 2019. *E-book*.

HAMMERSCHMIDT, Denise (coord.). **Tratado dos direitos das mulheres:** *treatise of women rights*. Porto: Juruá editorial, 2020.

INSTITUTO MARIA DA PENHA – IMP. **Quem é Maria Da Penha.** 2018. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 20 fev. 2021.

JESUS, Damásio de. **Violência contra a mulher:** aspectos criminais da Lei n. 11.340/2006, 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. *E-book*.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. **Entenda o ciclo da violência doméstica.** 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Violencia_Domestica/O_que_voce_precisa_saber/Mulheres_adultas/vd_mais/ciclo_violencia_domestica. Acesso em: 07 mar. 2021.

PICCIRILLO, Debora. Medidas protetivas na luta contra a violência doméstica. **G1 - O portal de notícias da Globo.** São Paulo, ago. 2021. Disponível em:

<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/08/07/medidas-protetivas-na-luta-contra-a-violencia-domestica.ghtml>. Acesso em: 01 set. 2021.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: lei 11.340/06 análise crítica e sistêmica**. 2 ed., rev., atual. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2012.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. *E-book*.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v.2.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. *E-book*.

O AGRAVAMENTO DO FENÔMENO DO *STALKING* EM DECORRÊNCIA DO FIM DAS RELAÇÕES CONJUGAIS INTERPRETADO À LUZ DO FEMINICÍDIO

PORTO, Livia Rodrigues⁴⁰
MOREIRA, Glauco Roberto Marques⁴¹

RESUMO: O presente artigo científico pretende analisar o agravamento do fenômeno *stalking* em decorrência do fim das relações conjugais e como tal prática influencia diretamente os crimes de feminicídio. Ademais, está se estudando a incidência do fenômeno no mundo, baseado em dados numéricos de diferentes países, bem como a legislação brasileira antes da criação da Lei nº 14.132/2021, que tipifica o crime de perseguição. De modo que seja possível analisar a relação entre o *stalking* e o feminicídio, abordando quais serão os bens jurídicos protegidos por esse novel tipo penal, demonstrando a sua importância. Nesta pesquisa, o estudo será desenvolvido por meio de um raciocínio lógico e dedutivo resultante das fontes e dados numéricos analisados dentro da bibliografia pesquisada, com o objetivo de apresentar conclusões sobre a tipificação do crime de perseguição.

Palavras-chave: *Stalking*. Feminicídio. Proteção. Bens Jurídicos. Relações Conjugais.

ABSTRACT: This scientific article intends to analyze the aggravation of the stalking phenomenon as a result of the end of marital relations and how this practice directly influences femicide crimes. Furthermore, the incidence of the phenomenon in the world is being studied, based on numerical data from different countries, as well as on Brazilian legislation before the creation of Law No. 14.132/2021, which typifies the crime of persecution. So that it is possible to analyze the relationship between stalking and femicide, addressing what will be the legal assets protected by this novel criminal type, demonstrating its importance. In this research, the study will be developed through a logical and deductive reasoning resulting from the sources and numerical data analyzed within the researched bibliography, in order to present conclusions about the typification of the crime of persecution.

Keywords: Stalking. Femicide. Protection. Legal Assets. Marital Relations.

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno do *stalking* passou a ser objeto de discussão e tema de grande importância para o cenário atual. Com o encurtamento das distâncias e a aproximação de indivíduos em decorrência da globalização e dos crescentes avanços tecnológicos, é necessário que a legislação penal também se adapte para proteger os bens jurídicos

⁴⁰ Discente do 1º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail liviarodporto@gmail.com.

⁴¹ Docente do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, advogado e Delegado de Polícia do Estado de São Paulo aposentado. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP. E-mail glaucomarques@toledoprudente.edu.br

em todas as esferas da sociedade. Logo, nesse cenário atual, se viu necessário a criação da Lei nº 14.132/2021, que tipifica o crime de perseguição.

Essa arte de *stalkear* vem se tornando cada vez mais frequente, porém não é uma coisa nova e já vem existindo a muito tempo. O *stalking* já era algo gritante antigamente e o filme “Atração Fatal” de 1987 e a música “*Every Breath You Take*” da banda *The Police* lançada em 1991 demonstram que essa conduta já estava ocorrendo, porém só foi solucionada no Brasil apenas em 2021.

Devido ao agravamento do número de casos onde, em especial, a mulher acaba sendo vítima da importunação do homem, muitas vezes motivada pelo fim da relação conjugal, fez com que tal fenômeno fosse considerado crime por ser justamente prejudicial à vítima ao ponto de violar sua liberdade, privacidade integridade física e psicológica. Sem dúvidas os maiores bens de um cidadão são os seus direitos devidamente respeitados, de modo que a tipificação desse crime para a proteção desses direitos, principalmente o direito à vida, é de suma importância.

Podemos ver claramente a conduta de *stalking* em “*You*”, uma série de TV norte-americana produzida para a *Netflix* que retrata a vida de Joe, um gerente de livrarias que conhece Beck, uma aspirante a escritora, por quem ele acaba se apaixonando. Porém, tal paixão acaba se tornando obsessiva ao ponto de Joe utilizar a internet e as mídias sociais como instrumento de pesquisa, buscando reunir ao máximo todas as informações pessoais de Beck para poder se aproximar e fazer com que ela também se apaixone por ele. Além do mais, Joe tem em mente o pensamento de eliminar qualquer obstáculo e pessoa que o impeça de alcançar o seu objetivo. O suspense da série é criado com base no fato de Beck não perceber que está em um relacionamento abusivo, e no que Joe irá fazer quando esse relacionamento chegar ao fim no momento em que ela perceber o que está vivenciando.

Neste trabalho, foi abordado no segundo capítulo como o *stalking* está inserido dentro da sociedade, utilizando de estatísticas e pesquisas bibliográficas que comprovam a sua relação com o crime de feminicídio. No terceiro capítulo foi estudado como o fenômeno era tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro até sua tipificação e por fim, no quarto capítulo refletimos como sua importância será notória para a proteção dos bens jurídicos integridade física e psicológica, liberdade individual, privacidade, bem como a vida das mulheres, que normalmente são os alvos desses tipos de crimes, resultando até mesmo em sua morte (feminicídio).

No desenvolvimento deste estudo foi realizada uma pesquisa histórica e bibliográfica utilizando o raciocínio lógico e dedutivo resultante das fontes e dados numéricos, nacionais e internacionais, partindo-se da análise dos diplomas legais em âmbito nacional e internacional analisados dentro da bibliografia pesquisada.

2 STALKING

O fenômeno do *stalking*, ou simplesmente chamado de perseguição, vem ocorrendo em todo o mundo e constantemente faz parte da vida de muitas mulheres na atualidade. Esse fenômeno pode ser definido como uma perseguição obsessiva,

muitas vezes da parte do homem, direcionada a uma pessoa específica, geralmente a mulher, em que o agente do fenômeno, o *stalker* (perseguidor em inglês), tem como seu principal objetivo perseguir a pessoa repetidamente utilizando de um ou vários meios, tanto com a proximidade física, indo atrás da vítima em sua residência, escola, faculdade ou no trabalho, quanto rastreando todos os seus passos e ações pelas redes sociais, enviando repetidamente mensagens que a vítima não deseja receber.

De fato, é um termo complexo de se conceituar, porém, ao se pensar que não é exigido nenhuma violência da parte do agente contra o alvo, e sim apenas um alto nível de medo que a vítima acaba vindo a sentir de ser agredida por conta das situações constantes, pode ser considerado *stalking*.

Segundo o Instituto Nacional de Justiça dos Estados Unidos (2007, s.p.):

Os comportamentos de perseguição também podem incluir padrões persistentes de deixar ou enviar itens indesejados à vítima ou presentes que podem variar de aparentemente romântico a bizarro, seguir ou ficar à espera da vítima, danificar ou ameaçar a propriedade da vítima, difamar a pessoa da vítima, ou assediar a vítima através da Internet, publicando informações pessoais ou espalhando boatos sobre a vítima (**tradução nossa**).⁴²

Como se pode notar, tais comportamentos realizados pelo *stalker* acaba sendo indesejado pela vítima, e dado que esse fenômeno é caracterizado pela sua constante repetição, faz com que a vítima fique esgotada psicologicamente com a tamanha insistência do homem ao procurá-la em momentos inoportunos, trazendo um sentimento de angústia por fazê-la sentir que está sendo observada o tempo todo.

2.1 Incidência No Mundo

É notório que nos dias de hoje o *stalking* atingiu a sua culminância no mundo, principalmente por conta de sua variação conhecida como *cyberstalking*, que consiste na perseguição cometida com o uso da tecnologia e redes sociais, e dado que a tecnologia está mais avançada do que décadas atrás, ela acaba sendo uma das principais fontes de que o *stalker* se utiliza para perseguir a vítima. Porém, diferentemente do que se é pensado, tal fenômeno não passou a ocorrer apenas nos tempos atuais, podemos observar casos que vêm ocorrendo há mais de 20 anos e em outros países.

O caso da atriz Rebecca Schaeffer, que ocorreu no estado da *Califórnia*, nos Estados Unidos, em 1989, foi um dos casos em que a vítima foi perseguida durante dois anos por um homem, na época seu fã, e que tal perseguição resultou na morte da atriz. O assassinato chocou a população da época, motivando o estado da *Califórnia* a fortalecer as leis de privacidade e a criar uma nova lei anti-perseguição.

⁴² No original: *Stalking behaviors also may include persistent patterns of leaving or sending the victim unwanted items or presents that may range from seemingly romantic to bizarre, following or laying in wait for the victim, damaging or threatening to damage the victim's property, defaming the victim's character, or harassing the victim via the Internet by posting personal information or spreading rumors about the victim.*

Segundo o Relatório Completo Sobre a Prevalência, Incidência e Consequências da Violência Contra a Mulher: Resultados da Pesquisa Nacional de Violência Contra a Mulher⁴³ (1988, p. 4) realizada nos Estados Unidos, de novembro de 1995 a maio de 1996, 8,1% das mulheres pesquisadas alegam ter sido perseguidas em algum momento de suas vidas e 1% delas relataram que o fato ocorreu nos 12 meses anteriores à pesquisa, em comparação, apenas 2,2% dos homens pesquisados alegam ter sido perseguidos, e 0,4% nos últimos 12 meses.

Damásio de Jesus (2008, s.p.) ainda ressalva:

Estima-se que, nos Estados Unidos, cerca de 1 milhão de mulheres e 400 mil homens foram vítimas de *stalking* em 2002. Na Inglaterra, a cada ano, 600 mil homens e 250 mil mulheres são perseguidos. Em Viena, desde 1996, existem informes da ocorrência de 40 mil casos; em 2004, em um grupo de mil mulheres entrevistadas por telefone, pelo menos uma em cada quatro foi molestada dessa forma.

Diante dessas estimativas, é possível perceber que o *stalking* ainda possui grande incidência na sociedade atual. No Brasil, "Dados do SOS Mulher apontam que mais de 1,7 mil casos de *stalking* foram relatados, mas, devido à lacuna da lei, pouco foi feito sobre o assunto, o que resultou em 29 mortes e 986 agressões só no ano passado (2018)" relatou a Senadora Rose Freitas. Tãmanha foi a importância de se resolver à lacuna da lei, que no dia 31 de março de 2021 foi sancionada a Lei nº 14.132/2021 que tipifica o crime de perseguição no Brasil, prometendo assegurar a integridade física e psicológica, liberdade e privacidade, especialmente a da mulher.

3 O STALKING COMO ESTÁGIO ANTERIOR AO FEMINICÍDIO

Cumpramos examinar que o legislador ao tipificar o crime de *stalking* teve como um dos principais objetivos o pensamento de que ao punir os crimes de pouca gravidade é possível evitar que os crimes de maior gravidade ocorram. É de se verificar ainda que a vítima mulher noticiava várias vezes a perseguição que vinha sofrendo, porém, em decorrência de o artigo vigente no tempo até a tipificação não qualificar a expressão "reiteradamente", tal ação de perseguição não passava de uma mera perturbação de sossego que aconteceu só naquele momento, assim, o termo "reiteradamente" passou a ser recebido como um novo elemento especializante pela tipificação do *stalking*.

3.1 Incidência No Mundo

De proêmio, ao se falar de *stalking*, tal acontecimento era meramente caracterizado como uma contravenção penal, ou seja, uma infração penal mais leve onde o infrator era detido com uma pena simples ou multa, ou ainda ambas. Tal

⁴³ No original: *Full Report of the Prevalence, Incidence, and Consequences of Violence Against Women: Findings From the National Violence Against Women Survey*

sanção era prevista no artigo 65 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais) e definia que o ato de molestar alguém ou perturbar a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável, era punido com prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Não há dúvidas de que o referido artigo não era o mais correto para ser aplicado ao fenômeno de *stalking*, de modo que o artigo 65 da LCP foi revogado com a tipificação do crime de perseguição definido no artigo 147-A, visto que o primeiro era caracterizado de forma geral à apenas uma perturbação do sossego e tranquilidade alheia, não levando em conta circunstâncias agravantes como o fato de a perturbação ser direcionada contra a mulher, simplesmente em condição do sexo feminino, e principalmente à ameaça psicológica que a vítima vem sofrendo.

Com efeito, essa primeira lacuna legislativa, foi atribuído que o fenômeno poderia ser punido com a lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como a Lei Maria da Penha, nos termos do artigo 7º, inciso II, modificado pela lei nº 13.772/18, *in verbis*:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Embora exista a Lei Maria da Penha, só será aplicado a medida protetiva de urgência prevista nesta lei caso a vítima da perseguição seja uma mulher, excluindo a possibilidade de medida protetiva aos homens que também sofrem desse mal. Por ser uma lei de caráter especial, as demais vítimas não protegidas por essa lei só estariam sujeitas à pena prevista no artigo supramencionado, e, ante a dificuldade na produção de provas, onde a vítima deve provar que a conduta do agente não é uma mera devoção e sim uma perseguição repetitiva, em conjunto com o fato da sanção ser uma pena simples, não possuínte de uma agravante, certamente seria um incentivo para que o indivíduo perseguidor venha a cometer tal contravenção com mais frequência.

Dessa maneira, com essa segunda lacuna legislativa, foi criado o Projeto de Lei nº 1369 de 2019, por iniciativa da Senadora Leila Barros, que busca a criminalização da perseguição, e que veio a ser aprovada pelo Congresso Nacional e conseqüentemente foi promulgada a Lei nº 14.132/2021, que acrescenta o artigo 147-A ao Código Penal, revogando o artigo 65 da Lei das Contravenções Penais, passando a ter a seguinte redação:

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a

capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I – contra criança, adolescente ou idoso;

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

§ 3º Somente se procede mediante representação.

Consoante se confere na redação deste dispositivo legal, a sua abrangência não ficou restrita somente à pessoa do sexo feminino, ou seja, quando a lei fala em perseguir alguém, não faz distinção entre sexos. Em outras palavras, todos estão sujeitos às penalidades deste tipo penal.

Por outro lado, o novel tipo penal, ao contrário do que constava na revogada contravenção penal, prevê circunstâncias agravantes quando o delito é praticado contra criança, adolescente, idoso e mulher.

3.2 Dos Motivos Que Ensejaram A Tipificação Do Crime

Feitas as considerações a respeito do processo para a tipificação do crime de *stalking*, é necessário agora esclarecer quais os motivos que ensejaram a criação da lei. É possível definir dois principais motivos que levaram à criação do novel tipo penal: 1) o agente não era punido adequadamente com a legislação penal em vigor, e 2) não havia proteção efetiva da mulher, corroborando para um crescente número de casos impunes, podendo muitas vezes se tornarem futuros casos de feminicídio.

Além do mais, é de se notar o quão costumeiro é o fato de o agente já ter sido companheiro da vítima, e por decorrência do fim da relação conjugal, começa a persegui-la com o objetivo comumente de reatar a relação. Os dados do Relatório Completo Sobre a Prevalência, Incidência e Consequências da Violência Contra a Mulher: Resultados da Pesquisa Nacional de Violência Contra a Mulher (1988, p. 4) realizada nos Estados Unidos, de novembro de 1995 a maio de 1996, caracteriza o perfil do perseguidor como sendo um conhecido da vítima:

A violência contra as mulheres é principalmente violência praticada pelo parceiro íntimo: 64% das mulheres que relataram ter sido estupradas, agredidas fisicamente e/ou perseguidas desde os 18 anos foram vítimas de um atual ou ex-marido, parceiro coabitante ou namorado. Em comparação, apenas 16,2% dos homens que relataram ter sido estuprados e/ou agredidos fisicamente desde os 18 anos foram vítimas de tal agressor (**tradução nossa**).⁴⁴

⁴⁴ No original: *Violence against women is primarily intimate partner violence: 64.0 percent of the women who reported being raped, physically assaulted, and/or stalked since age 18 were victimized by a current or former husband, cohabiting partner, boyfriend, or date. In comparison, only 16.2 percent of the men who reported being raped and/or physically assaulted since age 18 were victimized by such a perpetrator.*

Nesta senda, o *stalker* passa a tentar reatar o relacionamento a todo custo, e devido a reação negativa da vítima com a situação e a falta de progresso no alcance de seu objetivo, o indivíduo, com o pensamento doentio de “se ela não for minha, não será de mais ninguém” acaba utilizando da violência ao ponto de, em muitos casos, levar a mulher à morte.

A Senadora Leila Barros, ao justificar o Projeto de Lei que busca tipificar o *stalking*, cita um levantamento do *Stalking Resource Center*, dos Estados Unidos, onde relata que 54% das vítimas de feminicídio, antes de serem assassinadas, reportaram à polícia estarem sendo perseguidas. Isso, segundo ela, comprova que o *stalking* é, muitas vezes, um estágio anterior ao feminicídio, o que demonstra a importância de uma lei específica para solucionar esse problema.

Posto isto, é indubitável a existência de uma relação direta entre o *stalking* e o feminicídio.

4 O STALKING E A VIOLAÇÃO DOS BENS JURÍDICOS DA VÍTIMA

É inegável que a perseguição viola ou ao menos põe em risco os bens jurídicos da vítima, esses definidos como integridade física e psicológica, liberdade individual, privacidade e o risco da violação do direito à vida das mulheres, visto que o agente restringe a liberdade de locomoção de sua presa a partir do momento em que ele segue e prevê todos os passos que a mulher vai dar.

Tal comportamento cria um medo e uma sensação incômoda para a mulher de se sentir constantemente observada, agindo direto no seu psicológico. Essa atitude faz com que ela desconfie de tudo e de todos ao seu redor, muitas vezes desenvolvendo transtornos psicológicos, como a depressão, transtornos de ansiedade, auto isolamento, ataques do pânico, entre outros. Tudo isso por conta de uma perseguição obsessiva que causa dúvida e incerteza com relação ao que irá acontecer ao sair de sua casa, com medo até de não voltar no fim do dia para o seu lar.

Esses bens jurídicos mencionados têm como base a dignidade da pessoa humana, sendo ela um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito definido no inciso III do artigo 1º da Constituição brasileira⁴⁵. A dignidade da pessoa humana precede o próprio Estado, sendo um direito natural que deve ser atribuído para cada ser humano sem distinção.

Jurgen Habermas (2012, p. 12), como sendo um de seus principais defensores, relata que uma sociedade democrática deve estar construída com base nessa dignidade, definindo ela como:

[...] um sismógrafo que mostra o que é constitutivo para uma ordem jurídica democrática. [...] Somente a garantia desses direitos humanos cria o status de cidadãos que, como sujeitos de direitos iguais, pretendem ser respeitados em sua dignidade humana.

⁴⁵ “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: III - a dignidade da pessoa humana” (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Para fins de ilustração, ao se pensar no sismógrafo como um instrumento que mede vibrações da Terra para se prever um terremoto, nesse sentido, a dignidade da pessoa humana age como um ao medir o quanto uma sociedade é democrática em direitos: quanto menos presente a dignidade da pessoa humana na sociedade, menos direitos estão sendo garantidos.

Outro fato a ser ressaltado é o do bem jurídico liberdade ser infligido em múltiplas esferas ao mesmo tempo pela conduta do *stalking*. O trecho da Sentença do Tribunal de Instrução nº 3 de Navarra, Espanha (2016, p. 3), deixa claro quantos são os prejuízos em decorrência dessa conduta:

O bem jurídico aqui protegido é a liberdade de ação, entendida como a capacidade de decidir livremente. Os comportamentos de *stalking* afetam o processo de formação da vontade da vítima visto que a sensação de medo e inquietação ou angústia produzida pela constante perseguição por parte do *stalker*, leva ela a mudar seus hábitos, seus horários, seus locais de passagem, seus números de telefone, e-mail e até mesmo local de residência e trabalho **(tradução nossa)**.⁴⁶

Nessa situação é possível perceber que ao restringir a liberdade da mulher, o *stalker* conseqüentemente acaba adentrando na sua vida pessoal, em todas as esferas, sendo ela social, familiar ou até na profissional, interferindo diretamente nas escolhas da vítima ao impossibilitar que ela usufrua de seu livre-arbítrio ao realizar até seus hábitos mais simples. É essa conduta que muda a vida da mulher de repente, fazendo com que ela constantemente troque o número de telefone para evitar ligações indesejadas, evitando sair sozinha para lugares que frequentava, mudando os seus horários para que o *stalker* não perceba mais qual é a sua rotina, tendo até que sair de um emprego bem remunerado e de uma casa com uma localização que lhe agradava por conta de um homem que retirou seu direito de escolha.

Em relação à esfera privada, a conduta do *stalker* viola os direitos à privacidade da mulher, sendo eles a honra e a intimidade, definidos no artigo 5º, inciso X, dizendo que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Relativos direitos ainda são protegidos pelo tratado internacional Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, popularmente conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 11, *in verbis*:

Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

⁴⁶ No original: *El bien jurídico protegido aquí es la libertad de obrar, entendida como la capacidad de decidir libremente. Las conductas de stalking afectan al proceso de formación de la voluntad de la víctima en tanto que la sensación de temor e intranquilidad o angustia que produce el repetido acechamiento por parte del acosador, le lleva a cambiar sus hábitos, sus horarios, sus lugares de paso, sus números de teléfono, cuentas de correo electrónico e incluso de lugar de residencia y trabajo.*

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Conforme se extrai deste diploma legal é que os países signatários, sendo um deles o Brasil, devem segui-lo de maneira que os direitos à honra e à dignidade sejam garantidos e protegidos em seu território, assumindo o tratado como um pilar crucial na criação de normas e, se necessário, até de leis penais que tipificam um novo crime (como o que ocorreu com o crime de perseguição), para resguardar esses direitos, mostrando o comprometimento do Brasil para com o tratado.

Assim, com a tipificação do crime de *stalking* é notável a sua contribuição ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como é cristalina a sua importância para com a proteção dos bens jurídicos integridade física e psicológica, liberdade, privacidade e principalmente o perigo de feminicídio que a mulher poderia vir a sofrer.

5 CONCLUSÃO

O fenômeno de *stalking*, em que pese já estar ocorrendo pelo menos desde meados do século XX, só teve a sua tipificação em 31 de março de 2021 com o objetivo principal de punir a conduta de perseguição que muitas vezes resulta em casos de feminicídio. Os dados apontados demonstram que grande parte dos stalkers já foram companheiros das vítimas, e por decorrência do fim da relação conjugal, o agente começa a persegui-la com o objetivo comumente de reatar a relação.

Hoje se faz necessária a tutela jurídica para evitar esse acontecimento, instaurando assim o artigo 147-A no Código Penal que tipifica o crime de perseguição e traz o termo “reiteradamente” como um novo elemento especializante juntamente com circunstâncias agravantes como o fato de a perturbação ser direcionada contra a mulher, simplesmente em condição do sexo feminino, e principalmente à ameaça psicológica que a vítima vem sofrendo. Tais elementos não eram encontrados na contravenção penal prevista no artigo 65 da Lei das Contravenções Penais que foi revogado justamente por esse artigo 147-A.

Os bens jurídicos liberdade, privacidade, integridade física e psicológica, bem como o risco à vida da vítima, são baseados na dignidade da pessoa humana, sendo essa última uma garantia constitucional que deve ser validada por um Estado Democrático de Direitos. Estes bens jurídicos ainda são protegidos internacionalmente pelo Pacto de São José da Costa Rica, e o Brasil como signatário desse tratado deve cumprir com o exposto.

Com base no trabalho realizado, foi possível perceber o quanto é necessário que a legislação acompanhe as mudanças sociais para que todos os direitos, de todas as pessoas, sejam garantidos na sociedade, bem como a importância da tipificação do crime de *stalking* ir muito além de não só proteger os bens jurídicos da mulher, mas também de impedir que casos concretos de perseguição se tornem futuros casos de feminicídio, dando voz às vítimas e contribuindo para a proteção de um dos bens jurídicos mais preciosos que o cidadão pode ter, o direito à vida.

REFERÊNCIAS

AMERICANOS, Organização dos Estados. Convenção Americana de Direitos Humanos (**“Pacto de San José de Costa Rica”**). 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.ht>. Acesso em: 27 abr. 2021.

ARAUJO, Júlio Cezar. **Rebecca Schaeffer**: o triste fim de uma estrela. 2020. Disponível em: <https://www.megacurioso.com.br/misterios/114085-rebecca-schaeffer-o-triste-fim-de-uma-estrela.htm>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm#art65. Acesso em: 21 abr. 2021

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (**Lei Maria da Penha**). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 21 abr. 2021

BRASIL. **Lei nº 14.132, de 31 de março de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14132.htm#art2. Acesso em: 21 abr. 2021

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” de Presidente Prudente. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. **Sentença nº 0000260/2016**. Navarro, Espanha. 2016, p. 3. Disponível em: <https://www.lawandtrends.com/files/fichero/name/63/20160323%20JPI%20Tudela%20acosos-stalking.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**: um ensaio. Trad. Denilson Luís Werle; Luiz Repa; Rúrion Melo. São Paulo: UNESP, 2012, p. 12.

JESUS, Damásio de. **Stalking**. Teresina: Revista Jus navigandi, 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10846/stalking>. Acesso em: 09 abr. 2021.

JUSTICE, National Institute of. **Overview of Stalking**. Washington, D.C., U.S.A. 2007. Disponível em: <https://nij.ojp.gov/topics/articles/overview-stalking#citation--0>. Acesso em: 09 abr. 2021.

SENADO, Agência. **CCJ pretende criminalizar prática de perseguição obsessiva, o 'stalking'**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/07/03/ccj-pretende-criminalizar-pratica-de-perseguiacao-obsessiva-o-2018stalking2019>. Acesso em: 08 abr. 2021

SENADO, Agência. **Senado pode aprovar criação do crime de 'stalking'**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/03/08/senado-pode-aprovar-criacao-do-crime-de-stalking>. Acesso em: 21 abr. 2021.

SÉRIE, Minha. **You (2018)**. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/minha-serie/you-2018>. Acesso em: 15 jun. 2021.

TJADEN, Patricia; THOENNES, Nancy. **Full Report of the Prevalence, Incidence, and Consequences of Violence Against Women: Findings From the National Violence Against Women Survey**. Washington, D.C., U.S.A., 1988, p. 4. Disponível em: <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/183781.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2021. br. 2021.

O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E SUA APLICAÇÃO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

REBES, Beatriz Ferruzzi⁴⁷
AQUOTTI, Marcus Vinicius Feltrim⁴⁸

RESUMO: O presente trabalho estuda os aspectos decorrentes do princípio da fraternidade como nova ordem constitucional brasileira. Tal princípio foi um dos pilares da Revolução Francesa, juntamente com a liberdade e igualdade, mas ganhou notoriedade política e jurídica apenas com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, sendo consagrado no Brasil com a Constituição Federal de 1988. Não por coincidência, essa Constituição foi elaborada após o fim do Regime Militar no Brasil, e trouxe consigo notáveis progressos sociais, por meios de mecanismos de participação, solidariedade e fraternidade. Veremos que o mesmo raciocínio tem sido seguido por todo o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que tem buscado efetivar tal princípio na garantia dos direitos humanos, principalmente por meio das sentenças e das opiniões consultivas emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Fraternidade. Revolução Francesa. Declaração Universal de Direitos Humanos. Constituição Federal. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

ABSTRACT: The present work studies the aspects arising from the principle of fraternity as a new Brazilian constitutional order. This principle was one of the pillars of the French Revolution, along with freedom and equality, but it gained political and legal notoriety only with the Universal Declaration of Human Rights of 1948, being enshrined in Brazil with the Federal Constitution of 1988. Not coincidentally, this one Constitution was drawn up after the end of the Military Regime in Brazil, and brought with it notable social progress, through mechanisms of participation, solidarity and fraternity. We will see that the same reasoning has been followed throughout the Inter-American Human Rights System, which has sought to put this principle into effect in the guarantee of human rights, mainly through the judgments and advisory opinions issued by the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: Fraternity. French Revolution. Universal Declaration of Human Rights. Federal Constitution. Inter-American Court of Human Rights.

⁴⁷Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Autônoma de Chiapas (México); Pós-graduanda em Direitos Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Advogada. E-mail: beatrizfrees@gmail.com.

⁴⁸Doutorando em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru, Mestre em Direito Penal pela Universidade de Franca, e professor de Direito Penal do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: marcusvinicius@toledoprudente.edu.br.

1 INTRODUÇÃO

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, os Estados passaram a enxergar de maneira mais clara a necessidade de conferirem uma maior proteção aos direitos humanos dos indivíduos, em decorrência das atrocidades cometidas durante o conflito. Nesse contexto, foi estabelecido o sistema global de proteção aos direitos humanos através da criação da Organização das Nações Unidas, bem como foi elaborada a Declaração Universal de Direitos Humanos.

Apesar da grande atenção direcionada aos princípios da liberdade e da igualdade após a Revolução Francesa de 1789, o princípio da fraternidade foi, de certa forma. Tal princípio foi positivado apenas em meados do século XX, justamente pela Declaração Universal de Direitos Humanos e pela Constituição Francesa de 1793.

Nessa linha, em 1988 a Constituição Brasileira citou o termo “sociedade fraterna” no seu preâmbulo. Nesse cenário, o papel do Poder Judiciário tornou-se de fundamental importância e sistemática para a aplicação desse princípio na resolução dos conflitos e casos concretos.

Os intérpretes do direito, tanto em nível nacional quanto nas cortes internacionais, devem prezar pela aplicação da fraternidade com a devida cautela de manter a autoridade oriunda da confiança que a sociedade deposita na moralidade de suas decisões, não cabendo a possibilidade de interferências políticas.

Por isso, o presente trabalho analisa os conceitos e origens do princípio a fraternidade, e seus desdobramentos na Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Supremo Tribunal Federal brasileiro, além de investigar a categoria jurídica desse princípio, as consequências práticas da sua localização topográfica no dispositivo constitucional brasileiro e sua identidade com os demais princípios basilares dos direitos humanos.

2 DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NA HISTÓRIA E NO ORDENAMENTO JURÍDICO MUNDIAL

De todas as Revoluções ocorridas ao longa da história, a Revolução Francesa foi, sem qualquer dúvida, uma das mais importantes e marcantes para a humanidade. Ocorrida em 1789, representou um passo efetivo e marcante na defesa dos direitos fundamentais e essenciais para o ser humano, em especial direitos ligados à liberdade do indivíduo.

Entretanto, três princípios constituem os conhecidos lemas desta Revolução, quais sejam: liberdade, igualdade e fraternidade. Apesar disto, a partir desta data, verificamos não apenas na França, palco de tal revolução, mas nos demais países do mundo uma crescente busca e valorização dos direitos fundamentais do indivíduo.

Isso se deve ao longo período em que a humanidade sofreu sob o domínio de déspotas que centralizavam em suas mãos todo o exercício do poder, sendo necessário que, a partir de Montesquieu, a sociedade pensasse na tripartição do exercício desse poder, a ser feito por órgãos e pessoas diversas, a fim de evitar a

centralização de tal exercício e as arbitrariedades e abusos que podem ser verificados ao longo da história da humanidade.

Sabemos também que a ideia de tripartição de poder pode ser verificada antes mesmo de Montesquieu, tendo em vista que Aristóteles já apresentava tal pensamento.

O certo é que a busca pela defesa da liberdade sempre esteve presente nos estudos de diversos pensadores e filósofos ao longo da história da humanidade, tendo a Revolução Francesa apresentado em seu lema a necessidade de defesa não somente deste direito mas, também, dos outros dois ligados a igualdade e a fraternidade.

Nesse sentido, além da liberdade, verifica-se que, vários países também normatizaram a igualdade, sendo tal princípio prestigiado em textos constitucionais, como a Constituição de Weimar (1919), na Alemanha, bem como a Constituição do México (1917), além de Constituições de outros países, tanto do velho como do novo mundo, impulsionados pela necessidade de proteção do indivíduo e do ser humano, em virtude da crescente Revolução Industrial que oprimia o trabalhador.

A proteção estatal passou a ser necessária para que os trabalhadores, por exemplo, não sucumbissem diante da ganância da sociedade burguesa, estamento este que ascendia ao poder econômico, abandonando a classe operária da qual tinha se unido para eclodir a Revolução Francesa e combater o absolutismo e os privilégios da nobreza e do clero.

O terceiro lema da Revolução Francesa, o princípio da fraternidade, por sua vez, não teve o mesmo prestígio dos dois anteriores, erguidos em defesa da sociedade e contra a monarquia absolutista francesa. Por este motivo, tal princípio ficou conhecido como o princípio esquecido, já que não recebeu o mesmo tratamento dos princípios da liberdade e igualdade, apesar de possuir a mesma importância.

Tal princípio, apesar de insculpido no lema da Revolução Francesa, não foi prestigiado nem mesmo nas constituições francesas, já que a de 1789, conhecida como Declaração de Direito do Homem e do Cidadão não tratava da fraternidade expressamente, amparando apenas a igualdade e a liberdade.

As constituições subseqüentes também tiveram esta lacuna, sendo que somente em 1848 o texto constitucional do país mencionou a fraternidade no seu preâmbulo, como princípio republicano.

Na Constituição francesa de 1958 encontramos o princípio da fraternidade normatizado, mais especificamente no segundo artigo, o que prestigiou a previsão e a expansão deste princípio, que era, até então, esquecido.

Assim, verifica-se que, apesar da França figurar como palco da importante e expressiva Revolução Francesa, não foi nos seus textos constitucionais que a fraternidade encontrou importância e consolidação.

Alguns defendem que a origem e fonte do princípio da fraternidade estão representadas nas ideias do filósofo Étienne de La Boétie, que no século XVI já fazia menção a tal princípio.

Há, para outros, no pensamento grego, mais especificamente em Aristóteles, menção a tal princípio, já que este filósofo abordava as virtudes, dentre elas a

amizade. Para Aristóteles haviam três tipos de amizade: por interesse, por prazer, e a verdadeira, chamada por ele de virtuosa e considerada a mais rara e importante dentre as três.

Aristóteles afirma que, “quando os homens são amigos não necessitam de justiça, ao passo que mesmos os justos necessitam também da amizade; e considera-se que a mais autêntica forma de justiça é uma espécie de amizade.” (ARISTÓTELES, 2003, p. 175).

A ideia de fraternidade para os gregos é semelhante a ideia de outro povo da antiguidade, os judeus os ligam o princípio aos ideais de família, nação e povo, não havendo uma ideia de sua aplicação a toda e qualquer pessoa, tratando a todos como iguais ou como irmãos.

Essa ideia de fraternidade ampla e irrestrita, que deveria ser aplicada a todas as pessoas, voltada para um humanismo integral e amplo, foi difundida com as ideias do cristianismo, o qual consolidou a fraternidade genuína, sincera, ampla e irrestrita, não apenas no âmbito da família ou da nação, mas, também, aos estrangeiros, gentios, excluídos e marginalizados pela sociedade, independentemente de raça, cor ou origem.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, traz dispositivos que defendem que todos devem ser livres e iguais em dignidade e direitos, bem como são dotados de consciência e vontade, devendo agir com relação uns aos outros com espírito de fraternidade. Tal prestigia a fraternidade como um princípio importante e que deve ser observado em todas as sociedades (artigo primeiro).

Além disso, podemos citar outros artigos que, ainda que implicitamente, asseguram os ideais da fraternidade entre todos os povos, como o segundo:

Art. 2º - Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

O Pacto de São José da Costa Rica (CADH, de 1969) também traz em seu preâmbulo a ideia de fraternidade, ao assegurar a todos os seres humanos o direito a uma proteção internacional:

Os Estados Americanos signatários da presente Convenção, Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais;
Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos;
Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do

Homem, e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional;

Feitas as devidas análises a respeito das origens históricas do postulado da fraternidade e de como ela foi introduzida nos mais importantes instrumentos em âmbito global e regional americano, passamos a analisar seu tratamento pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988.

2.1 Princípio da Fraternidade na Constituição Federal Brasileira

O preâmbulo da Constituição traz a previsão de uma sociedade livre, justa e solidária, afirmando expressamente tratar-se de valores de uma sociedade fraterna:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a 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, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Isso indica que a sociedade brasileira busca defender e implementar direitos e garantias que protejam a liberdade do indivíduo, mas também que implementem a igualdade e a fraternidade por meio de seus direitos sociais, sendo que a fraternidade se relaciona também com a proteção de direitos relacionados com o meio ambiente, pessoas vulneráveis, minorias, povos originários (índios), pessoas menos favorecidas, a fim de que todos tenham a mesma oportunidade de terem seus direitos fundamentais devidamente respeitados.

O fato da fraternidade estar prevista no preâmbulo da Constituição indica que ela serve de parâmetro para a elaboração de todo o texto constitucional, tratando-se de um princípio norteador das normas ali positivadas.

Quanto a isto surgem três entendimentos sobre a natureza jurídica do princípio da fraternidade na Constituição Federal de 1988. O primeiro defende que a fraternidade seria uma irrelevância jurídica, sem qualquer valor normativo, já que não é prevista expressamente pelo corpo constitucional. O segundo atribui à fraternidade a mesma eficácia das demais normas constitucionais, tendo em vista que está prevista no preâmbulo da Constituição, o qual constitui um conjunto de preceitos com valor normativo. A terceira corrente, por fim, fala que a fraternidade tem uma relevância específica ou indireta, isto porque o preâmbulo não estaria no domínio do jurídico, portanto, não possui força normativa. No entanto, entende-se que ele traz diretrizes que lhe dariam força de norteador para o constituinte, orientando e fixando diretrizes para embasar todas as demais normas constitucionais.

Apesar de ser uma corrente minoritária, alguns autores defendem a força normativa do preâmbulo. Nesse sentido, mencionamos o entendimento de Walber de Moura Agra (2009, p. 93):

O preâmbulo constitucional tem natureza jurídica definida, ou seja, faz parte da Constituição, com força normativa, tendo ainda a função de servir à interpretação das normas constitucionais restantes. A conclusão mencionada se deve à tese defendida por Pontes de Miranda de que na Constituição não existem palavras inúteis. O preâmbulo concebe as diretrizes filosóficas e ideológicas que serão confirmadas ao longo da Lei Maior.

José Afonso da Silva, por sua vez, entende que o preâmbulo tem a força de trazer uma função diretiva e pragmática de levar ou fazer com que o Estado observe a fraternidade nos seus textos, nas normas e nos programas de governo, ou seja, na própria República. (SILVA, 2010, p. 25).

Para Paulo Bonavides, o preâmbulo é uma espécie de ideologia constitucional, ou seja, traz a ideia ou ideologia que deverá ser observada durante toda a elaboração da constituição. Nesse sentido, a fraternidade é de suma importância, pois está prevista no preâmbulo e deve impregnar todo o texto constitucional. (BONAVIDES, 2012, p. 197)

Jorge Miranda, também entende que o preâmbulo seria uma parte integrante da constituição.

Dessa maneira também entende o doutrinador Paulo de Barros Carvalho (2010, pp. 93-94):

[...]ao redigir o texto do Preâmbulo a Assembleia Constituinte seguiu o itinerário previsto na norma fundamental que lhe deu competência e, portanto, fundamento e validade. O Preâmbulo, uma vez anunciado, torna-se norma válida, tendo em vista que é produzido por órgão competente perante o sistema e consoante o procedimento nele admitido, realizando o próprio direito.

Independente da força normativa do preâmbulo da Constituição Federal do Brasil, podemos concluir que, ao citar os ideais de uma sociedade livre, justa e fraterna, o constituinte buscou claramente apresentar que em nossa República todo indivíduo será protegido contra abusos e arbitrariedade relacionados a seus direitos básicos e fundamentais. Além disso, suas necessidades básicas também deverão ser atendidas por meio de políticas públicas estatais. E o Estado ainda, contribuirá com que tais direitos sejam respeitados internacionalmente por todos os Estados estrangeiros, baseando-se nos ideais da fraternidade.

3 PERSPECTIVA DO DIREITO FRATERNAL APLICADA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Conforme asseveramos anteriormente, o Constituinte conferiu não apenas ao poder público, mas à toda sociedade, a missão de trabalhar por uma Sociedade

Fraterna, ou seja, uma sociedade que tenha o objetivo de assegurar uma existência digna à todos, de acordo com os parâmetros de justiça social.

Sobre a relação entre a evolução da humanidade e o Direito Fraternal, destacamos os ensinamentos de Eligio Restá (2020, p. 14):

A humanidade, então, despojada de seu conteúdo metafísico, faz encontrarmos descobertos diante das nossas responsabilidades na seara dos Direitos Humanos: é possível que o Direito Fraternal seja a forma na qual pode crescer um processo de autorresponsabilização, desde que o reconhecimento do compartilhamento se libere da rivalidade destrutiva típica do modelo dos ‘irmãos inimigos’. É Fato que a identificação do “inimigo” está sempre voltada à manutenção dos confins territoriais e identitários. Por isso, entende-se como fundamental o debate dos anos 1930, espantosamente atual, entre Freud e Einstein, em que os temas da guerra e da paz se cruzam com a “força do direito”, mas, sobretudo, com a questão acerca do significado do que pode ser o amigo da humanidade.

Diante disso, vemos que a aplicação de um Direito Fraternal está diretamente interligada com a mudança de relações entre um Estado e outro, tendo em vista que a fraternidade requer o desenvolvimento de uma relação de harmonia, ao contrário da ideia de Estados inimigos, tão presente no decorrer de toda a história.

O autor Eligio Restá assevera ainda que, esse processo de criação de uma sociedade mundial teve seu início com o surgimento de importantes documentos internacionais, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos, Pactos Internacionais e a Carta que deu origem à Organização das Nações Unidas (ONU). Esse fenômeno de globalização da proteção de Direitos Humanos instituiu comunidades reais, em que o binômio Estado-Constituição é refletido na relação Estado-comunidade:

Isto explica, então, a centralidade de um sistema de resolução dos conflitos que encontra nas Cortes de justiça europeias seu lugar público. Não se trata de pensar em uma nova versão da “república dos juizes”, mas em qualquer coisa que se relaciona com o problema da “custódia da Constituição”. Se a esfera pública está no reconhecimento dos Direitos Fundamentais do homem e esses só podem ser dirigidos contra os poderes, as Cortes são o lugar onde se articula a democracia.

(...)

Nisso, a linguagem usada no texto legislativo da Corte parece significativa: não se fala tanto de proibição ou de sanções quanto de espaços de liberdade e de reconhecimento; o direito que corresponde a esta ideia de política é *soft*, leve, menos invasivo de quanto pode ser o de um sistema constitucional interno a um Estado-nação. Deixa abertas as possibilidades, como deveria fazer um direito separado da moral que queria renunciar à colonização de todos os âmbitos da vida. O exemplo mais evidente é o da bioética, em que somente se veta a clonagem reprodutiva, mas não se chega a proibir alguma possibilidade de avanço terapêutico. Se, ao centro, coloca-se a dignidade da pessoa (art. 1), cada solução demasiadamente restritiva poderia significar uma forte contradição. A forma do Direito, se sabe, não é irrelevante para a vida da comunidade política (RODOTÁ, 1999). Agora, escolher um direito leve ou banir a violência (da tortura, da pena de morte, do trabalho forçado, da escravidão velha e nova) significa que se decide compartilhar uma forma de vida. Não se espera quiçá qual *ethnos* particular, mas se compartilha uma ideia de *demos* que quer fazer regras comuns de vida, não violentas e mais solidárias.

Portanto, a Europa não seria exatamente um Estado nem uma sociedade, mas uma tendência de Estado em processo de institucionalização, graças à e em função da paz. O banimento da violência asseguraria a paz, mas esta seria condição necessária, porém ainda insuficiente para a estadualização. Estaríamos ainda, portanto, em uma fase de “sistematização de relações civis”, que requerem ulteriores formalizações e progressivas construções de espaços públicos, ou melhor, de um verdadeiro e próprio “público europeu”. (RESTA, 2020, pp; 59-60)

Nesse sentido, o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos tem demonstrado, com frequência, que a fraternidade deve ser observada no que diz respeito à busca por uma sociedade global:

O que é importante é que hoje se torna sempre mais concreta a tentativa de pensar o direito em relação à civitas máximas e não às pequenas pátrias dos Estados: tantos, demasiados, em aumento desde que as constelações pós-nacionais foram desmoronando, como mostrou Habermas (RESTA, 2004, p. 13).

A ideia de Sociedade Fraterna é amplamente utilizada pela Corte Interamericana nos casos envolvendo direitos de migração. Como exemplo disso podemos citar a Opinião Consultiva nº 18/03, de 17/09/2003, referente à condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados, solicitada pelo México.

Em suas considerações, o Estado mexicano afirmou que:

Os trabalhadores migrantes, bem como o restante das pessoas, devem ter garantido o desfrute e exercício dos direitos humanos nos Estados onde residem. Entretanto, sua vulnerabilidade os torna alvo fácil de violações a seus direitos humanos, em especial baseadas em critérios de discriminação e, em consequência, coloca-os em uma situação de desigualdade perante a lei quanto ao desfrute e exercício efetivos destes direitos. (PAIVA; HEEMANN, 2020, p. 492)

Por unanimidade, a Corte reconheceu que os direitos fundamentais devem ser garantidos pelos Estados, a todo e qualquer cidadão, tanto internamente quanto internacionalmente, e independentemente de se tratar de pessoa migrante ou não. Dessa forma, o fato de ser migrante não pode servir de justificativa para a privação de direitos do indivíduo:

(...)

3. o princípio da igualdade e não discriminação possui caráter fundamental para a proteção dos direitos humanos tanto no Direito Internacional como no interno.

4. o princípio fundamental de igualdade e não discriminação faz parte do Direito Internacional geral, à medida em que é aplicável a todos os Estados, independentemente de que seja parte ou não em determinado tratado internacional. Na atual etapa da evolução do Direito Internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação ingressou no domínio do *jus cogens*.

(...)

8. a qualidade migratória de uma pessoa não pode constituir uma justificativa para privá-la do desfrute e do exercício de seus direitos humanos

(...)

9. o Estado tem obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos trabalhistas de todos os trabalhadores, independentemente de sua condição de nacionais ou estrangeiros

(...)

11. os Estados não podem subordinar ou condicionar a observância do princípio de igualdade perante a lei e de não discriminação à consecução dos objetivos de suas políticas públicas, quaisquer que sejam estas, incluídas as de caráter migratório. (PAIVA; HEEMANN, 2020, pp. 494-495)

O autor André Pires Gontijo ressalta a importância do parecer da Corte, em matéria de direito fraterno:

No plano interamericano, a Corte Interamericana ampliou o conteúdo material do *jus cogens*, de modo a contemplar o princípio da igualdade e da não-discriminação, quando da abordagem do tema pela Opinião Consultiva n. 18, emitida em 17/09/2003, sobre a Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Sem Documentos. Na opinião da Corte, os Estados Partes têm o dever de respeitar e assegurar o conteúdo essencial dos direitos humanos à luz do princípio da igualdade e da não-discriminação, e que qualquer tratamento de cunho discriminatório, no que tange ao exercício de tais direitos (inclusive os direitos sociais, de caráter trabalhista), incorrerá na responsabilidade dos Estados, porquanto referido princípio fundamental ingressou no espectro material de incidência do *jus cogens* (GONTIJO, 2015, p. 420).

Segundo Eligio Resta o parecer supramencionado se relaciona com a teoria do Direito Fraterno e seus pressupostos. Sendo que o primeiro pressuposto seria o compromisso fraterno conjunto, assumido como regra de convivência, e que deve ser parâmetro de convivência para os países que fazem parte do Sistema Interamericano. O segundo pressuposto, por sua vez, atribui ao direito fraterno um caráter livre, inserindo-o em um espaço político aberto, o qual não é limitado por questões políticas e geográficas (RESTA, 2004, pp. 133-134).

O pressuposto três questiona a aplicação da cidadania como fator de exclusão, afirmando que a humanidade deve ser considerada um ponto comum, onde os direitos humanos serão preservados. O quarto pressuposto destaca a diferença entre ser homem e possuir humanidade. Já, o quinto pressuposto define o direito fraterno como um direito não violento, isto é, um direito que destrói o binômio amigo/inimigo (RESTA, 2004, p. 134).

O sexto pressuposto coloca o direito fraterno em posição contrária às minorias que exercem o domínio. Dessa forma, a união dos Estados através do Sistema Interamericano tem como um dos objetivos primordiais assegurar direitos humanos e garantias fundamentais para todos (RESTA, 2004, p. 135).

A ideia do pressuposto anterior é complementada pelo pressuposto de número sete, o qual define a fraternidade como direito inclusivo. Por fim, o pressuposto oito conclui a teoria, apontando o direito fraterno como uma aposta, e que apostar na fraternidade consiste em reconhecer que todos são titulares de direito, independentemente de suas respectivas realidades (RESTA, 2004, p. 133).

4 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Antes de analisar casos concretos, é importante destacar que para a Suprema Corte brasileira, o preâmbulo constitucional possui eficácia jurídica meramente indireta:

Como já referido, o preâmbulo ostenta a mesma origem das demais previsões constitucionais, não sendo consistente a posição de lhe negar, em caráter geral, qualquer valor jurídico, sobretudo em razão da unidade da Constituição. Esta conclusão, entretanto, não resulta em autonomia do preâmbulo, que deve ser entendido como vetor interpretativo – e em alguma medida de integração – das normas constitucionais, não detendo, portanto, a mesma eficácia das demais previsões contidas na Carta” (BARCELLOS; BARROSO, 2018, p. 107).

Nesse sentido, também afirmam Sarlet, Marioni e Mitidiero:

Assim, como já se teve oportunidade de constatar, a orientação majoritária na doutrina e atualmente em vigor no STF admite que o Preâmbulo tenha eficácia normativa indireta e não autônoma, como parâmetro auxiliar para a interpretação e aplicação do direito e argumento adicional para a fundamentação de decisões judiciais. (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2019, p. 81)

A Corte já aplicou as ideias de direito fraternal em alguns casos, como por exemplo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, ajuizada pela Procuradoria Geral da República, com o objetivo de obter o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, bem como que essas uniões fossem amparadas pelos mesmos dispositivos que regulamentam a união estável.

A decisão foi favorável e unânime entre os ministros, e especificamente sobre o direito fraternal, merece destaque trecho do voto do Relator Ministro Carlos Ayres Britto merecem destaque:

“Bem de todos”, portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se prefere, “bem de todos” enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade. O que já nos remete para o preâmbulo da nossa Lei Fundamental, consagrador do “Constitucionalismo fraternal” sobre que discorro no capítulo de nº VI da obra “Teoria da Constituição”, Editora Saraiva, 2003. Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a “inclusão social”), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para ser identificados pelo nome de “homoafetivos”. Isto de parilha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, a plena aceitação e subsequente

experimentação do pluralismo sócio-político-cultural. Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º). Mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista a respeitosa convivência dos contrários. Respeitosa convivência dos contrários que John Rawls interpreta como a superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa. Daí conceber um “princípio de diferença”, também estudado por Francesco Viola sob o conceito de “similitude”.

Outro caso emblemático da Corte brasileira é o da Ação de Inconstitucionalidade nº 5357, em que a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) discutia a obrigatoriedade de escolas privadas oferecerem serviços educacionais específicos e inclusivos para pessoas com deficiência. Nesse caso, o pedido foi indeferido pela maioria dos ministros, e o acórdão destacou a necessidade da concretização de uma sociedade justa e solidária. O ministro Teori Zavascki, inclusive, citou expressamente o princípio da fraternidade em seu voto:

Relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, por unanimidade, em converter o julgamento do referendo da cautelar em julgamento de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, vencido, no ponto, o Ministro Marco Aurélio, que a julgava parcialmente procedente. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Nos termos do voto do Min. Relator Edson Fachin, assentou-se que a Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV. À luz da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e da Constituição da República, somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV, CRFB).

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Senhor Presidente, também acompanharei o Relator em todas as suas proposições. Gostaria de cumprimentá-lo pelo voto. É um voto magnífico no exame dessa questão. A mim, particularmente, emociona-me o argumento relacionado à importância que tem, para as crianças sem deficiência, a convivência com crianças com deficiência. Uma escola que se preocupa em ir mais além da questão econômica, em preparar seus alunos para a vida, deve, na verdade, encarar a presença de crianças com deficiência como uma especial oportunidade de apresentar a todas as crianças, principalmente às que não têm deficiências, uma lição fundamental de humanidade, um modo de convivência sem exclusões, sem discriminações, num ambiente de solidariedade e fraternidade. Eu acompanho o Relator, Senhor Presidente.

Invocamos também o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.768, que assegurou o transporte público urbano gratuito para idosos. Em seu voto. A Ministra Cármen Lúcia destacou que os idosos possuem o direito de serem assumidos pela sociedade nessa fase da vida, como garantia do direito de vida digna.

O constitucionalismo fraternal nesse caso, foi mencionado pelo Ministro Ayres Britto, ao afirmar que a aplicação da fraternidade exige da sociedade o desenvolvimento de “ações afirmativas, compensatórias de desvantagens historicamente experimentadas por segmentos sociais como os dos negros, dos índios, das mulheres, dos portadores de deficiências e dos idosos.”

Fundamentação semelhante foi novamente destacada pela Ministra Carmen Lúcia no julgamento da ADI nº 2.649, que apreciou impugnação apresentada pela Associação Brasileira de Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal contra lei que instituiu passe livre para pessoas portadoras de deficiência:

A busca de igualdade de oportunidades e possibilidades de humanização das relações sociais, uma das inegáveis tendências da sociedade contemporânea, acolhida pelo sistema constitucional vigente, determina a adoção de políticas públicas que propiciem condições para que se amenizem os efeitos das carências especiais de seus portadores e toda a sociedade atue para os incluir no que seja compatível com as suas condições.

(...)

Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988. Ali se esclarece que os trabalhos constituintes se desenvolveram “para instituir um Estado democrático, destinado a 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.

(...)

O princípio constitucional da solidariedade tem, pois, no sistema brasileiro, expressão inegável e efeitos definidos, a obrigar não apenas o Estado, mas toda a sociedade. Já não se pensa ou age segundo o ditame de “a cada um o que é seu”, mas “a cada um segundo a sua necessidade”. E a responsabilidade pela produção destes efeitos sociais não é exclusiva do Estado, senão que de toda a sociedade.

Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, pela qual o partido Democratas questionou a constitucionalidade do sistema de cotas nas instituições de ensino superior, o Ministro Gilmar Mendes resgatou a fraternidade como valor essencial para a soluções de conflitos contemporâneos da humanidade:

Liberdade e igualdade constituem os valores sobre os quais está fundado o Estado Constitucional. A história do constitucionalismo se confunde com a história da afirmação desses dois fundamentos da ordem jurídica. Não há como negar, portanto, a simbiose existente entre liberdade e igualdade e o Estado Democrático de Direito. Isso é algo que a ninguém soa estranho – e, neste momento, deixo claro que não pretendo rememorar ou reexaminar o tema sob esse prisma.

Não posso deixar de levar em conta, no contexto dessa temática, as assertivas do Mestre e amigo Professor Peter Haberle, o qual muito bem constatou que, na dogmática constitucional, muito já se tratou e muito já se falou sobre liberdade e igualdade, mas pouca coisa se encontra sobre o terceiro valor fundamental DA Revolução Francesa de 1789: a fraternidade. É dessa perspectiva que parto para as análises que faço a seguir. No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a

solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade.

(...)

Pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humana em todos os seus aspectos. A tolerância em tema de igualdade, nesse sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiossincrasias. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias.

Analisando tais julgados, podemos concluir que a Constituição Federal de 1988 traz consigo importantes ideais de participação, solidariedade e fraternidade, os quais vêm sendo efetivados com o decorrer dos anos. Apesar de alguns contrários afirmarem que esse modelo acaba onerando excessivamente o Estado, é importante destacar que a aplicação do Princípio da Fraternidade assegura oportunidades e assistência social para todos, garantindo transporte, alimentação, educação, moradia, previdência social, dentro outros direitos fundamentais.

Dessa forma, a Constituição antecipou-se aos fatos e implementou princípios, seguindo fielmente os pressupostos do “dever ser”, para buscar edificar e concretizar uma sociedade fraterna, plural e sem preconceitos.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, verifica-se que o direito fraterno surge como força para buscar garantir direitos independentemente de limites impostos por fronteiras, bem como fortalecer vínculos entre diferentes culturas e sociedades. Dessa forma, o princípio da fraternidade está inserido no centro da civilização, em razão da valorização dos direitos humanos pela cultura ocidental.

Esse fenômeno é demonstrado pela própria cronologia do princípio da fraternidade, o qual surge com a busca do bem comum de Aristóteles e a visão de irmandade pregada pelos cristãos. Além da valorização do exercício da caridade.

Esse conceito passou a possuir viés político apenas depois da Revolução Francesa, em que a coletividade, ao tentar acabar com o antigo regime, almejava o bem comum para todos e a obtenção de um status político coletivo, que caminhava na direção da liberdade, igualdade e fraternidade. Tempos depois, a fraternidade ganhou também viés jurídico, sendo positivada por instrumentos internacionais de direitos e por constituições internas, como a do Brasil de 1988.

Desde então, passou a ser invocada por Cortes e Tribunais na resolução de seus conflitos, na busca por uma sociedade solidária, justa e social, por meio da concretização de direitos humanos e garantias fundamentais para os indivíduos.

Concluimos que a fraternidade funciona como um ponto de união entre os extremos da liberdade e da igualdade, colocando-se como meio termo entre os direitos individuais e coletivos. Através dos ideais da fraternidade os interesses do

direitos conseguem harmonizar os diferentes aspectos que se relacionam com cada indivíduo, bem como os direitos e deveres que cabem a cada um deles.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Fórum, 2009.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Edipro, 2003.

BAGGIO, Antonio Maria. **O princípio esquecido**. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **Preambulo**, *In: Comentários à Constituição do Brasil*. CANOTILHO, José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio (coords). 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Malheiros, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2649**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2018332>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3768**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2396731>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 13 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12012290>. Acesso em: 13 ago. 2021.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 13.ago. 2021.

GONTIJO, André Pires. **O desenvolvimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, p. 409-423, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal de Direitos Humanos**, de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 13 ago. 2021.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora Cej, 2020.

RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. 1ª ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. 2ª ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2020.

SARLET, Ingo; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2010.

LA JUSTICIA ELECTRÓNICA EN SURAMÉRICA: UN COMPROMISO INELUDIBLE ANTE UNA NECESIDAD LATENTE

FERNÁNDEZ, Marlon de Jesús Correa⁴⁹

Resumen: La población mundial se ha visto obligada a replantearse muchos modelos que hasta entonces se creían estables, debido a la pandemia mundial a la que hemos tenido que hacer frente, provocada por el virus SARS-CoV-2, causante de la enfermedad del Coronavirus. La justicia no ha sido ajena a este replanteamiento, y como consecuencia del encierro obligatorio impuesto por la mayoría de los países sudamericanos, han tenido que adaptarse a un escenario para el que no todos estaban visiblemente preparados. Por ello, en este artículo se analizan los diferentes avances en materia electrónica que se han desarrollado en estos países para garantizar el derecho humano de acceso a la justicia, mostrando en algunos casos diferentes matices de aplicación efectiva de la justicia electrónica en virtud del desarrollo normativo que se venía produciendo; sin embargo, en muchos otros, se aprecian visibles carencias y necesidades que ponen en peligro esta garantía convencional y fundamental.

Palabras claves: Justicia electrónica; digitalización de la justicia; acceso a la justicia; derechos humanos.

ABSTRACT: The world population has been forced to rethink many models that until then were thought to be stable, due to the global pandemic that we have had to face, caused by the SARS-CoV-2 virus, which causes the Coronavirus disease. Justice has not been immune to this rethinking, and as a consequence of the compulsory confinement imposed by most South American countries, they have had to adapt to a scenario for which not all were visibly prepared. For this reason, this article analyses the different advances in electronic matters that have been developed in these countries to guarantee the human right of access to justice, in some cases showing different shades of effective application of electronic justice by virtue of the normative development that had been taking place; however, in many others, visible shortcomings and needs can be seen that endanger this conventional and fundamental guarantee.

Keywords: Electronic justice; digitalization of justice; access to justice; human rights.

1 INTRODUÇÃO

Como consecuencia de la pandemia mundial producto del COVID-19, se vio la necesidad que varios Estado en cabeza del ejecutivo decretaran el Estado de Emergencia Sanitaria, aplicando con ello medidas de confinamiento rígido, las cuales

⁴⁹ Magister en Derecho con énfasis en Derecho Procesal y Probatorio Universidad Sergio Arboleda Seccional Santa Marta año 2013. Especialista en Derecho Probatorio Universidad Sergio Arboleda Seccional Santa Mart. Especialista en Derecho Administrativo Universidad Sergio Arboleda Seccional Santa Marta.

obligaron al grueso de su población a resguardarse de manera preventiva en sus viviendas, para evitar el riesgo de contagio ante el virus mencionado.

Ante esta coyuntura, fueron varios países de la región en los cuales se tuvieron que replantear varios servicios, entre ellos el servicio público de acceso a la justicia, el cual viene a tener una triple connotación: el de servicio, de derecho convencional y derecho fundamental. No obstante, ante la inesperada reacción pública promovida por las acciones preventivas direccionadas por los organismos competentes de cada país, este servicio se vio restringido, presentándose con ello una limitación al derecho convencional y fundamental de acceso a la justicia, vinculado también a la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva.

En consecuencia, en algunos de los países de la región, se vio la necesidad de comenzar a implementar algunas directrices dirigidas a la implementación de las TIC's (Tecnologías de la Información y las Comunicaciones), por medio de las cuales, se comenzó a buscar una salida para que la jurisdicción volviera a garantizar el derecho a la justicia y permitiera a su vez resguardar a la población ante el confinamiento respectivo.

El resultado de la coyuntura descrita fue la implementación de un término que se había resistido a mostrarse de manera abierta y puntual: *la justicia electrónica*. En muchos países, como Argentina, Colombia, Chile, Brasil, entre otros, el uso de las TIC's, dentro de los procesos judiciales, si bien habían venido siendo desarrollados en diferentes instrumentos, es mas cierto que su aplicación se venía efectuando de manera tímida para uno que otro proceso previamente determinado.

No obstante, las TIC's sin duda alguna, representan un avance trascendental por medio del cual se posibilitaría un mejor desarrollo de la justicia, en cuanto a celeridad y organización. Sin embargo, esta implementación no es tan sencilla, en virtud a que este compromiso de la judicatura en este ambiente, el cual he querido denominar como *dimensión virtual*.

En ese orden de ideas, de acuerdo con Correa (2021) el ser humano moderno ha venido diseñando un fenómeno bidimensional, dado que se ha forjado poco a poco una vida paralela en un mundo o dimensión digital (p. 19), la cual llega a compenetrarse con las actividades ordinarias del plano físico o dimensión física en la que tiene su cuerpo de carne y hueso. Esa otra vida que se desarrolla en esa dimensión digital, se presentan verdaderas relaciones, interacciones, acciones y omisiones, las cuales, en algunos casos, evidentemente pueden tener consecuencias que interesan al entorno jurídico.

Igualmente, no es un secreto que la tecnología ha permitido un mayor desarrollo del fenómeno de la globalización, la cual poco a poco va derrumbando muchas barreras tanto en lo económico (por ejemplo las actividades comerciales realizadas por medios digitales); en lo social (el derribamiento de las distancias y la posibilidad de interacción de una manera más precisa); también en lo político y ahora con más fuerza en lo que respecta al entorno jurídico, por lo que resulta de imperiosa necesidad, ayudar a irrigar el entendimiento de la comunidad jurídica para que florezca el conocimiento con relación al manejo que se le debe dar a la justicia electrónica en

virtud de la importancia que predica su sabio manejo y las repercusiones que esta trae para la comunidad.

Igualmente, con miras a los cambios que se han tejido en el andamiaje procesal con ocasión a la puesta en marcha de la justicia digital, en virtud de las contingencias que se han presentado a nivel mundial, producto de la pandemia generada por el virus Coronavirus SARS-Cov-2, se han generado innumerables cambios que repercuten en la vida de las personas. lo cual no es ajeno al derecho, en virtud de su amoldamiento respecto de los cambios sociales que se presentan en la sociedad.

Ante esta coyuntura, sumado a la aceptación, consagración y adaptación del nuevo modelo de la oralidad que han replantado antiguos procedimientos vinculados a la escrituralidad, se ha llegado a constituir modelos mixtos en la implementación de la justicia [es decir una parte escrita (presentación de la demanda, contestación, excepciones, recursos, etc.) y una parte oral (realización de las audiencias), como es el caso de Colombia], por lo que el modelo de justicia electrónica, incentivada en muchos de los países que a continuación se analizan, viene a constituirse en un acoplamiento perfecto ante la mixtura impetrada en los diferentes escenarios judiciales del continente suramericano.

No obstante, no se puede predicar una unísona postura, dado los atrasos a lo que se ven envueltos algunas naciones ante una serie de variables que van en contraposición a una efectiva aplicación de la justicia digital como por ejemplo: la falta de adaptación de la rama judicial, la poca inversión de los estados, la poca preparación que tiene el público demandante de justicia, a lo que se suman también apoderados y funcionarios judiciales acoplados al ritualismo o a un *statu quo* procedimental, generando un estado de petrificación relativo a viejos modelos tradicionales de implementación y acceso a la justicia.

Por tal motivo, el Virus antes mencionado, ha sido sin duda una desgracia mundial, pero también ha permitido crear los escenarios necesarios para obligarnos a evolucionar en todos los aspectos de la vida moderna, entre ellos a la justicia. De igual forma, es necesario evidenciar que la tecnología hoy en día se ha vuelto una necesidad que no es posible desconocer, por lo que ya se ha planteado la idea de mirarla como «la cuarta ola de los derechos humanos»⁵⁰ (Martínez Villalba, 2014, p. 15).

Asimismo, esta pandemia vino a evidenciar las falencias, los aciertos y desventajas que se presenta con relación a la justicia electrónica en la región, permitiendo evaluar los modelos de implementación de la misma, la cual se habían venido sosteniendo tímidamente, y que a raíz de la necesidad generalizada, entró a raudales en algunos países, lo que a la fecha posibilita un análisis respectivo que permita resaltar el grado de efectividad que le asiste a este tipo de justicia desarrollada desde la dimensión virtual.

⁵⁰ Sin duda, a pesar de que dicho escalafón de derechos humanos no les agrada mucho a los estudiosos del tema, académicamente no es posible obviar dicho escalafón dado su desarrollo doctrinal.

En consecuencia, a continuación, se analizará la evolución que ha tenido la justicia electrónica en los distintos países que conforman el continente suramericano, para evaluar el desarrollo que ha tenido, el grado de efectividad que permitan garantizar una adecuada implementación del derecho de acceso a la justicia por medio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

2 CASO COLOMBIA

En Colombia, la justicia digital si bien no es una novedad, nunca antes se había realizado una reforma como la presentada durante el tiempo iniciado desde el segundo trimestre del año 2020, ya que en como consecuencia de la pandemia mundial producto del COVID-19, se vio la necesidad que el Estado en cabeza del ejecutivo decretara el Estado de Emergencia Sanitaria y aplicara un confinamiento rígido que obligó al grueso de la población colombiana a resguardarse en sus casas, para evitar el riesgo de contagio ante el virus mencionado.

En tal sentido, la respuesta por parte del ejecutivo para garantizar el acceso a la justicia, ante el cierre de los despachos judiciales y en general, la no atención presencial al público en las distintas entidades tanto del orden nacional como territorial, manifiesta Correa (2021) «[...] no podría ser otra que la implementación de instrumentos que facilitaran, dentro de la coyuntura presentada por la declaratoria del Estado de Emergencia, el acceso a este derecho fundamental por medio de la denominada virtualidad» (p. 121).

Precisamente esta virtualidad, la que, desde la entrada en vigor del Código General del Proceso, si bien se permitía su implementación gradual, antes de la pandemia había tenido una utilización muy tímida, aun cuando la misma se constituyó dentro de las reglas del procedimiento dentro del uso de las tecnologías y las telecomunicaciones. En tal sentido, el artículo 103 *ejusdem*, se encargó de establecer lo correspondiente a las reglas relacionadas con la utilización de las tecnologías y las comunicaciones dentro del proceso, encontrándose en esta norma, lo siguiente:

En todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura.

Las actuaciones judiciales se podrán realizar a través de mensajes de datos. La autoridad judicial deberá contar con mecanismos que permitan generar, archivar y comunicar mensajes de datos.

En cuanto sean compatibles con las disposiciones de este código se aplicará lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, las que lo sustituyan o modifiquen, y sus reglamentos.

PARÁGRAFO PRIMERO. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura adoptará las medidas necesarias para procurar que al entrar en vigencia este código todas las autoridades judiciales cuenten con las condiciones técnicas necesarias para generar, archivar y comunicar mensajes de datos.

El Plan de Justicia Digital estará integrado por todos los procesos y herramientas de gestión de la actividad jurisdiccional por medio de las tecnologías de la información y las comunicaciones, que permitan formar y gestionar expedientes digitales y el litigio en línea. El plan dispondrá el uso

obligatorio de dichas tecnologías de manera gradual, por despachos judiciales o zonas geográficas del país, de acuerdo con la disponibilidad de condiciones técnicas para ello.

PARÁGRAFO SEGUNDO. No obstante, lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, se presumen auténticos los memoriales y demás comunicaciones cruzadas entre las autoridades judiciales y las partes o sus abogados, cuando sean originadas desde el correo electrónico suministrado en la demanda o en cualquier otro acto del proceso.

PARÁGRAFO TERCERO. Cuando este código se refiera al uso de correo electrónico, dirección electrónica, medios magnéticos o medios electrónicos, se entenderá que también podrán utilizarse otros sistemas de envío, transmisión, acceso y almacenamiento de mensajes de datos siempre que garanticen la autenticidad e integridad del intercambio o acceso de información. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura establecerá los sistemas que cumplen con los anteriores presupuestos y reglamentará su utilización [Ley 1564, 2012, art. 103].

Precisamente, en virtud de este confinamiento obligatorio, se vio la necesidad, y más que necesidad, la obligación de dar aplicación efectiva a esta dinámica procesal establecida en el artículo ejusdem, viéndose algunos despachos judiciales con el reto de modernizarse, actualizarse y vincularse a la actividad jurisdiccional virtual, bajo las nuevas directrices emanadas por el gobierno y el Consejo Superior de la Judicatura para la implementación efectiva de la virtualidad, con miras a hacer práctico el ejercicio de la justicia mediante la utilización de los medios virtuales.

No es un secreto que la implementación de estos instrumentos han sido un reto tanto para los funcionarios públicos como para los litigantes y las partes procesales, sin embargo, su puesta en marcha ha constituido una necesidad impostergable para poder estar a la altura de las circunstancias en un mundo que demanda cada vez más el uso de las tecnologías de la información y comunicación.

En tal sentido, son varios los instrumentos jurídicos que se han venido implementando para hacer posible la ejecución y puesta en marcha de esta justicia virtual. Dentro de estos instrumentos es posible mencionar al Decreto 806 de 2020, en virtud del cual se procedió a implementar «las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica» (Decreto 806, 2020), de una forma nunca antes vista, obligando a todos los estamentos judiciales y administrativos a acatar esta modalidad en el devenir de sus funciones.

Así mismo, hasta el día de hoy, el Consejo Superior de la Judicatura, ha emitido una serie de circulares, en virtud de la cual refuerza el compromiso de este organismo por implementar no solo medidas para combatir el COVID-19, sino también para implementar y desarrollar la justicia virtual.

De las circulares enunciadas, destacada importancia denota las circulares PCSJ20-11 del 31 de marzo de 2020, la cual vino a significar la apertura de la implementación de la justicia virtual, gracias a la utilización de las tecnologías y de la información como apoyo de las distintas labores de los servidores de la Rama Judicial. Dentro de las directivas que se implementaron mediante esta circular, se encuentran:

34. El envío de mensajes de datos;
35. La realización de audiencias o sesiones virtuales con efectos procesales;
36. La programación de conferencias y reuniones virtuales sin efectos procesales;
37. El almacenamiento, el compartir información y administrar contenido;
38. Los sistemas de gestión de comunicaciones oficiales correspondencia de carácter administrativo [Consejo Superior de la Judicatura, 2020, Circular pcsj20-11].

Asimismo, mediante la Circular PCSJC21-12 de 2021, en atención a la atención virtual de los usuarios, se buscó,

[...] crear un canal de atención entre los despachos judiciales, secretarías de tribunales, centros de servicios, dependencias administrativas y los usuarios, de manera que se brinde información ágil y oportuna a las solicitudes que se reciben en estas dependencias judiciales del país, relacionados con los trámites y actuaciones judiciales en los procesos que tienen a su cargo, con el fin de reducir los tiempos de respuesta y disminuir el flujo de correos electrónicos. [Consejo Superior de la Judicatura, 2021, Circular: pcsjc21-12].

En consecuencia, teniendo en cuenta las citadas circulares, en atención a la materialización de sus postulados, se evidencian demoras procedimentales en algunos despachos del país con ocasión a la implementación de la justicia virtual por parte de la mayoría de funcionarios de los diferentes juzgados y tribunales, viniendo a evidenciar el primer problema respecto a esta ejecución, y es lo relativo a la poca capacidad de respuesta del personal ante la avalancha de procesos que se han venido desarrollando, aun cuando se estableció el trabajo desde casa mediante el Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020, lo cual se pensaba que iba a ayudar a ser más ágil la respuesta de la jurisdicción, pero lamentablemente el período de reacción y la demanda de justicia no se ha podido equilibrar, por lo que los tiempos de respuesta han sido lentos y se han establecido a la ya acostumbrada demora judicial, una nueva variable para incrementar la tardanza en la respuesta y resolución de los asuntos puestos al conocimiento de la administración de justicia.

Por tal motivo, mediante la circular antes enunciada, el Consejo Superior de la Judicatura, busca:

39. Garantizar un canal de comunicación ágil, oportuno y de calidad a los usuarios, de manera que se logre atender la mayor cantidad en el horario asignado.
40. Facilitar la atención a los usuarios del servicio de administración de justicia, desde cualquier dispositivo con acceso a internet.
41. Mejorar los tiempos de respuesta a los usuarios, mediante la atención personalizada y profesional.
42. Reducir el desplazamiento de los usuarios a los despachos judiciales y dependencias administrativas de la Rama Judicial.
43. Cumplir con los principios de la Carta de Trato Digno a los usuarios contenida en el acuerdo PCSJA18-10999 de 2018 [Consejo Superior de la Judicatura, 2021, Circular: pcsjc21-12].

Ahora bien, como ya se enunció anteriormente para el grueso de la aplicación de la justicia electrónica se ha expedido el Decreto 806 de 2020, el cual ha venido a

representar una inmersión a la digitalización, incluso me atrevería a decirlo, sin que el sistema estuviera del todo preparado a pesar de la existencia de mecanismos como el mencionado en el artículo 103 del CGP; los contemplados en el Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 53, código que recientemente fue modificado por la Ley 2080 de 2021; el Decreto 2693 de 2012 el cual fue derogado por el Decreto 2573 de 2014, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1341 de 2009.

Lo anterior, es necesario precisarlo, dado a pesar que la validez del Decreto 806 de 2020 será por los próximos dos (2) años, no es un secreto que la necesidad del servicio requerirá cada vez el uso de sus la digitalización y es muy seguro que a pesar que dicho decreto tendrá una duración por un tiempo limitado, sus efectos, me atrevo a decirlo se extenderán en el tiempo debido a la necesidad que demanda la administración de justicia, y lo ideal será una alternancia entre la justicia presencial y digital con el fin de dar un mejor servicio de la justicia en Colombia, con la novedad de corregir los errores que se han estado cometiendo en ambos escenarios.

3 CASO ARGENTINA

Como en muchas otras áreas y actividades que se vieron afectadas con ocasión a la pandemia de Covid-19, la justicia de varios países de Sudamérica también se vio obligada a introducir de una forma apresurada, dado la importancia de garantizar el derecho al acceso a la justicia, el uso de las tecnologías y las telecomunicaciones en el sector judicial, sin embargo, en algunos países, como son el caso que nos ocupa, ya tenían disponible unos instrumentos por medio de los cuales, la justicia digital se venía abriendo paso, y que permitieron que la pandemia no limitara tanto el acceso a la justicia.

Vale la pena precisar, que, en Argentina, a partir de la declaratoria del brote de coronavirus por parte de la Organización Mundial de la Salud, lo cual se llevó a cabo el 12 de marzo de 2020, el Estado argentino emitió el Decreto de Necesidad y Urgencia No. 260 del 13 de marzo de 2020, por medio del cual se amplió,

[...] la emergencia pública en materia sanitaria establecida por [la] Ley N° 27.541, en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de un (1) año a partir de la entrada en vigencia del presente decreto» (Decreto 260, 2020, art. 1).

De igual forma, el 19 de marzo de 2020 se emitió por parte del ejecutivo, el Decreto de Necesidad y Urgencia No. 298 de 2020, el cual decretó en su artículo primero lo siguiente:

[...] A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de **“aislamiento social, preventivo y obligatorio”** en los términos indicados en el presente decreto. La misma regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que

se considere necesario en atención a la situación epidemiológica [Negrillas fuera del texto original] [Decreto 298, 2020, art. 1].

Este aislamiento social, preventivo y obligatorio, se prorrogó sucesivamente en virtud de los Decretos de Necesidad y Urgencia: No. 325 de 2020 que lo extendió hasta el 12 de abril de 2020; No. 355 de 2020 el cual hizo lo mismo hasta el 26 de abril de 2020; No. 408 de 2020 que prorrogó este aislamiento hasta el 10 de mayo de 2020; No. 459 de 2020 que realizó una nueva prórroga hasta el 24 de mayo de 2020; No. 493 de 2020 el cual siguió manteniendo el aislamiento hasta el 7 de junio de 2020; 520 de 2020 que lo extendió hasta el 28 de junio de 2020; 576 de 2020 que hizo lo mismo hasta el 17 de julio de 2020; así también el 605 de 2020, que la siguió extendiendo hasta el 2 de agosto de 2020.

Vale la pena precisar, que, en algunos Estados de la República Argentina, los gobiernos locales levantaban dicho aislamiento obligatorio, flexibilizando su duración a unas horas determinadas en el día, así como en otros eventos se volvió a recurrir a un aislamiento total y/o selectivo, dependiendo de las condiciones epidemiológicas que se reportaran en dichos territorios.

No obstante, lo referente a la justicia, vale la pena precisar que en la Nación Argentina se ha venido realizando avances desde antes de la manifestación de la pandemia, debido a los siguientes instrumentos:

Tabla 1. *Normativa referente a la implementación de justicia virtual en la Argentina.*

Normativa	Reseña
Ley No. 26.685 de 2011	Por medio de la cual se promueve la utilización de expedientes, documentos, firmas, comunicaciones, domicilios electrónicos y firmas digitales en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales
Ley No. 26.856 de 2013	Por medio de la cual se obliga a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales de segunda instancia que integran el Poder Judicial de la Nación a publicar íntegramente todas las acordadas y resoluciones que dicten, el mismo día de su dictado.
Acordada 31 de 2011	Por medio de la cual se establece la obligatoriedad de «constituir el domicilio electrónico para todos los que litiguen en causas judiciales que se tramiten ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación instalará un Sistema de Notificaciones por Medios Electrónicos (SNE), exclusivo para las notificaciones electrónicas en los procesos judiciales» [Acordada 31, 2011].
Acordada 3 de 2012	Por medio del cual se establece la aplicación del Sistema de Notificaciones por Medios Electrónicos.
Acordada 8 de 2012	Por medio del cual se establece «[...] a partir del 1 de junio de 2012, el libro de asistencia de letrados (libro de notas) dentro del

Acordada 29 de 2012	programa informático de seguimiento de causas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación» [Acordada 8, 2012, Num. 1]. Por medio de la cual se establece la obligatoriedad del «Sistema de Notificaciones por Medios Electrónicos reglamentado por acordada 31/2011» [Acordada 29, 2012, Num. 1].
Acordada 14 de 2013	Por medio de la cual se dispone la obligatoriedad del uso del Sistema Informático de Gestión Judicial (SGJ).
Acordada 15 de 2013	Por medio del cual se estableció la obligatoriedad a las cámaras federales o nacionales, como también a los tribunales orales, la publicación exclusiva de todas las sentencias, acordadas y/o resoluciones administrativas que estas suscriban a través del Centro de Información Judicial.
Acordada 24 de 2013	Por medio de la cual se aprobó el «Protocolo de Registro de Sentencias, Acordadas y Resoluciones Administrativas» [Acordada 24, 2013, Num.1].
Acordada 35 de 2013	Por medio del cual se establece que «el Sistema de Notificaciones por Medios Electrónicos reglamentado por Acordada 31 de 2011 de aplicación obligatoria para todos los recursos ordinarios y, de ser denegados, los recursos de queja correspondientes, las denuncias por retardo o denegación de justicia y todas las presentaciones varias, que se interpusieren a partir del 14 de octubre de 2013» [Acordada 35, 2013].
Acordada 36 de 2013	Por medio del cual se consagra «[...] que el sistema de notificaciones por medios electrónicos reglamentado por acordada 31 de 2011 será de aplicación con relación a las notificaciones que deben efectuarse en las causas radicadas ante la jurisdicción prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, con arreglo a lo dispuesto en la acordada 51 de 1973» [Acordada 36, 2013, Num. 1].
Acordada 38 de 2013	Por medio del cual se aprobó el «Plan de difusión y capacitación - Implementación del Sistema de Notificaciones Electrónicas en todos los Juzgados, Salas y Tribunales Orales del Poder Judicial de la Nación» [Acordada 38, 2013, Num. 9].
Acordada 43 de 2013	El cual acuerda que el Sistema de Notificaciones por Medios Electrónicos «[...] será obligatorio para los recursos de queja por denegación de recursos extraordinarios resueltos por los superiores tribunales de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a partir del primer día hábil posterior a la feria de enero de 2014» [Acordada 43, 2013].
Acordada 11 de 2014	Por el cual se establece el Sistema de Notificación Electrónica para Defensores y Fiscales «respectivamente mediante el Código único de identificación de defensorías (CUID) y de fiscalías (CUIF)» [Acordada 11, 2014, Num. 1].

En virtud de las normativas anteriores, se ha venido reglamentando el uso de las tecnologías electrónicas y digitales, efectuando una gradual implementación tanto a nivel nacional como a nivel regional.

No obstante, con ocasión a las medidas adoptadas por los decretos antes enunciados, en especial el Decreto 260 de 2020, la Corte Suprema de la Justicia de la Nación mediante Acordada 04 de 16 de marzo de 2020, decidió en su numeral primero:

Declarar inhábiles los días 16 a 31 de marzo del presente para las actuaciones judiciales ante todos los tribunales que integran el Poder Judicial de la Nación, sin perjuicio de la validez de los actos procesales cumplidos o que se cumplan [Acordada 04, 2020, Num.1].

En tal sentido, en el numeral tercero *ejusdem* de acordó la suspensión de la atención al público, llegando a identificarse este cese de funciones como *feria extraordinaria* salvo las actuaciones procesales notoriamente necesarias tanto para las partes y/o los letrados, por lo que se incentivó el denominado teletrabajo en los integrantes de la rama judicial, evitando así la inactividad prolongada, que ya se había presentado los primeros días del decreto del cese de actividades, vulnerando con ello el acceso a la justicia, por lo que para evitar este menoscabo a dicho derecho, en el numeral once del acuerdo antes enunciado se decretó el uso prevalente de la justicia virtual, en los siguientes términos:

11) Disponer que a partir del 18 de marzo del 2020 - con excepción de las presentaciones iniciales que no puedan ser objeto de ingreso digital - todas las presentaciones que se realicen en el ámbito de la Justicia Nacional y Federal serán completamente en formato digital a través del IEJ (Identificación Electrónica Judicial), registrada en cada una de las causas. Dichas presentaciones deberán estar firmadas electrónicamente por el presentante (art. 5 y 6 de la Ley 25.506, art. 286 y 288 del Código Civil y Comercial de la Nación y lo establecido por la Ley 26.685) tales presentaciones y su documentación asociada tendrán el valor de Declaración Jurada en cuanto a su autenticidad, serán autosuficientes y no deberán emitirse copia en formato papel [Acordada 04, 2020, Num. 11].

De igual forma, las anteriores medidas se fueron prorrogando en virtud de las Acordadas: 05 de 2020, 06 de 2020, 08 de 2020, 13 de 2020, 14 de 2020, 16 de 2020, 18 de 2020 y 25 de 2020; no obstante, con ocasión a la Acordada 12 del 15 de abril de 2020, se configuró el uso de la firma electrónica y digital en la jurisdicción del Poder Judicial de la Nación «respecto de todos los magistrados y funcionarios de las instancias inferiores que desarrollan su actividad con el Sistema de Gestión Judicial» (Acordada 12, 2020, Num. 2).

En la norma antes enunciada, también habilitó el procedimiento de presentar no solo la demanda, sino también los recursos tanto directos como el de queja por vía electrónica, con excepción de los fueros con competencia en materia penal. Se incentivó el teletrabajo y las audiencias virtuales en varios de las provincias; así como se modificó el horario de atención al público, siendo notoriamente restringido.

Ahora bien, si bien algunas medidas de aislamiento de siguieron implementando, La Corte Suprema de Justicia de la Nación procedió al levantamiento de la denominada *feria judicial extraordinaria*, después de 4 meses para todas las provincias, lo cual se llevó a cabo por medio del Acuerdo 27 de 20 de julio de 2020,

reanudándose en su totalidad los plazos judiciales en los diferentes juzgados y tribunales tanto a nivel nacional como a nivel regional el 4 de agosto de 2020.

No obstante, a pesar de ese levantamiento, si bien en algunas regiones con un menor riesgo epidemiológico se comenzó a reactivar la presencialidad, las actuaciones digitales se siguieron conservando y se robustecieron en las regiones donde había un mayor riesgo de contagio, con el fin de garantizar el acceso a la justicia.

En conclusión, en el caso de Argentina la justicia digital se implementó en el tiempo en que duró la suspensión de los términos que se denominó *feria judicial extraordinaria* teniendo prelación los casos considerados de urgencia, sin embargo, esa denominación es subjetiva, dado la importancia de resguardar el derecho al acceso de justicia para toda la población, sin que existan impedimentos, obstáculos o preclusiones que impidan dicho ejercicio, motivo por el cual, si bien como se demostró existía algún desarrollo previo con relación a la justicia digital, el acceso a la justicia en la época de pandemia en la Argentina a nivel general fue limitado, dejando la imperiosa necesidad de suscribir nuevas regulaciones en las cuales se delimite y desarrolle de manera detallada, perentoria y ágil el derecho de acceso a la justicia de forma electrónica, circunscribiendo una mejor delimitación del expediente digital, la firma electrónica, la aportación de documentos, el desarrollo de las audiencias, las notificaciones, las comunicaciones, oficios, las pruebas, el documento electrónico, entre otros aspectos.

En suma, se deberá legislar para garantizar que todas las instancias relativas a una litis, desde la presentación de la demanda, las audiencias los recursos, etc., puedan ser garantizados por medio de una digitalización de la justicia, lo que sin duda implicaría una inversión que el Estado Nacional y las provincias deberán realizar a fin de buscar una mayor agilidad y resguardo de este derecho convencional; se deberá prever la creación de *centros de acceso digital judicial*, que posibiliten los medios para que aquellos que no posean recursos, o que se encuentren en situación de vulnerabilidad, se les pueda garantizar dicho derecho, evitando así una nueva forma de segregación ante la falta de recursos.

De igual forma, se hace necesario que la jurisdicción permita la utilización de los denominados canales digitales, el cual no necesariamente se circunscribe al correo electrónico, dado la posibilidad de utilizar otros mecanismos. De conformidad con lo anterior, Correa (2021), ha definido el concepto de Canal Digital, logrando exponer lo siguiente:

[...] es un género electrónico que a su vez abarca dentro de sí, varias especies de herramientas digitales, por medio de las cuales se puede lograr una comunicación efectiva con la entidad que así lo haya habilitado [...]. Asimismo, se abre la posibilidad de la utilización de las plataformas digitales o redes sociales oficiales de las entidades para el uso de comunicaciones con los administrados, pudiendo elaborarse canales de atención al usuario por este tipo de plataformas digitales (WhatsApp, Facebook, Instagram, Twitter, entre otros). Es decir que los administrados pueden concurrir a la administración por medio de interacciones digitales respetuosas dirigidas a la entidad, la cuales quedarán radicadas por medio de estas plataformas, a las

cuales se les tendrá que dar el respectivo trámite, siempre que esta sea una plataforma oficial [p. 197].

Ante tales circunstancias, la realización de audiencias virtuales, pueden y deben efectuarse a través de los medios idóneos, no obstante, no es un secreto que la tecnología algunas veces falla, pero al tiempo la misma tecnología da la solución, en virtud de los diferentes tipos de canales digitales que se pueden utilizar, pudiendo habilitar las videoconferencias por otro tipo de plataforma como WhatsApp, Facebook, entre otras, permitiendo con ello sortear los inconvenientes y poder aplicar a la solución de la protección del derecho al acceso a la justicia, lo cual a nivel nacional en Argentina no se ha llevado a cabo, teniendo ventaja en este aspecto el nivel provincial, en virtud de la contemplación de la utilización de las TIC's en algunas regiones, entre ellas, según el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (2020), Neuquén, Entre Ríos, Mendoza y Buenos Aires (p. 10).

5 CASO CHILE

Con ocasión a esta coyuntura mundial, lo cual no fue ajena a la nación chilena, en este país se interrumpió *el flujo normal* de la prestación del servicio de justicia, llegándose a declarar mediante el Decreto Supremo 104 del 18 de marzo de 2020 dictado por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, se declaró el Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe por Calamidad Pública y, aplicando el denominado *teletrabajo* implementado mediante Acta 41 del 13 de marzo de 2020.

Vale la pena resaltar, que el Acta antes reseñada fue promulgada 5 días antes que se decretara el Estado de Excepción, y que su finalidad inicialmente no contemplaba que fuera incentivada por esta coyuntura de la pandemia, coincidiendo con esta novedad y ayudando con su cometido, cierto modo, a preservar el acceso a la justicia.

Sin embargo, el caso de Chile, a diferencia de Argentina y Colombia, se venía implementando desde el año 2016 de manera aplicada el modelo de justicia virtual, en virtud de la promulgación de la Ley 20.886 del 14 de diciembre 2015, la cual fue publicada el 18 de diciembre de 2015 y entró en vigor el 18 de junio de 2016 para unas jurisdicciones y el 18 de diciembre para el resto, precisando que por medio de la presente ley se modificó el Código de Procedimiento Civil Chileno y se estableció la *tramitación digital de los procedimientos judiciales*.

En el artículo 5 *ejusdem*, se estableció la presentación de las demandas y la aportación de documentos por medios virtuales, estableciéndose desde entonces en esta norma lo siguiente:

Artículo 5º.- Presentación de demandas y de escritos. El ingreso de las demandas y de todos los escritos se hará por vía electrónica a través del sistema de tramitación electrónica del Poder Judicial, para cuyos efectos los abogados o habilitados en derecho se registrarán en los términos que se regulen en el auto acordado que la Corte Suprema dictará al efecto.

En casos excepcionales, cuando las circunstancias así lo requieran o se trate de una persona autorizada por el tribunal por carecer de los medios tecnológicos necesarios, los escritos podrán presentarse al tribunal

materialmente y en soporte papel por conducto del ministro de fe respectivo o del buzón especialmente habilitado al efecto.

Los escritos presentados en formato papel serán digitalizados e ingresados a la carpeta electrónica inmediatamente [Ley 20886, 2015, art. 5].

De igual forma, en concordancia con su primer artículo, esta ley aplica para todos los asuntos que sean de conocimiento de los tribunales que se encuentren reseñados en los incisos segundo y tercero del artículo 5º del Código Orgánico de Tribunales, exceptuando aquellas que sean de conocimiento de los tribunales militares en tiempo de paz.

No obstante, una vez implementada el Acta 41 del 13 de marzo de 2020, que, como ya se bosquejó, implementó el *teletrabajo* y, además, también reguló lo correspondiente al uso de *videoconferencias en el poder judicial*, uno de los cambios que se implementó debido al decreto del Estado de Excepción, fue precisamente la forma de trabajar de los empleados de la rama judicial, sin embargo el 26 de marzo se reguló esta modalidad y se modificó el Código del Trabajo referente al *trabajo a distancia y teletrabajo* por medio de la Ley 21220, indicando en esta norma lo siguiente:

Es trabajo a distancia aquel en el que el trabajador presta sus servicios, total o parcialmente, desde su domicilio u otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa.

Se denominará teletrabajo si los servicios son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o si tales servicios deben reportarse mediante estos medios [Ley 21220, 2020, Art. 152. Quáter g].

Sin embargo, esta ley trae varias novedades que *no* se contemplaron en el Acta 41 del 13 de mayo de 2020, rescatando entre ellas la obligación que le asiste al empleador de proporcionar los equipos de trabajo, como por ejemplo los computadores y sus demás periféricos, al igual que el funcionamiento, mantenimiento y reparación de los equipos, los costos de operación también deberán correr por cuenta del patrono.

Esta novedad refleja un importante cambio en tiempos de pandemia, pues a los empleados judiciales, entre ellos los jueces, magistrados y demás trabajadores, no deberán asumir los costos por los equipos o computadores que requieran para el cumplimiento de sus labores, y el plan de internet que normalmente el Acta 41 de 2020, no reguló, dado que esas erogaciones antes de la regulación de la Ley 21220 de 2020, tenían que ser asumidas por estos empleados entrando en gastos que no estaban contemplados al momento de pactada la relación laboral, representando una garantía introducida por esta nueva regulación para el trabajador judicial.

En tal sentido, una vez asumida esta nueva modalidad, los empleados deberían dar prelación o priorizar aquellos procesos que representen mayor interés debido a la pandemia consideradas *causas urgentes*, las cuales fueron recogidas en los literales a) y b) del artículo 1 de la Ley 21226 del 1 de abril de 2020.

EL 8 de abril de 2020 se promulgó el Acta 52, por medio de la cual se regula respecto del funcionamiento del poder judicial durante la emergencia sanitaria

nacional antes enunciada, con la intención de garantizar la prestación del servicio público de justicia, reseñando en su artículo tercero, lo siguiente:

El estado de excepción constitucional de catástrofe no puede constituir un obstáculo al derecho de acceso a la justicia de los ciudadanos de la República y a la continuidad del servicio judicial, por lo que, en la medida que se encuentre garantizada la vida y la salud de las personas, se preferirá aquellas modalidades que maximicen la transparencia y el correcto funcionamiento del Poder Judicial, de modo que éste ejerza su mandato constitucional en las mejores condiciones posibles -con las limitaciones propias de un estado de excepción- en resguardo de los derechos y garantías de las personas [Auto 53, 2020, Art. 3].

Para poder traducir en los hechos esta normativa, se consagró en el artículo 6 *ejusdem* la implementación de los medios electrónicos otorgándoles una triple garantía, respecto de garantizar «el acceso a la justicia, el debido proceso y el resguardo de la salud de las personas» [Auto 53, 2020, Art. 6], siendo realizada las funciones laborales por medio de la modalidad del *teletrabajo*, evitando a toda costa, y en la medida de lo posible salvo los casos que si lo ameriten, el desplazamiento a las sedes judiciales.

Ahora bien, para la presentación de la demanda de forma electrónica, la cual ya había sido regulada en la Ley 20.886 de 2015, el artículo 9 de la Ley 21.226 de 2020 trajo una variable a dicha presentación digital, con la consagración de la no exigencia, mientras dure el estado de excepción generado por la pandemia, de requisitos de procedibilidad para su admisión, dejando consignado en su articulado, lo siguiente:

[...] la presentación de la demanda podrá realizarse sin necesidad de acreditar el cumplimiento de la mediación previa obligatoria, o cualquier otra exigencia, cuyo cumplimiento se torne difícil de satisfacer, en razón de las restricciones impuestas por la autoridad o de las consecuencias provocadas por la emergencia sanitaria, como es el caso de la reclamación y la conciliación del artículo 497 del Código del Trabajo [Ley 21226, 2020, art. 9].

No obstante, y ya para finalizar, la coyuntura generada por la pandemia mundial que obligó a decretar el Estado de Excepción, trajo la necesidad de regular algunos aspectos para resguardar el acceso a la justicia, sin embargo, a pesar de que los estándares tecnológicos se mantuvieron e incluso se robustecieron con diversas modalidades y obligaciones a empleadores en beneficio de los trabajadores de la justicia, existió una brecha que fue mencionada por la Comisión Americana de Derechos Humanos (2020), la cual estableció la dificultad de la población menos favorecida para poder acceder a la justicia por medios digitales, en virtud de la carencia de equipos y planes de internet necesarios para el disfrute pleno del servicio de justicia,

[...] un grave problema es la brecha tecnológica. [...] en especial en el área de familia donde las personas pueden efectuar sus solicitudes sin patrocinio de abogado y va en dos sentidos, la ausencia de medios tecnológicos y económicos —a veces teniendo celular no hay dinero para cargarlo- y de habilidades [p. 44].

Para hacer frente a estos impedimentos, se incentivaron algunos planes de apoyo en los municipios y las comisarías con miras a facilitar los recursos físicos que les permita a las personas contar con los equipos y los medios idóneos para un adecuado uso del servicio público de justicia, no obstante, este plan en palabras de la Comisión Americana de Derechos Humanos ha tenido un alcance minoritario.

Lo anterior se entiende, debido a las carencias económicas que también ha presentado el Estado producto de la pandemia, motivo por el cual se deberá aplicar de manera escalonada y prioritaria para buscar una mejor cobertura para que la gente de menos recursos pueda contar con los medios suficientes para poder acceder a la protección de sus derechos ante la jurisdicción, sobre todo en aquellos casos o eventos en que no se requiere el derecho de postulación.

Por otro lado, no es posible terminar este epígrafe sin antes mencionar, la evolución que se ha presentado entorno a la inteligencia artificial que se han aplicado a los diferentes etapas de la tramitación, lo cual ha permitido pasar a la denominada tramitación electrónica, es decir que se ha desarrollado e implementado la tecnología que permite ya no la recepción de documentos digitales como por ejemplo la presentación de una demanda, sino la recepción de documentos electrónicos lo cual permite el ingreso del escrito demandatorio a través de un formulario establecido para ello, permitiéndole al sistema judicial poder capturar los datos que se incorporan en dicho documento que se ingresan en la tramitación electrónica por medio de la inteligencia artificial.

Sin duda, los cambios procesales que se han impartido por medio de la tecnología en el sistema judicial chileno han permitido la implementación de actualizaciones que agilizan el trámite y protegen de daños que se pueden presentar en los medios físico, dándole un mayor público al servicio de justicia y una mejor preservación de la información.

6 CASO URUGUAY

La implementación de la justicia electrónica en la República Oriental del Uruguay tiene un importante inicio con la expedición de la Ley 18.237 del 26 de diciembre de 2007, por medio de la cual se autorizó el uso del expediente electrónico en todos los procesos promovidos por el poder judicial.

La precitada norma, consigna un artículo único, en el cual el poder legislativo, desarrolla lo relacionado con esta modalidad de justicia, incorporando lo siguiente:

Autorízase el uso de expediente electrónico, de documento electrónico, de clave informática simple, de firma electrónica, de firma digital, de comunicaciones electrónicas y de domicilio electrónico constituido, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales. Facúltase a la Suprema Corte de Justicia para reglamentar su uso y disponer su gradual implantación [Ley 18.237, 2007, artículo único].

No obstante, lo anterior no quiere decir que dicha normatividad haya entrado de inmediato a modificar la justicia digital en este país, pues ha sido lenta la aplicación de los medios electrónicos, requiriéndose por parte del poder público la implementación de nuevas reformas, sobre todo a los procedimientos codificados que han sido muy ajustados a la secuencialidad, presencialidad y a la documentación física, lo cual crea un impedimento ante la falta de desarrollo positivo del documento electrónico y por ende del expediente electrónico, la firma electrónica y lo correspondiente a la digitalización del proceso judicial y el uso de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones en la justicia uruguaya.

De igual forma, se implementaron algunos cambios importantes que posibilitaron en el año 2008 el uso de la notificación electrónica gracias al desarrollo e implementación de la firma digital para garantizar su idoneidad gracias a la integración con la cédula de identidad.

Posteriormente, la Ley 18.600 de 21 de septiembre de 2009 introdujo importantes modificaciones a la normativa existente que regula el funcionamiento de firmas electrónicas y documentos electrónicos, reconociendo su uso como válido y efectivo.

En ese orden de ideas, la firma electrónica viene a ser el equivalente funcional de una firma manuscrita, pero con la ventaja que evitar la presencialidad o la necesidad de la presencia física de las personas involucradas (naturales como jurídicas), por lo que con su regulación, se contribuye en gran medida al cumplimiento de los protocolos de aislamiento preventivo recomendado por el gobierno. Además, no solo es útil en cuanto a trámites o documentos emitidos por las autoridades públicas, sino que también se considera como una alternativa en el ámbito privado.

Asimismo, en el año 2011 se implementó un programa denominado *Sistema de Gestión de Tribunales* con el fin de incorporar el expediente electrónico, este sistema no solo permite identificar a cada una de las partes sino también incorporar todos los documentos relacionados con el manejo del caso de forma electrónica.

No obstante, con ocasión a la pandemia mundial, la justicia del Uruguay estableció la suspensión *normal* del servicio judicial a partir del 14 de marzo de 2020 declarándola bajo la denominación de «*feria judicial sanitaria*» (Poder Judicial, 2020, Num. 1), en tal sentido, se suspendieron los términos hasta el 3 de abril del 2020, siendo prorrogado seguidamente hasta el día 30 del mismo mes, mediante la Circular 53 de 2 de abril de 2020 que llevó el conocimiento de la Resolución SCJN 23 de 2 de abril de 2020, la cual introdujo a su vez una serie de turnos judiciales en los juzgados letrados de primera instancia mediante el agendamiento previo, por lo que el servicio presencial se siguió prestando pero de manera limitada.

La Resolución SCJ 12 de 16 de marzo de 2020, ordenó la instrucción de los magistrados y demás funcionarios técnicos de la aplicación zoom sin embargo, dichas audiencias no han sido generalizadas y el uso de este mecanismo ha sido excepcional; asimismo, para minimizar la presencia del público para solicitudes de información, se *alienta* a todos los departamentos administrativos a utilizar el correo electrónico, evitando procesos y procedimientos directos.

Respecto a las audiencias presenciales, con excepción de la parte penal y de familia para adolescentes la primera y especializado la segunda, se impulsó el uso de medios auxiliares para su realización, entre ellos el uso de las videoconferencias.

En igual sentido, teniendo en cuenta lo analizado por Pesce (2020), se implementó dotar de equipos de cómputo a aquellos jueces penales que no contaban con ello, logrando ampliar aún más el espectro de funcionarios capacitados para el teletrabajo,

De esta forma los Jueces Penales del interior pasan a formar parte del grupo de magistrados con capacidad de teletrabajo, el cual ya estaba conformado por la totalidad de los Ministros de Tribunales de Apelaciones, Jueces Penales del nuevo CPP y de Jueces de Ejecución de la capital.

Respecto del ámbito administrativo y los servicios de apoyo, también existe una gran cantidad de actores que vienen utilizando estas tecnologías desde hace años, y que ahora ante las especiales circunstancias de la emergencia sanitaria han propiciado la puesta en marcha su extensión [Párrs. 3-4].

Por tal motivo, de acuerdo con lo antes acotado, es posible llegar a la conclusión que en el Uruguay existe una potencial forma de materializar de manera efectiva la justicia electrónica, pero lamentablemente no se le está dando la importancia a su ejecución precisamente por la ritualidad del papel en virtud de la exigencia positiva codificada dentro de los estatutos procesales, muy a pesar de la existencia de los instrumentos teleológicos que permiten esa transformación electrónica, lo que ha llevado a una implementación prevalentemente lenta.

A pesar de lo anterior, los avances que se han apreciado en la justicia electrónica uruguaya se evidencian ante la implementación de un único instrumento para los trámites judiciales, lo que viene a significar que cada uno de los juzgados de este país utilizan un único sistema de tramitación con independencia en su ejecución de terceros, es decir con uso exclusivo para el poder judicial con una potencialidad para generar un canal directo para la procesabilidad digital.

7 CASO PARAGUAY

Con la entrada en vigor de la Ley 4.017 del 23 de diciembre de 2010 se reguló lo relacionado con la firma digital, la firma electrónica, los mensajes de datos y el expediente electrónico, reconociendo validez a los mencionados instrumentos, al igual que reguló «[...] la utilización de los mismos, las empresas certificadoras, su habilitación y la prestación de los servicios de certificación» (Ley 4017 2010, art. 1). Asimismo, el Decreto 7.369 del 23 de septiembre de 2011, aprobaría el reglamento general de la Ley 4017 de 2010.

Posteriormente, esta norma sería modificada por la Ley 4610 del 5 de julio de 2012, por medio del cual se modificaron los artículos 21, 27, 37, 38, 39, 43, 44, 45, 46 y 47 y el Título Sexto de la Ley N° 4017 de 2010, antes enunciada.

Gracias a esta implementación, comenzaron a prestarse los servicios digitales de manera tímida en la justicia paraguaya, comenzando con el pago electrónico de las denominadas tasas judiciales en el sistema bancario del país.

A raíz de la Acordada N° 896 del 15 de julio de 2014, se implementó la implementación del trámite electrónico del «Oficio Judicial en los Despachos Judiciales de todo el país a través de la plataforma tecnológica de “Oficios Electrónicos” desarrollada en el marco del Proyecto del Expediente Judicial Electrónico» (Acordada 896, 2014, art. 1), permitiendo con ello, economizar en tiempo y gastos de papelería entre otros, dándole una mayor seguridad jurídica a la comunicación, tanto para quien envía como para quien recibe el oficio en virtud de la firma digital contenida en el mismo, lo cual permite aligerar aún más el sistema de justicia.

Sin embargo, a pesar que desde el año 2010 se positiviza lo relacionado a la validez del expediente electrónico, solo en el año 2016 mediante la Acordada 1107 de ese año, se aprobó la implementación de las notificaciones electrónicas, las presentaciones en línea y la interposición de recursos en línea; en igual sentido, mediante la Acordada 1108 de 2016, se aprobó el *Protocolo de Tramitación Electrónica de la Corte Suprema de Justicia* con la finalidad de definir las políticas de la Corte Suprema de Justicia con relación a la tramitación electrónica, lo concerniente a la presentación en línea, las notificaciones electrónicas y los documentos electrónicos.

Seguidamente, la Acordada 1128 de 2016, vino a disponer el esquema de implementación de los trámites electrónicos dispuesto por la Acordada 1107 de 2016, en la cual en su artículo 3 consagra la necesidad de,

Encomendar a la Dirección de Comunicaciones de la Corte Suprema de Justicia seguir efectuando campañas de difusión de la implementación de la Tramitación Electrónica y los mecanismos dispuestos por la Corte Suprema de Justicia para apoyar a los profesionales tanto en la capacitación como en el soporte a la Digitalización [Acordada 1128, 2016, art. 3].

En igual sentido, mediante la Acordada 1268 de 2016, se dispuso ampliar la implementación de los trámites electrónicos e incorpora la firma digital de las resoluciones en los juzgados que cuentan con el trámite electrónico.

Hoy en día la implementación del expediente electrónico se ha expandido grandemente a la mayoría de las ciudades del país, aprovechando la pandemia del Coronavirus, permitiendo digitalizar 9 ciudades en concreto, funcionando el expediente electrónico en todas las jurisdicciones. No obstante, se prevé a futuro implementarlo a lo largo del país, lo que supone que su implementación se ha realizado muy lentamente, a pesar de la coyuntura del COVID-19, dado que la justicia virtual se ha acreditado en tiempos de pandemia solo en las ciudades que tienen habilitado este sistema.

8 CASO BRASIL

En el año 2006, se promulgó en Brasil la Ley 11419, la cual se encarga de la regulación de la informatización del proceso judicial; una ley que se ha encargado de permitir a los organismos judiciales buscar una solución que permita una

consolidación del proceso en el marco de la justicia electrónica. Sin embargo, de acuerdo con (Nou de Brito , 2015)

[...] alimentó aún más las diferencias de comportamiento entre los distintos organismos, que comenzaron a crear sus propios sistemas de información con características diferentes e incompatibles entre sí, descentralizados gastos de desarrollo y uso no razonable del dinero público [p. 5].

En tal sentido, existen alrededor de 27 sistemas diferentes los cuales permiten el procesamiento de información para los denominados procesos electrónicos. Teniendo en cuenta el análisis realizado por Nou de Brito (2015), estos sistemas son los siguientes:

PJE, E-DOC, PROJUDI, E-SAJ, E-PROC, E-SAMP, E-JUS, SRRE, PROVI, PORTAL DE SERVIÇOS TRT13, SISAUCO, PRECAD, E-PET, E-TUCUJURIS, E-PROCÊES, E-JUS, THEMIS, E-TJPI, PJERJ, PORTAL DO PROCESSO ELETRONICO DO RIO GRANDE DO SUL, PORTAL DO PROCESSO ELETRONICO DE SERGIPE, SPROC, PORTAL ELETRÔNICO DO TRF2, E-CNJ, E-STF, E-STJ, E-STM [Modificado, pp. 9-10].

Por otro lado, la Ley 12.682 de 2012, incorporó la presentación y preparación de documentos en medios electromagnéticos y digitalización, acoplando a estos procedimientos el uso de la certificación digital, regulada por infraestructura de clave pública (icp) en Brasil. Lo anterior ha permitido que el gran número de expedientes de los procesos se encuentren en formato digital.

Con ocasión a la implementación de la Resolución N.º 185 del 18 de diciembre 2013 emitida por el Consejo Nacional de Justicia, se consagró el PJE (Proceso Judicial Electrónico) como el sistema de carácter obligatorio en todo el sistema judicial de Brasil, con la finalidad de evitar la proliferación de sistemas de carácter electrónico existentes, los cuales reflejan una inseguridad jurídica y una falta de unidad jurisdiccional, lo cual atenta contra la eficiencia de los distintos órganos jurisdiccionales que componen el sistema judicial de Brasil.

Sin embargo, es necesario aclarar que desde la promulgación de la Ley 11.419 de 2006, que consagró la informatización del proceso judicial, la innovación en materia electrónica ha sido de gran utilidad para los órganos judiciales, permitiéndose, como ya se advirtió, el Consejo Nacional de Justicia regular el uso de los procedimientos electrónicos mediante la Resolución N.º 185 del 18 de diciembre de 2013.

Por tal motivo, aun en aquellos eventos que se tramitan completamente en medios electrónicos, no se han anulado por completo la comunicación de las partes procesales por el método convencional, por lo que la informatización de las actuaciones contenida en la Resolución *ejusdem* no hizo esfumar las comunicaciones procesales por los métodos tradicionales o por correo electrónico, pudiendo ser posteriormente digitalizadas y adjuntadas a los expedientes electrónicos.

Se ha permitido, incluso, la realización de citaciones a través de la aplicación WhatsApp la cual es ofrecida como un método opcional de comunicación, sin que sea impuesta a las partes, retro trayéndose únicamente a etapas citatorias.

De igual manera, la inteligencia artificial es otro ítem que se está abriendo paso en el sistema de justicia electrónica en Brasil, permitiendo con ello una mayor agilidad, eficiencia y consolidación de este tipo de justicia, el cual permitirá una verdadera unificación nacional, en el cual el usuario de justicia sea el ganador, al facilitarle el tiempo de respuesta y la adecuación procesal a los funcionarios.

Por tal motivo, la justicia electrónica de Brasil se cataloga como una de las más adelantadas en el continente, constituyéndose poco a poco (a pesar de algunas inconsistencias en la respuesta) en un sistema que se pretende consolidar en garante de debido proceso y el acceso a la justicia, lo que ha permitido una mejor respuesta en tiempo de pandemia, con las medidas preventivas consolidadas, colocándose a la vanguardia de los procesos judiciales electrónicos con miras a visibilizar el compromiso con su público demandante.

9 CASO ECUADOR

El sistema de justicia electrónica en el Ecuador ha sido implementado muy recientemente, a pesar de la existencia de algunos primeros intentos que no vinieron a representar avances significativos, como por ejemplo el denominado sistema de *Justicia 2.0*, el cual en palabras de Velasco (2020): «[...] significó un una ilusión de proyecto sobre justicia electrónica que nunca se logró ni llegó a implementarse» (p. 59).

No obstante, ante la necesidad de comenzar a desarrollar esta justicia se implementó el Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano conocido como SATJE, el cual ha sido mejorado desde el año 2013 hasta el 2020 encontrándose en la etapa o versión E- SATJE 2020, la cual permite el uso de las herramientas tecnológicas para el desempeño de las funciones judiciales, la cual fue puesta en servicio por el Consejo Superior de la Judicatura para la implementación de los trámites procesales de manera digital evitando el desplazamiento a las sedes judiciales físicas.

En el E-SATJE 2020, se dispone una Oficina de Gestión Judicial Electrónica por medio de la cual el usuario o apoderado podrá impetrar las medidas de protección respectivas, ingresar las peticiones iniciales, demandas y sorteos de causas, los escritos que ya se encuentran en trámite y los que se presenten posteriores a la aplicación de este sistema; consultar el casillero judicial electrónico y de procesos o expedientes judiciales digitalizados, entre otros. Lo que facilitará y agilizará los trámites judiciales, permitiendo con ello a su vez, hacer frente a la pandemia provocada por el Coronavirus.

Inicialmente este sistema se llevó a cabo en las sedes judiciales ubicadas de primer nivel, entre ellas: Pastaza, Azuay, Imbabura, Guayas y Pichincha y a partir de marzo de 2021, se buscará la aplicación a nivel nacional. Para poder usar este sistema, será necesario adquirir en el Consejo de la judicatura o en alguna Entidad de Certificación Digital, una firma electrónica, la cual va a permitir establecer la identidad del usuario en sus trámites; asimismo, es necesario contar con un casillero electrónico que será activado una vez se logre registrar en el consejo superior de la judicatura.

No obstante, los que no cuenten con firma electrónica, aun contarán con la posibilidad de hacer uso de la vía presencial o física hasta tanto adquiriera la mencionada firma en las entidades antes enunciadas.

Esta utilización va a promover la agilizar, eficiencia y eficacia en la tramitación de los procesos judiciales, con miras a una tutela jurisdiccional efectiva, eliminando obstáculos y promoviendo la transparencia en el servicio público de justicia. Asimismo, este sistema permite a los funcionarios judiciales tener un control efectivo de los procesos que han sido puestos a su competencia.

En virtud de lo anterior, serán pues los usuarios de la justicia los que mejor se verán correspondidos, pues con la implementación de los mecanismos puestos a disposición del E-SATJE 2020 gozarán de un sistema mas ágil que facilite la puesta en marcha del expediente judicial electrónico.

10 CASO PERÚ

Es de público conocimiento la existencia de una red interna en la rama judicial donde se realizaban las anotaciones de las demandas y escritos correspondientes. Sin embargo, en virtud del Decreto de Urgencia 006 de 2020, se crea «el Sistema Nacional de Transformación Digital» (Decreto de Urgencia 006, 2020, art. 1). No obstante, antes de la implementación de este sistema, vale la pena enunciar la implementación de consultas las anotaciones referentes al proceso de manera digital, al igual que el sistema de notificación (SINOE), el cual también se puede hacer de manera electrónica, mediante el aplicativo la página web del mismo nombre.

De acuerdo con lo anterior, se implementó el Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, el cual modificó el artículo 25 del Reglamento del Tribunal del Servicio Civil, configurando en él que «Las comunicaciones son notificadas a través de la casilla electrónica que proporcione el Tribunal, la que será de uso obligatorio para las entidades y para los administrados» (Decreto Supremo 040, 2014, art. 25). Es decir, que se hace uso del expediente digitalizado, mas no quiere decir esto que el expediente sea electrónico, llegando a efectuarse que cuando el funcionario recibe el expediente en físico procede a digitalizarlo.

Lamentablemente, el Perú no ha regulado lo correspondiente a la implementación del expediente electrónico, o la presentación de demandas vía electrónica; tampoco se ha desarrollado a totalidad el proceso de la oralidad en todas las jurisdicciones, lo que origina que la justicia peruana aun tenga la necesidad de implementar un proceso escrito, sobre todo en materia civil, lento y lleno de trámites procedimentales que obstaculizan un efectivo y ágil uso de la justicia peruana, situación que ha venido cambiando gracias a la concientización por parte de los jueces de las bondades del sistema oral.

Ahora bien, con ocasión a las consecuencias de la pandemia mundial de COVID-19, en el Perú se estableció, gracias a la emisión del Decreto Supremo 44 de 2020, la suspensión de la prestación normal del servicio desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 10 de abril del mismo año, siendo prorrogado por los Decretos 64 y 72 de 2020, respectivamente; también se determinó la suspensión de los plazos tanto

procesales como administrativos desde el inicio de la suspensión de la prestación normal del servicio judicial hasta el 10 de abril.

La utilización del denominado teletrabajo no fue muy acogida por parte de los operadores de justicia por lo que las medidas tomadas para garantizar el servicio de justicia no fueron muy significativas en términos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2020) «[...] En términos generales, no se adoptaron medidas significativas para garantizar el servicio, el cual -según dichos de sus propios operadores y durante ese lapso- se encontró bajo prestación mínima» (p. 70).

A partir del 11 de marzo las audiencias presenciales se continuaron solo con la presencia de las partes, en virtud que las audiencias virtuales «Se utilizaría para reuniones administrativas y audiencias virtuales de órganos judiciales» (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020, p. 71), siendo utilizadas solo de forma excepcional.

Como es posible apreciar, el uso de la justicia electrónica en el Perú está un poco limitada, incluso no tuvo una gran implementación en la época de pandemia, por lo que el sistema judicial requiere con urgencia el desarrollo oportuno de el expediente judicial, como también de la firma electrónica y digital, que permita una adecuada utilización de los medios digitales, facilitando así el uso la justicia; en ese sentido se requerirá una importante inversión por parte del Estado, para garantizar dicho derecho a toda la población y no que como ha ocurrido en otras latitudes, se cree una nueva limitante para aquellas personas de escasos recursos que no pueden acceder a un buen teléfono o datos de internet que le permita tener acceso a la justicia.

11 CASO BOLIVIA

En Bolivia los avances que se han realizado con relación a la justicia electrónica han sido mínimos, destaca el uso de la notificación electrónica, para algunos determinados actos procesales como, por ejemplo, los que son emitidos para la visualización en formato PDF, decreto o resolución. El resto de los actos que no se notifiquen electrónicamente, serán solicitadas presencialmente en el despacho correspondiente, por lo que no hay un manejo eficiente del expediente electrónico.

En tal sentido, de conformidad con los datos obtenidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2020), la brecha digital en la que está sumido el Estado con ocasión al sistema judicial es bastante grande, incluso en época de pandemia, donde no se le dio el desarrollo esperado, llegando a manifestar esta corporación, lo siguiente:

Como se señaló precedentemente en el marco de la situación de emergencia sanitaria por el COVID-19, los tribunales de justicia determinaron la realización de audiencias virtuales; sin embargo, el sistema de audiencias digitales virtuales solamente se ha realizado en materia penal a través del Sistema E-Foro administrado por la Dirección Administrativa Financiera del Órgano Judicial mediante la plataforma Blackboard gestionada por la Escuela de Jueces del Estado. El resto de las materias se gestionan mediante el Sistema SIREC, que es manejado por el Consejo de la Magistratura que

durante la cuarentena no lo habilitó para la realización de audiencias virtuales en las demás materias [p. 29].

En esas condiciones, si se toma en cuenta la realización de las audiencias penales descritas con anterioridad mediante la plataforma de Blackboard, esta tiene otra limitante a la cual se ve inmersa la población y es la falta de recursos digitales que se requieren para su utilización como por ejemplo «computadoras, internet y escáneres para la digitalización de documentos» (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020, p. 29), lo que origina un sistema un poco alejado de la agilidad que los demás sistemas implementados en otros países han desarrollado.

Con ocasión a la falta de desarrollo de la justicia electrónica, el organismo interamericano antes señalado, ha enumerado una serie de falencias en materia digital, que se pudo evidenciar con ocasión a los estragos ocasionados por la Pandemia mundial de coronavirus, los cuales es posible enumerarlos de la siguiente manera:

- Falta de acceso a la información pública por parte de las personas que tienen procesos judiciales;
- Brecha digital entre las ciudades y las áreas rurales del país que ocasionaron que en estos últimos casos no se hubiera podido tener un acceso ni siquiera material a la justicia;
- No se ha implementado un Reglamento General sobre teletrabajo;
- Los buzones electrónicos no funcionan a la fecha a cabalidad y en la mayoría de los casos, los litigantes deben llevar los documentos en físico a las oficinas de los tribunales;
- No se han incorporado las firmas digitales;
- No se ha cumplido con la debida publicidad de las audiencias virtuales;
- No se ha implementado de manera general la notificación electrónica que desde hace años fue objeto de implementación por el Tribunal Supremo y que sin embargo a la fecha no se cumple (Modificado de Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020, p. 30).

12 CASO VENEZUELA

El caso de la República Bolivariana de Venezuela es un caso complejo, por eso fue necesario dejarlo de último debido a su especial condición, ya que el hermano país, ha venido pasando una serie de infortunios en varios frentes neurálgicos que ya son de público conocimiento, y de los cuales no profundizaré para evitar incurrir en apreciaciones políticas o económicas que no son el objetivo del mismo, pero que lamentablemente las consecuencias de esas apreciaciones han tenido que ver en la implementación y en el acceso a la justicia en Venezuela.

No es un secreto lo golpeada que está la infraestructura venezolana, los problemas por los que viene afrontando como, por ejemplo, los cortes de luz, entre otras variables, que imposibilitan un adecuado funcionamiento de los medios electrónicos, y por ende de su aplicación a la justicia como elemento vinculante.

Venezuela, de manera formal, cuenta con las directrices necesarias para la presentación de demandas virtuales, recursos y amparos ante diferentes órganos jurisdiccionales, incluso de arbitramento. La creación del expediente judicial

electrónico mediante la Resolución 014 de 21 de noviembre de 2018, que lo adecua para los procesos llevados a cabo en los tribunales con competencia contra los delitos contra la mujer y aquellos del sistema penal de responsabilidad del adolescente.

Asimismo, la implementación del denominado “despacho virtual” como plan piloto que se lleva en algunos Estados del país, permiten evidenciar algunos avances en el intento de acceder a la justicia electrónica, sin embargo, en virtud de la coyuntura, tanto pandémica como político-económica que está presentando Venezuela desde hace unos años, los impedimentos para que los ciudadanos logren disfrutar de un servicio de justicia ágil y eficaz son muchos. Por lo tanto y sumado a los ya enunciados, es posible mencionar la falta de combustible y el fenómeno lamentable de la corrupción. Lo que crea un caldo de imposibilidades materiales y técnicas para una adecuada implementación del modelo de justicia digital.

No es posible mantener el acceso a la justicia electrónica cuando la energía falta mas de una semana entera⁵¹; y en el citado evento hipotético en que se cuente con una planta eléctrica, la falta de combustible⁵² imposibilitaría su uso, por lo que los aparatos electrónicos que requieren de energía para su utilización simple y llanamente no funcionarían.

Por tal motivo, la justicia virtual que se desarrolle en esas condiciones no representaría una verdadera implementación que vislumbre una adecuada garantía de acceso efectivo a la justicia, antes por el contrario, se erigiría un sistema de posibilidades virtuales, sin que la población pudiera acceder a ella por falta de recursos, y que se desperdiciará los posibles mantenimientos siempre y cuando las condiciones político-económicas por la que pasa el mencionado país se mantengan, por tal motivo, no se ha querido en esta oportunidad profundizar sobre los antecedentes y repercusiones del modelo de justicia, dado la coyuntura antes demostrada.

13 CONCLUSIÓN

La justicia virtual hoy en día se ha convertido en un elemento indispensable dado el uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, ya que no es posible vislumbrar un futuro donde los despachos judiciales continúen retrotrayendo modelos anacrónicos de justicia, con innumerables columnas de expedientes y con los despachos congestionados de abogados, consultores, dependientes, estudiantes, entre otros, atiborrados en un despacho bregando por la atención de unos pocos funcionarios que tienen que sostener la carga de prestar un servicio eficiente con pocos insumos como es el caso de muchos países como Perú, Colombia Argentina, Bolivia, entre otros, donde la congestión judicial configura una de las primeras barreras para el disfrute a una tutela judicial efectiva, donde incluso se continúan tejiendo con hilos los expedientes allegados los despachos.

⁵¹ Al respecto ver: <https://www.efe.com/efe/america/economia/las-fallas-electricas-forman-parte-de-la-rutina-en-venezuela/20000011-4619334>

⁵² Al respecto consultar: <https://www.larepublica.co/globoeconomia/el-rationamiento-por-crisis-de-gasolina-paralizo-el-sector-de-la-agricultura-en-venezuela-3172284>

En virtud de lo anterior, los modelos de flexibilización adoptados en muchos casos en virtud de la pandemia, como también en otros ya se venía tejiendo un importante desarrollo de la justicia electrónica, desde mucho tiempo atrás, vienen a constituir el presente y futuro de la justicia, la cual poco a poco deberá ir en funcionamiento de la implementación de las ayudas digitales, la utilización de la inteligencia artificial que ayude a agilizar los procedimientos judiciales y permitan una adecuada función jurisdiccional.

Sin duda alguna, la región está dividida en tres géneros, los países que han implementado la justicia virtual, permitiendo con ello poder facilitar el acceso a la justicia; los países que apenas intentan ponerse al día con la tarea de la digitalización de la justicia; y, aquellos que a pesar de que intentan este logro en su aparato jurisdiccional, no cuentan con las condiciones necesarias para su adecuada implementación, motivo por el cual es necesario una mayor vinculación de los órganos judiciales a nivel americano, con miras a retroalimentar conocimientos y permitir que aquellos menos aventajados puedan aprender de los errores y de los conocimientos obtenidos por parte de aquellos que han logrado superar las barreras iniciales de la justicia digital, y apresurar su implementación ante la necesidad latente de la población de lograr acceder ella de una forma ágil y segura.

Para tal finalidad, se hace indispensable la regulación de el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en aquellos países que no se ha regulado aún, implementando criterios de teletrabajo, ofimática y telemática, que permitan actualizar los viejos modelos procedimentales.

Como consecuencia de lo anterior, se requiere una importante lucha por parte de los países donde menos evolución ha tenido este modelo de justicia, para preparar a los operadores judiciales en el uso de las nuevas tecnologías, pero no solo prepararlos, sino dotarlos de los elementos materiales y técnicos adecuados para eficiente labor a desempeñar en este modelo, dado que se evidenció que algunos países, le exigen al funcionario judicial trabajar desde casa, pero no les otorgan los insumos adecuados para poder efectuar dicha tarea, tampoco se hacen cargo de las erogaciones en el sistema de internet contratado, ni costean los celulares y planes de celulares adecuados para el uso de esta actividad bajo estas condiciones.

La academia juega un papel importante, pues a pesar de que aun en algunos países como Colombia, Chile, Argentina y Uruguay, se han desarrollado modelos más o menos eficientes de justicia electrónica, la educación a los nuevos profesionales del derecho no está contemplando los cambios atribuidos a la utilización de estos medios, siguiendo con la ritualidad procesal anacrónica sin permitir un adecuado avance de la tecnología jurídica en la academia.

En consecuencia y ya para terminar, no está demás decir una frase que ya suena a cliché, y es que la tecnología llegó para quedarse, no es una lluvia de verano, no se puede ser indolente y anacrónico, para pretender volver a esos viejos modelos procesalistas, dignos de épocas ya superadas, por lo que se requiere un adecuado estudio y análisis por parte de los juristas, jurisconsultos, entre otros, para buscar una efectividad procesal electrónica que permita una eficiente utilización de este tipo de

justicia, con lo que, corolario de su estudio, se materializarán nuevas ideas que serán aplicables a la evolución y mejoramiento de la justicia digital.

REFERENCIAS

Centro de Estudios de Justicia de las Américas. (mayo de 2020). **Estado de la Justicia en América Latina bajo el COVID-19. Medidas generales adoptadas y uso de TICs en procesos judiciales.** Obtenido de https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5648/REPORTECEJA_EstadodelajusticiaenALbajoelCOVID19_20mayo2020.pdf?sequence=5&isAllowed=y

Congreso de la Nación del Paraguay. (23 de diciembre de 2010). **Ley 4017. De validez jurídica de la firma electrónica, la firma digital, los mensajes de datos, el expediente electrónico.** Obtenido de <https://www.bacn.gov.py/archivos/3550/20150709092101.pdf>

Congreso Nacional. (18 de diciembre de 2015). **Ley 20.886, Por medio de la cual se implementa la Tramitación Electrónica.** Obtenido de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1085545>

Congreso Nacional. (24 de marzo de 2020). **Ley 21220. Que modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia y teletrabajo.** Obtenido de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1143741>

Congreso Nacional. (1 de abril de 2020). **Ley 21226. Por medio de la cual se establece el régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, entre otros.** Obtenido de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1144003>

Consejo Superior de la Judicatura. (13 de marzo de 2020). **Circular PCSJC20-11. Herramientas tecnológicas de apoyo. Medidas Covid-19.** Obtenido de https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7e%2fApp_Data%2fUpload%2fPCSJC20-11.pdf

Consejo Superior de la Judicatura. (4 de junio de 2021). **Circular PCSJC21-12. Protocolo para la implementación del módulo de atención virtual a usuarios.** Obtenido de https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7e%2fApp_Data%2fUpload%2fC-12.pdf

Correa Fernández, M. D. (2021). **La Prueba Electrónica y la Digitalización de la Justicia en Colombia.** Medellín: Editorial Jurídica Sánchez R. S.A.S.

Corte Suprema de Justicia. (15 de julio de 2014). **Acordada No. 896** . Obtenido de <https://py.vlex.com/vid/acuerdo-n-896-corte-558845094>

Corte Suprema de Justicia. (18 de octubre de 2016). **Acordada 1128.** Obtenido de https://www.acraiz.gov.py/adjunt/Instituciones/CSJ/acordada_1128.pdf

Corte Suprema de Justicia. (8 de abril de 2020). **Acta 53 (auto acordado).** Obtenido de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1144417>

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (13 de diciembre de 2011). *Acordada 31*.
Obtenido de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/acordada-31-2011-195870/texto>

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (17 de mayo de 2012). *Acordada 08*.
Obtenido de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/acordada-8-2012-198609/texto>

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (20 de diciembre de 2012). *Acordada 29*.
Obtenido de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/acordada-29-2012-208750/texto>

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (21 de agosto de 2013). *Acordada 24*.
Obtenido de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/acordada-24-2013-218855/texto>

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (1 de octubre de 2013). *Acordada 35*.
Obtenido de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/acordada-35-2013-220661/texto>

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (1 de octubre de 2013). *Acordada 36*.
Obtenido de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/acordada-36-2013-220662/texto>

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (15 de octubre de 2013). *Acordada 38*.
Obtenido de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/acordada-38-2013-221022/texto>

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (10 de diciembre de 2013). *Acordada 43*.
Obtenido de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/acordada-43-2013-224063/texto>

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (29 de abril de 2014). *Acordada 11*.
Obtenido de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/acordada-11-2014-229571/texto>

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (16 de marzo de 2020). *Acordada 04*.
Expediente 1207-2020. Obtenido de <https://www.cij.gov.ar/nota-36967-Acordada-4-2020-de-la-Corte-Suprema-de-Justicia-de-la-Naci-n.html>

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (15 de abril de 2020). *Acordada 12*.
Obtenido de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/acordada-12-2020-336346/texto>

Martínez Villalba, J. C. (2014). La cuarta ola de derechos humanos: Los derechos digitales. **Revista Latinoamericana de Derechos Humanos**, XXV(1), 15-45.

Nou de Brito, F. (2015). El denominado proceso electrónico de Brasil y el principio del debido proceso legal: el choque entre el sistema de normas legales y los

sistemas informáticos. **XIX CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO E INFORMÁTICA**. Medellín.

Pesce, M. (26 de mayo de 2020). **Poder Judicial avanza en capacidad de teletrabajo para magistrados y servicios de apoyo** . Obtenido de <https://www.poderjudicial.gub.uy/novedades/noticias-institucionales/item/6460-poder-judicial-avanza-en-capacidad-de-teletrabajo-para-magistrados-y-servicios-de-apoyo.html>

Poder Judicial. (14 de marzo de 2020). **Declaración Pública**. Obtenido de <https://www.poderjudicial.gub.uy/novedades/noticias-institucionales/item/6431-se-declara-feria-judicial-sanitaria-los-detalles-se-daran-a-conocer-el-lunes.html>

Poder Legislativo. (26 de diciembre de 2007). **Ley 18237**. Obtenido de http://archivo.presidencia.gub.uy/_web/leyes/2007/12/EC780_19%2010%202007_00001.PDF

Presidencia de la Nación Argentina. (12 de marzo de 2020). **DECNU-2020-260-APN-PTE - Coronavirus (COVID-19)**. e. 13/03/2020 N° 14494/20 v. 13/03/2020. Obtenido de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-260-2020-335423/texto>

Presidencia de la Nación Argentina. (19 de marzo de 2020). **DECNU-2020-297-APN-PTE. Publicación 20/03/2020 N° 15887/20** v. 20/03/2020. Obtenido de <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227042/20200320>

Presidencia de la República. (25 de junio de 2014). **Decreto Supremo 040-2014-PCM**. Obtenido de <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2147983/DECRETO%20SUPREMO%20N%C2%BA%20040-2014-PCM.pdf.pdf>

Presidencia de la República. (9 de enero de 2020). **Decreto de Urgencia 006**. Obtenido de <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-de-urgencia-que-crea-el-sistema-nacional-de-transfor-decreto-de-urgencia-n-006-2020-1844001-1>

Velasco Morillo, J. J. (diciembre de 2020). La justicia electrónica en Ecuador: Desafíos para un cambio de paradigma. **Diálogos Judiciales**(VII), 57-70.

EL ENFOQUE BASADO EN DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL. MATERIALIZACIÓN DE LOS ODS EN COLOMBIA

BENÍTEZ, Melisa Caro⁵³

RESUMEN: La implementación de políticas de orden internacional encaminadas a garantizar la transformación del mundo, la mejora de las garantías y respeto de los derechos humanos por parte de los Estados, ha obligado al reconocimiento de los Objetivos de Desarrollo sostenible como los ejes transversales de las políticas internas de los Estados. La política pública ha logrado implementar programas que pretenden dar aplicabilidad al reconocimiento de derechos y a la puesta en marcha de un plan por la mejora de las capacidades y condiciones de vida de la ciudadanía, siendo esto estudiado desde los contenidos de los derechos de verdad, justicia reparación integral y no repetición, los estándares de protección internacional y los criterios de evaluación del enfoque basado en derechos humanos.

Palabras claves: Víctimas, enfoque basado en derechos humanos, Restitución, Política Pública.

ABSTRACT: The policy of land restitution has been implemented in order to achieve the *restitutio in integrum* of the citizens affected by the Colombian armed conflict, especially in the department of Bolivar, strongly affected by the violence, where massacres and a number of violations arose of human rights. Public policy has managed to implement programs that aim to give applicability to the recognition of rights and the implementation of a plan to improve the capacities and living conditions of citizens, this being studied from the contents of the right of restitution of land, the international protection standards and the transversal principles of the human rights-based approach.

Keywords: Victims, approach based on human rights, Restitution, Public Policy.

1 INTRODUÇÃO

Todos los seres humanos son titulares de derechos que la comunidad internacional debe promover, respetar y proteger. Esta afirmación se opone hoy a la era de la globalización y de flexibilización de los derechos básicos, pues han sido transformados en mercancías y por tanto convertidos en privilegios que solo unos pocos pueden disfrutar. Los derechos humanos están dotados de fuerza, y brindan importancia al discurso de solidaridad y responsabilidad compartida, los cuales darán origen a las acciones de cooperación a favor del Desarrollo Humano.

⁵³ Docente de la Universidad de Cartagena, Magister en Promoción y Protección en Derechos Humanos, Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Coordinadora del Semillero de Investigación Derechos Humanos y Desarrollo Adscrito al grupo de Investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos. E-mail: mcarob1@unicartagena.edu.co. <https://orcid.org/0000-0003-3892-9395>.

El antecedente del EDBH nace con la figura de la cooperación, y esta tiene origen con la aplicación del plan Marshall⁵⁴ para la reconstrucción de Europa, dado que se configuró la iniciativa de progreso, que para evolucionar era necesaria en la modernización de las sociedades.

La cooperación, desde esta perspectiva, debía apoyar la iniciativa privada y la libertad de mercado, a través de créditos y ayuda financiera reembolsable. Las consecuencias de estas políticas, con el incremento de la desigualdad y la desestabilización social, llevarán a una cierta recuperación del papel del Estado en el desarrollo, así como a una visión más multidimensional del desarrollo, que incorpora diversas temáticas y principios, y que se traduce en el paradigma del desarrollo humano sostenible, entendido como un incremento de las capacidades y opciones del ser humano, por primera vez situado en el centro del proceso. Su traducción en la cooperación implicará la adopción de la lucha contra la pobreza como objetivo central. (Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación-IUDC, 2015, pág. 9)

Es así como el EBDH tiene como finalidad el desarrollo humano sostenible, impuesto en la actualidad en los objetivos de desarrollo del milenio (ODS) reconocidos mediante resolución de consejo de seguridad de las Naciones Unidas N° A/Res/73/13 de 2015 en Colombia acogido con el Decreto 0280 de 2015 que crea la comisión interinstitucional para la implementación de los ODS. Estos ODS deben ser incluidos en los planes de desarrollo Departamentales y en el plan de desarrollo nacional que fue aprobado por la ley 1955 de 2019, el cual pretende humanizar la globalización y que las políticas públicas implementadas en los Estados afecten directamente la realidad de los ciudadanos, y cumplan además con el objetivo de mejorar la economía, así como los aspectos sociales y culturales que están quebrados y no han permitido un verdadero desarrollo sostenible y duradero en las sociedades. Respecto a esto, el Institut de Drets Humans de Catalunya (2014) sostiene:

El EBDH nos propone una nueva mirada al desarrollo, nos propone que nos pongamos las gafas de los valores, principios y normas de los derechos humanos para mirar la realidad social, políticas, económica, cultural, las relaciones entre las personas, nuestra forma de actuar en la vida pública y en la vida privada, el mundo en el que vivimos. (pág. 13)

El desarrollo con enfoque basado en derechos humanos procura mutar las relaciones de poder que existen, censurando las desigualdades, la discriminación y el injusto reparto de poder, por ser éstos los principales problemas que obstaculizan el desarrollo. Ello implica cambios en lo político, lo administrativo y organizacional de un país. (Institut de Drets Humans de Catalunya, 2014).

El EBDH se basa en valores y normas universales que se derivan de la dignidad humana, derechos humanos, que tienen que ver con la vida, la igualdad, el verdadero bienestar social y participación de la ciudadanía en la política del país. Entonces este enfoque incorpora valores y principios de orden internacional, pues

⁵⁴ En el año 1949, el presidente de los Estados Unidos, Harry S. Truman, implementó el plan Marshall para la reconstrucción de Europa, como una estrategia dentro de la guerra fría para aumentar el número de aliados y evitar que la URSS en esos momentos tomara más poder. (Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación-IUDC, pág. 9)

sustenta sus acciones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siendo estas las bases del desarrollo sostenible, al considerar que son el resultado de luchas de los movimientos sociales. (Institut de Drets Humans de Catalunya, 2014)

Otrora, el fundamento del EBDH, ligado plenamente con los derechos humanos, según el (Institut de Drets Humans de Catalunya) son (i) que las personas tienen derechos y deberes, (ii) Los derechos humanos nacen de las luchas de los movimientos sociales y la transformación en normas se traduce de esta lucha por la reivindicación de derechos, (iii) el desarrollo es un derechos que obliga a participar y disfrutar a los pueblos del modelo de desarrollo económico, social, político y cultural en el que puedan ejercer sus derechos, (iv) todas las personas pueden ejercer derechos y hacerlos exigibles ante los titulares de las obligaciones, (v) el aparato normativo se deriva de la dignidad humana. Y a su vez, la existencia de este enfoque involucra (vi) la diferenciación de titulares de derechos y obligaciones, y la corresponsabilidad que existe entre estos, (vii) el Estado es la institución obligada a respetar, proteger y garantizar estos derechos, (viii) la existencia de instrumentos jurídicos y judiciales para denunciar la violación de estos derechos, (ix) la facultad de los ciudadanos de exigir el ejercicio de sus derechos y por ultimo (x) el verdadero desarrollo de los instrumentos jurídicos, como reivindicación de derechos, el cual refleja la búsqueda de dignidad y la igualdad de las personas.

Estas máximas anteriormente mencionadas, se hacen exigibles, con la creación normativa y en la implementación de políticas públicas que desarrollen los derechos contenidos en las normas y que se derivan de la dignidad humana, así se expone en el siguiente cuadro:

Ilustración 1. La exigibilidad del Derecho. Fuente: ALOP (2001), los DESC.. Una revisión del contenido esencial de cada derecho y de las obligaciones del Estado. Tomado del informe derechos humanos y desarrollo del (Institut de Drets Humans de Catalunya, 2014, pág. 25)



Esta exigibilidad de derechos lleva a plantearse dentro del EBDH que el pilar fundamental para alcanzar el desarrollo humano es que sea incorporado el acceso, la

disponibilidad, la aceptabilidad, acceso, calidad, sostenibilidad y participación en el análisis de cada derecho.

Ilustración 2. Representación de las dimensiones de los derechos. Imagen hecha por la autor basada en la guía para la incorporación del EBDH en las intervenciones de cooperación para el desarrollo ISI Argonauta 2010.

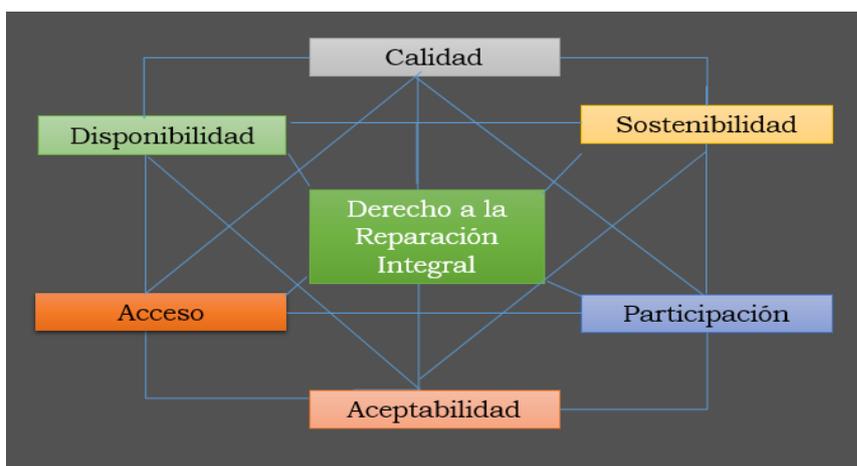


Tabla 2. Contenidos del derecho. Fuente: Guía para la Incorporación del EBDH en las intervenciones de cooperación para el desarrollo. Tomado de texto Derechos Humanos y desarrollo. (Institut de Drets Humans de Catalunya, 2014).

CATEGORÍA	PARÁMETROS
DISPONIBILIDAD	Número de establecimientos, recursos, insumos, programas, proyectos, bienes o servicios dispuestos para el cumplimiento del derecho.
ACCESIBILIDAD	La no- discriminación en la prestación de los servicios y en el sentido físico, de alcance geográfico, cultural, económico o religioso a los servicios.
ACEPTABILIDAD	Si los servicios responden a los valores de los usuarios- se estudia a través de la satisfacción que manifiestan con el servicio y son de su confianza.
CALIDAD	No sólo calidad técnica valorada por la oportunidad, la integridad y la efectividad de las acciones sino la calidad humana, en tanto satisface las expectativas de quien presta y de quien recibe el servicio.
SOSTENIBILIDAD	Permite la continuidad en el tiempo al monitorear la compatibilidad de la estructura y el funcionamiento propuesto en una iniciativa con los valores culturales y éticos del grupo involucrado y de la sociedad, lo que la hace aceptable por esas comunidades, actores u organizaciones.
PARTICIPACIÓN	Intervención de particulares en actividades públicas en tanto portadores de intereses sociales.

El EBDH propone una nueva mirada a las necesidades del ciudadano; a la familia; organizaciones sociales y al Estado como titular de obligaciones; este enfoque pretende que los derechos se interrelacionen con las obligaciones a través de la

asignación de roles para la comunidad internacional, Estado, la sociedad civil y el sector privado para que estos cumplan con los reclamos de derechos.

Este enfoque busca encontrar cuales fueron los factores de vulneración del derecho y a identificar las causas para así mermarlas y protegerlo, garantiza la participación de las entidades gubernamentales e internacionales en la resolución de los problemas; que se dé la rendición permanente de cuentas de las actividades realizadas por parte de entidades involucradas en protección de derechos.

Procura que los titulares de derechos tengan un fortalecimiento de capacidades para el cumplimiento del rol, pues el EBDH parte de que los titulares de derechos no saben cuáles son sus derechos y además no tienen las capacidades para hacer exigible el cumplimiento y protección de sus derechos, además que las entidades titulares de la obligación tienen capacidad para cumplirlas además que en muchos casos con la ejecución de actividades pueden llegar a violentar derechos (Institut de Drets Humans de Catalunya, 2014).

Es entonces claro que, el EBDH pretende que el titular de obligaciones respete, garantice y proteja derechos y los titulares del derecho construyan una mejor ciudadanía. Desde esta visión, en el presente capítulo se pretende exponer los elementos del EBDH como son la democracia y desarrollo y como estos interactúan en la materialización de los derechos Humanos.

1.1 Democracia

El concepto de democracia proviene directamente del término que usó Herodoto para denominar el “poder del Pueblo”, en el siglo III antes de Cristo. Este término resultó eclipsado o satanizado, debido a que Aristóteles en su libro *La política*, que versa sobre los modelos de gobiernos antiguos, clasificó a la democracia entre una de las malas formas de gobierno (Aristoteles, 2015); como consecuencia, este concepto se transformó por más de dos mil años en un término negativo para clasificar un sistema de gobierno, y por lo tanto, se prefirió usar el concepto de “Republica” a los sistemas de gobierno que tendían a ser participativos (Sartori, 1991).

Igualmente, Kant también consideró a la república y su constitución como el mejor modelo para concebir la paz entre los hombres y como fuente de derecho principal en una sociedad igualitaria. No obstante, el concepto de democracia lo asimiló a un Estado despótico, porque según su conceptualización en el gobierno democrático no existe una verdadera distribución del poder entre las ramas ejecutiva, legislativa y judicial. Para el autor, la democracia es un gobierno donde todos deciden sobre uno y viceversa, lo cual acarrea una contradicción por no existir representación y separación de poderes (Kant, 2003).

De similar forma se expresaba el autor John Locke, al considerar que el gobierno republicano es más adecuado para la sociedad, porque existían verdades morales cognoscibles por el uso de la razón que muchos hombres desconocían y no estaban capacitados para entenderlas. Por consiguiente, el republicanismo como propuesta de gobierno era fundamental, porque brindaba la posibilidad de representación y del uso del poder a un tipo de hombres dotados con tales

capacidades. Estos hombres revelarían las verdades morales que se necesitan para la convivencia en sociedad, cuestión que en la democracia sería imposible (Locke, 2006).

La democracia liberal burguesa es un proyecto político de las sociedades modernas que se configura como una república que presenta un gobierno representativo y una separación de poderes públicos. El problema de este proyecto es que su origen neoconservador y la etapa de industrialización de las sociedades le han causado enormes inconvenientes con respecto al uso del poder público. El sistema capitalista y la apropiación del Estado por parte de empresas Transnacionales le han causado a este proyecto una desconfianza y des-legitimización del Estado. Con lo cual, se ha deteriorado el alcance y el sentido de lo público.

Es por esto que muchos autores están propugnando por brindar ideas democráticas más participativas para controlar esta maquinaria capitalista que perjudica las sociedades contemporáneas y que han debilitado la legitimidad estatal. Karl Marx fue uno de los primeros y más influyentes críticos de la república moderna o democracia liberal burguesa, que causó un impacto sin precedentes en su época al proponer la necesidad de instaurar otro tipo de democracia: la democracia popular o comunista (Marx, 2013).

La teoría marxista se constituyó en una propuesta política basada en el control del mercado, en el cual el individuo pasaba a configurar el papel principal del Estado, y en cuyo eje se centrarían todas las políticas del Estado. Es decir, la república liberal o democracia liberal burguesa pasaría a ser reemplazada por un papel totalitarista del Estado comunista, en el cual un único partido político controlaría el mercado para salvaguardar la dignidad del hombre. Se pretendía eliminar, con esto, las precariedades que había causado el capitalismo salvaje del Estado liberal a través de la explotación del hombre por el hombre (Marx, 2013).

Sin embargo, algunos autores liberales, como John Maynard Keynes, presentaron otras propuestas al respecto del marxismo y decidieron apelar a una figura republicana liberal pero con ideas un poco proteccionistas; tal es la propuesta de creación del Estado benefactor. El problema de este Estado fue el nivel de burocratización y corrupción que empezó a brotar de sus filas públicas, en las cuales nunca se concretaron las políticas que acabarían con la pobreza social, sino que por el contrario muchos de los funcionarios públicos que velaron por la distribución del capital, receptado por los impuestos, terminaron acabando con dinero en bolsillos.

Con lo anterior, el mercado se constituyó como mecanismo superior de regulación social y como precondition de funcionamiento de cualquier democracia. Con esto, el individuo deja de ser entendido como un resultado de un proyecto político para entenderse en el marco de las relaciones de la economía como un objeto de explotación. En este sentido, las ideas liberales se reestructuran en otras formas de participación para romper el paradigma republicano liberal y llevarlo a un plano más democrático participativo. Entre estos autores se puede considerar a John Rawls.

Rawls propone crear un modelo de democracia consensual, en la que la posición original de todos los individuos con condiciones simétricas de libertad e igualdad argumentativas permiten que existan espacios de discernimiento para llegar

a concretar unos principios de justicia en forma de consenso razonable entrecruzado (Rawls, 2000). Es decir, con total unanimidad de las ideas morales, políticas y jurídicas de todos los participantes en el consenso de discusión. Con esta posibilidad consensual se llega a generar una construcción institucional de la estructura básica de la sociedad en todos los niveles posibles; económicos, sociales, culturales y políticos (Rawls, 1997).

Además del consenso, para Rawls es permisible brindarle la posibilidad a la ciudadanía de manifestarse en contra de elementos facticos que se desarrollan en contra de lo pactado. Para ello, considera como opción a la desobediencia civil como parte estructural para la legitimidad del sistema, y también como reconocimiento de la disidencia, ya que, es una forma de reestructurar los consensos en la medida en que surja una sociedad cambiante (Rawls, 1997).

Por otra parte, Jürgen Habermas desarrolla otra tesis basado en la re-fundamentación epistemológica del materialismo histórico desarrollado por Marx con base en el análisis de las condiciones de emancipación humana tardía del capitalismo actual, propio del estudio de la escuela de Frankfurt, y en la reconstrucción teórica de la democracia en las sociedad post-industrial (Mejía, 2006). Habermas propone un nuevo paradigma discursivo procedimental entre un modelo democrático capitalista y elementos facticos que pueden ser reconstruidos con base a modelos consensuales.

El paradigma que propone Habermas es el de la racionalidad comunicativa o también defendido como consenso entrecruzado superpuesto. Es decir, un modelo discursivo del derecho que permite el reconocimiento de los procedimientos jurídicos, en tanto, los contenidos de discusión permitan la multiplicidad de perspectivas de vida, con el objetivo de rehacer lazos sociales que pueden estar desintegrados por la influencia del capitalismo y de intereses particulares. Esta posibilidad argumentativa podrá cerrar las brechas del rechazo social y acudir a argumentos racionales discutidos para mejorar la estructura institucional y jurídica (Habermas J. , 2005). Esto consolidaría un modelo de democracia radical o de democracia deliberativa propio de un Estado participativo.

Desde otra perspectiva mucho más radical, han surgido teorías democráticas como la de Honneth y Dubiel, la cual se centra en el apoyo a la desobediencia civil como un factor reivindicativo del carácter abierto e inacabado del proyecto democrático. En esta constante participación disidente, la ciudadanía es el verdadero motor que impulsa la política democrática y no las tendencias políticas a acrecentar el poder económico en pocas manos, es decir, en el desarrollo de proyectos particulares de las elites capitalistas o de las multinacionales. La desobediencia civil es, entonces, un dispositivo democrático que defiende los ideales del proyecto de democracia participativa y previene cualquier influencia de abuso de poder (Dubiel, 1997).

Otro enfoque radical lo presenta Antonio Negri con lo que se denomina la democracia real o absoluta. Negri expone que la democracia capitalista post-industrial adquiere un papel imperial e impositivo, impidiendo con esto el desarrollo de la emancipación del ciudadano y consolidándolo como una multitud dominable y apacible (Negri, 1994). La propuesta de Negri se basa entonces en la búsqueda de cánones revolucionarios de lucha en contra de esta posibilidad capitalista de imperio

para buscar mejorar las condiciones del ciudadano común inmerso en esta sociedad, claro está, sin proponer con precisión la forma de consolidarlo (Mejía, 2006).

Un último enfoque radical lo propone Alain Touraine, en el cual, expresa que se debe buscar mediante el dialogo el reconocimiento de las diferencias y el respeto de las libertades individuales y de la diversidad, porque el objeto de la democracia es permitir la verdadera libertad de los individuos, los grupos y las colectividades capaces de crear una identidad colectiva alrededor de las instituciones políticas y democráticas (Touraine, 2001).

1.2 Desarrollo

Cuando se plantea la pregunta acerca de qué es el desarrollo, se hace referencia a definiciones como crecimiento o aumento, ya sea de la economía, la sociedad o la cultura, concepto que no está alejado de la realidad de lo que es el desarrollo o lo que se ha pensado que es en los últimos siglos.

El desarrollo efectivamente, como lo manifiesta Sen (1998), ha tenido su definición ligada al crecimiento de la economía de mercado, la acumulación de capital, el aumento de la renta per cápita o la mejora en la planificación de mercado, generando esto una correlación entre desarrollo y crecimiento económico.

Sen (1998) advierte también, en la obra antes citada, que la posición del Estado ante el desarrollo es aquella que va encaminada al aumento de la producción, o sea más trabajo del capital humano, ya que este produciría mayor renta, y así, existiría un mayor bienestar económico para los ciudadanos. Ante esta definición de desarrollo, ligada únicamente al crecimiento económico y a mirar al ciudadano trabajador, destinatario final en la ruta de consumo del desarrollo, como objeto de producción de capital, nacieron teorías que apoyaban la definición de desarrollo que tuviera en cuenta los aspectos sociales y culturales de la población, es decir las necesidades del trabajador mismo (Picazzo, 2012, pág. 18)

Esta crítica nace en contra de la teoría de la dependencia y Estado bienestar que se manejaba en américa latina bajo el punto de apoyo de las opiniones de la ONU y la CEPAL, y en Europa contra de los perjuicios causados por el desarrollo al medio ambiente origen esto de la creación del club de roma donde se trató de dar un límites al desarrollo. (Meadows, 1972, pág. 15).

Es así como Hinkelammert (1999), con respecto a la teoría de la dependencia, arguye lo siguiente:

En los años sesenta la teoría de la dependencia compartía la opinión general de que la tasa de crecimiento económico puede ser considerada como una locomotora que produce una dinámica en la sociedad entera, que lleva automáticamente al pleno empleo la fuerza de trabajo y la producción de un plusproducto capaz de asegurar y financiar la integración social de toda esta fuerza de trabajo. Se trata de aquello que en su tiempo el canciller alemán Schmidt sintetizó de la manera siguiente: los ahorros de hoy son la inversión del mañana y los puestos de trabajo de pasado mañana. De esta forma la política económica fue transformada en política económica de crecimiento

económico, cuyo producto podía servir, por medio de medidas de política social correspondientes, a la integración de todos en la vida social (pág. 21).

De acuerdo con lo anterior, se puede inferir que el desarrollo en este caso es el crecimiento económico o el crecimiento de la capacidad económica. Distanto ello de lo que sucedería posteriormente en los años setenta cuando la OIT, el Banco Mundial y otras organizaciones, empiezan a consensuar sobre la redistribución marginal de la renta, invirtiendo en activos el producto adicional originado de los procesos de crecimiento económico a favor de los pobres. Es así como se comienza a discutir sobre el término redistribución, y fue la OIT quien a mediados de los setenta habló de la que la priorización del desarrollo debía enfocarse a favor de la creación de empleo y satisfacción de necesidades humanas básicas tales como la necesidad de alimento, de vivienda y ropa, de educación primaria y secundaria y de atención primaria de salud. (Director-General of the International Labour Office Geneva, I.L.O., 1976).

En los años ochenta se hizo evidente que el crecimiento ya no podía darse por sentado. Gran parte de África y de América Latina, sobre todo, se hundieron en una profunda crisis y los planes de desarrollo se focalizaron principalmente en la “estabilización” y el “ajuste estructural”. Pero las políticas convencionales de estabilización y de ajuste no sólo provocaron estagnación o, lo que es peor, un empeoramiento de la situación económica, sino que el peso del ajuste recayó invariablemente en los grupos más desfavorecidos, lo que generó mayor desigualdad y pobreza. La UNICEF reaccionó contra la ortodoxia afirmando que era no sólo posible sino deseable diseñar programas de ajuste que protegieran a los pobres del grave deterioro de las rentas y preservara de los recortes del gasto público la salud básica, la alimentación, la protección de la infancia y los servicios educativos. Este enfoque, llamado “ajuste con rostro humano”, constituía un gran desafío frente a las corrientes dominantes e hizo más que cualquier publicación anterior por “situar primero a las personas” (Griffin, 2001, pág. 14).

Con esto, se crearon las bases de lo que hoy llamamos desarrollo, desarrollo humano, tanto la mesa Norte Sur y el comité de naciones para la planificación del desarrollo, decidieron apoyar este tipo de desarrollo y fue así como se empezó a realizar un informe de los costos humanos del ajuste estructural. (Griffin, pág. 15). Más tarde fue con Mahbub ul Haq⁵⁵ quien siendo asesor del PNUD convenció a estos de respaldar el concepto de Desarrollo humano. A partir de 1990 el PNUD comenzó a publicar anualmente un informe sobre desarrollo humano, que expone las características de este concepto.

La humanización del desarrollo económico no dejó a un lado la importancia de la renta per cápita que, por mucho tiempo, con su aumento, fue el indicador de progreso en materia de desarrollo económico. Varios analistas sociales hablaron de índices como el índice de calidad de vida física, creado por (Morris, 1982), y que fue una de las discusiones más importantes que se le hizo al PIB per cápita; este índice

⁵⁵ Asesor Especial del Administrador General. Vease Mahbub ul Haq, *Reflections on Human Development*, New York: Oxford University Press, 1987.

buscaba medir el bienestar o calidad de vida directamente y no de manera indirecta agregando el producto global de bienes y servicios y dividiendo el total por el tamaño de la población. (Griffin, pág. 16).

Más tarde, aparecen autores como Amartya Sen y Lord Desai quienes inventaron el Índice de Desarrollo Humano (IDH), el cual fue incluido por el PNUD en el informe sobre desarrollo humano anual. Para Amartya Sen el desarrollo es el proceso de ampliación de las capacidades de las personas, concibe al desarrollo como la expansión de la libertad, siendo este su fin primordial y medio principal. (Sen, 2000).

Sen llama a la libertad como el papel constitutivo del desarrollo, pues está relacionada con las libertades fundamentales para el enriquecimiento de la vida humana; para él, la gente debe disponer una gama mayor de opciones, puesto que el gasto en capital humano produce rendimientos económicos mayores que la inversión en capital físico (Sen, 1998).

El reconocimiento del papel de las cualidades humanas como motor del crecimiento económico no aclara cuál es la meta del crecimiento. Si, en último término, el objetivo fuera propagar la libertad para tener una vida digna, el papel del crecimiento económico consistiría en proporcionar mayores oportunidades para ello y debería integrarse en una comprensión más profunda del proceso de desarrollo.

En consecuencia, la ampliación de la capacidad del ser humano tiene importancia directa e indirecta para conseguir el desarrollo. Indirectamente, permite estimular la productividad, elevar el crecimiento económico, ampliar las prioridades del desarrollo y contribuir a controlar razonablemente el cambio demográfico; directamente, afecta el ámbito de las libertades humanas, del bienestar social y de la calidad de vida, tanto por su valor intrínseco como por su condición de elemento constitutivo de este ámbito (Sen, 1998).

Desde este punto de vista el desarrollo es el proceso de expansión de libertades humanas y su evaluación debe tener en cuenta esto, es así como IDH se convirtió en un indicador importante, que busca medir el nivel de las capacidades humanas, el conjunto de opciones con que cuenta una persona. Diferenciando capacidad con bienestar. El IDH tiene cuatro componentes el primero, es la esperanza de vida al nacer; el segundo, es la tasa de alfabetización adulta, la tasa de matriculación combinada con la educación primaria, secundaria y terciaria: cuarto la renta real medida en términos de paridad de poder adquisitivo. (Griffin, 2001).

En Sen se puede encontrar la importancia de la política dentro la parte constitutiva del desarrollo, cada ciudadano aporta al desarrollo cuando participa de la toma de decisiones políticas que afecten a la ciudadanía y la evaluación de las mismas políticas. La estrategia de medir el desarrollo humano ha servido para medir el impacto de la desigualdad, el impacto de la inequidad y discriminación en la distribución de la renta, ya hoy se habla de procurar un desarrollo humano sostenible (DHS), refiriéndose esto, a una economía que brinde oportunidades a los ciudadanos, los cuales cuenten con capacidades de decisión y evaluación; y libertades adecuadas donde realmente puedan expandir su ser.

El desarrollo de hoy, el humano sostenible, procura que el ciudadano cuente con la capacidad de solventar sus necesidades, que no sea visto como un objeto del mercado, como el capital humano de trabajo, sino aquel capital humano que tiene capacidades y libertades. En estas circunstancias, este ciudadano podrá aportar al mejoramiento de las condiciones de vida digna, con esto se perpetra la dignificación del trabajo, se dignifica el ser. Siendo entonces que, cuando el ciudadano, es educado para conocer sus derechos y hacerlos exigibles o cuando evalúa las políticas públicas y analiza si estas están realmente bien diseñadas, se ha logrado un verdadero desarrollo.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS CON ENFOQUE BASADO EN DERECHOS HUMANOS

El enfoque basado en derechos humanos se constituye en el marco conceptual para el proceso de desarrollo humano de los Estados⁵⁶. Este enfoque se aplica a las políticas públicas, con el fin de que estas cumplan con los criterios de protección, respeto y garantía de Derechos Humanos –obligaciones últimas del Estado–; se podría decir, por tanto, que es una forma no judicial de hacer exigible la protección de los derechos humanos.

Lo anterior implica un cambio esencial en la forma en que las garantías fundamentales son tuteladas, puesto que su protección ya no depende exclusivamente de su positivización o reconocimiento formal por parte de las autoridades judiciales, sino que deviene o se origina de todas y cada una de las instituciones estatales, en cuanto hacen parte activa de estrategias gubernamentales encaminadas al desarrollo y protección de dichas garantías.

Sobre esta concepción de acciones gubernamentales encaminadas al desarrollo, protección y concreción de dichas garantías fundamentales, Calvo (2005) sostiene que “La realización del derecho útil o regulativo solo es concebible en términos de ejecución de políticas públicas encaminadas a conseguir resultados acordes con valores, objetivos e intereses sociales” (pág. 11).

Así mismo, el diseño y concreción de las políticas públicas varía en cuanto estas son desarrolladas en el marco del enfoque de derechos humanos. En efecto, el reconocimiento de los derechos humanos, como fundamento mismo de las políticas, exige que estas abandonen sus anteriores criterios de homogeneidad, los cuales en su aplicación ocultaban intereses específicos de la ciudadanía. Sobre el problema de la homogeneidad de las políticas públicas, se ha establecido que se debe abandonar la construcción de políticas públicas bajo referentes de costo-beneficio de naturaleza económica, ya que estos enfoques utilitaristas no identifican la verdadera necesidad de los ciudadanos. (Sen, 2000)

No se deben confundir los derechos humanos con los criterios de especialización, ya que generaría una sectorización de la política pública, y con esto

⁵⁶ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Preguntas frecuentes sobre el enfoque de Derechos Humanos” Nueva York y Ginebra: ONU, 2006.

una suerte de exclusión en el marco de la inclusión buscada, una paradoja de carácter institucional.

Esto implica que la construcción y aplicación de una política pública con enfoque de derechos humanos, no depende solamente de configurar está con base en el desarrollo y protección de estos, sino también de una relación de responsabilidad entre instituciones de carácter estatal y organizaciones sociales de carácter civil en cuanto a la gestión política del Estado.

Sobre este enfoque, se puede traer a colación la idea de Alza (2014), que plantea que al tomar elementos del derecho internacional y del derecho procesal constitucional e insertarlos en los procesos propios de la función administrativa, logrando dar vigencia a los derechos humanos en el ámbito social o fáctico.

Permitiendo con esa concreción a través de acciones de naturaleza estatal, pero mediada y lograda por la sociedad civil en igual medida, se puede lograr una verdadera protección de derechos. Sen (2000), refiriéndose en su informe del PNUD al enfoque de derechos humanos en las políticas públicas, resalta “la necesidad de aplicarlo para que existiese un verdadero desarrollo y las capacidades y libertades de los ciudadanos se pudiera expandir”.

La implementación de políticas públicas es una decisión administrativa del Estado que pretende satisfacer necesidades, o proteger derechos que tienen la característica de asistenciales. Por tanto, el eje central de esta implementación gira en torno al ciudadano y sus derechos, siendo un retroceso ir en contra de la verdadera función de la política pública. El enfoque basado en Derechos Humanos puede ser aplicado en cualquier momento sobre la política pública, ya sea en la agenda, diseño, implementación o evaluación.

De esta manera, el enfoque de derechos humanos en las políticas públicas logra superar los modelos de asistencial de la ayuda internacional, la focalización en la infraestructura, la provisión de bienes y servicios (Barco, 2014), se abandona la concepción del ciudadano como beneficiario y se construye un modelo de ciudadano como titular de derechos:

El EBD también aporta al desarrollo la posibilidad de superar los análisis meramente utilitarios que focalizan la atención allí donde los recursos lleguen a mayor población, aun cuando los problemas sean menos serios; o la mera búsqueda de impacto cuantitativo, que suele llevar a decisiones más tendientes a la captura, a la elección pública basada en intereses electorales, entre otros vicios. De esta manera, el EBD le da prioridad a la asignación de recursos a aquellos tipos de violación de derechos más severos o gruesos, aunque sólo sean afectados un pequeño número de personas, sin perjuicio de atender aquellos menos graves que afectan a un gran número de personas. Sin duda, la exigencia de atención es aún mayor cuanto más integral. La persona humana deja de ser aquí un consumidor o usuario, para pasar a ser un ciudadano que se apropia, exige y realiza sus derechos. En este sentido, he afirmado numerosas veces que el enfoque de derechos implica también una posición ética frente a la acción del Estado y la sociedad. (Alza, 2014, pág. 56)

Los pasos para la aplicación del enfoque BDH en una política pública son (i) Delimitar la política pública, comprendiendo el problema y solución por el cual se aplica, (ii) Delimitar el Derecho – normativa internacional e internacional, análisis de contenido del derecho (Disponibilidad, accesibilidad, calidad, adaptabilidad) y el marco institucional necesario para la protección del derecho-, (iii) Identificar las obligaciones del estado- Respetar, proteger, garantizar y promover-, (iv) Verificar los principios transversales del EBDH que son: la igualdad y no discriminación, la progresividad y no regresividad, la participación ciudadana en la toma de decisiones y el principio de transparencia y rendición de cuentas, (v) Establecer los contenidos específicos para verificar el EBDH en la política pública- arquitectura institucional, estrategias, programas y proyectos-. (Alza, 2014)

2.1. Delimitar la política Pública

Con respecto a la aplicabilidad del EBD es necesario identificar en que política se desea implementar el EBDH y cuáles serán los elementos de relevancia para lograr la efectiva aplicación.

2.2. Delimitar el Derecho

2.2.1. Delimitación del Derecho bajo la protección nacional e internacional

En cuanto a este parte es importante tener en cuenta que los Derechos Humanos son interdependientes, situación que puede llegar a generar que una política pública afecte a varios derechos a la vez, es preciso medir el derecho más directamente relacionado con el problema público, para construir sucesivamente el análisis sobre los demás derechos para así alcanzar la integralidad de los mismos; por tanto hay que identificar desde la normatividad internacional cuales son los medios de protección de ese derecho que internamente está siendo afectado. (Alza, 2014)

El EBDH obliga a pensar en la validez de un derecho que el sistema internacional viene acogiendo a través de conceptos generales y que ha tenido consecuencia jurídica en la jurisprudencia internacional.

2.2.2. El contenido del Derecho

Significa que debido a que el EBDH es un instrumento metodológico que lleva a los aplicadores de la política pública a promover y proteger los derechos humanos, es necesario verificar o reconocer en que consiste el principal derecho que la política pública va a hacer valer.

Esta verificación establece el contenido operativo del mismo derecho, pero primero se debe primero identificar los estándares nacionales e internacionales de derechos a partir de los derechos humanos, ya sea pactos o convenciones, resoluciones internacionales o leyes internas de cada estado.

Como segunda medida se debe identificar el mínimo contenido de los derechos y para esto se deben analizar los instrumentos de Derechos Humanos que

forman parte del orden nacional o internacional. Al respecto, Alza (2014) señala cuatro elementos del contenido del derecho con relación a este segundo punto:

- **Disponibilidad**, cuando el ciudadano lo necesite, el bien o servicio debe estar garantizado.
- **Accesibilidad**, cuando el ciudadano lo necesite, quiera recibir o gozar del bien o servicio, debe lograrlo sin discriminación alguna.
- **Calidad**, cuando el ciudadano recibe el bien o servicio debe ser óptimo para su goce y disfrute.
- **Adaptabilidad**, es necesario adecuar la política a la realidad social y cultural de las personas o comunidades a quienes se afecta. (Alza, 2014).

Con relación a la accesibilidad, Alza (2014) toma como ejemplo una delimitación del derecho al agua para indicarnos de manera más clara que la accesibilidad abarca cuatro dimensiones:

- **Accesibilidad física:** debe estar al alcance físico de todos los sectores de la población.
- **Accesibilidad económica:** los costos y cargos directos o indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto.
- **No discriminación:** el agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos y todas de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población.
- **Acceso a la información:** comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre cuestiones de agua.

2.3. Identificación de las obligaciones del Estado

Los Estados deben implantar estrategias para la promoción y protección de los Derechos Humanos, los cuales deben actuar aplicando acciones tendientes a cumplir con las siguientes obligaciones:

- **Respetar:** El Estado debe realizar con buena calidad las actividades correspondientes para respetar los derechos de los ciudadanos.
- **Proteger:** No debe permitir el Estado que ninguna persona ya sea jurídica o natural perturbe el goce y disfrute de un derecho a otra persona. Incluyendo esto, que la normatividad vigente y los mecanismos judiciales estén encaminados a la protección de goce eficaz del derecho.
- **Garantizar:** El Estado debe garantizar que el titular del derecho haga efectivo el derecho cuando no pueda hacerlo por su misma persona.
- **Promover:** El Estado debe usar los medios para informar sobre las formas, contenido y ejercicio del derecho por parte de los ciudadanos los ejerzan de forma eficaz y eficiente.

Con la identificación de las anteriores obligaciones, se puede concretar qué decisiones debe tomar el Estado para satisfacer los contenidos de cada derecho.

Incluso se puede hacer una verificación de **Obligaciones del Estado/Contenidos del derecho**.

2.4. Principios transversales

Son imperativos de la comunidad internacional los cuales imponen límites que deben ser acatados al aplicar las políticas públicas de promoción y protección de los Derechos Humanos.

Según manifestación del PNUD en el 2015, sobre los principios transversales y operativos se indicó que ellos eran a) la igualdad y no discriminación como la inclusión de grupos vulnerables aplicando los enfoques de reconocimiento a la diferencia (Pobreza, Género, Discapacidad, Etario, Étnico) y garantizar el desarrollo de capacidades, b) la participación ciudadana en la toma de decisiones como promover el dialogo e identificar los titulares de los derechos y obligaciones, c) progresividad y no regresividad como priorizar derechos a garantizar y asegurar recursos para la debida implementación de medidas aplicadas para la aplicación del ala política pública, y d) transparencia y rendición de cuentas como el establecimiento de responsabilidades, la rendición de cuentas y existencia de mecanismos de reclamo y solicitudes de información.

Es importante aclarar que el EBDH obliga a que la política pública establezca un medio que evidencie que el contenido de cada principio se configure en la implementación y permanezca, al igual que en las obligaciones del Estado se identifique si efectivamente se cumplen y están acorde a la normatividad nacional e internacional.

3 LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA

El conflicto armado interno logró desequilibrar la estabilidad social, económica y cultural de los colombianos. Según Ramírez Bastidas (2010), la Republica nació tras una guerra que se extendió durante 15 años; luego, durante 40 años, el país vivió una violencia partidista entre liberales y conservadores. Más tarde, el caos nacional fue promovido primero por las guerrillas, las cuales emergieron con fines de lucha y resistencia para lograr un ascenso social, pero declinaron sus ideales al degenerarlos en el narcotráfico y extorsión; la segunda causa de caos fue el paramilitarismo, que nació como fuerza contrainsurgente, y que según Velásquez Rivera (2007)

(...) invadió las distintas estructuras del poder estatal, en la perspectiva de configurarse como un proyecto político, militar, social y económico de alcance nacional. Originado, según sus mentores, como una respuesta a los excesos de la guerrilla. Pero el paramilitarismo ha privilegiado, como método de lucha, las masacres, asesinatos selectivos y desplazamientos de población civil, acusados de ser simpatizantes o colaboradores de las guerrillas. (pág. 143)

Masacres como la del corregimiento El Salado (municipio El Carmen de bolívar) en el año 2000, donde según el Centro Nacional de Memoria Histórica (2009)

450 miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia, con el fin de acabar con todos aquellos que hacían parte de la guerrilla (Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC), perpetraron una matanza que arrojó un total de 60 víctimas fatales, 52 hombres y 8 mujeres, y provocó que 4000 personas se desplazaran hacia diferentes ciudades. Esta clase de actos muestran hasta donde llegó la degradación de la dignidad humana.

Todos estos actos de barbarie y abusos masivos de derechos humanos ponen en duda la legitimidad estatal, generando desconcierto e inestabilidad política en la ciudadanía. La Corte constitucional colombiana en sentencia (Sentencia T- 025, 2004) declaró el estado de cosa inconstitucional, pues el desplazamiento dice, afecta la espiritualidad y la conciencia colectiva, siendo entonces necesario para el gobierno la búsqueda de una solución eficiente y eficaz para este fenómeno.

Es así como se implementa la Justicia Transicional, que se fundamenta en la protección de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación integral en la etapa de posconflicto, teniendo como objetivo principal alcanzar la paz y reconciliación, con el propósito de conseguir un verdadero reconocimiento de los derechos de las víctimas.

Al ser la justicia transicional un modelo atractivo de aplicación en lugares de conflicto o posconflicto, no solo ha sido aplicado en Colombia, sino también en países como Argentina, Chile, Burundi, Irlanda del Norte, El Salvador, Guatemala, Camboya, Mozambique, Bosnia Herzegovina, Sri Lanka, Sierra Leona, Sudáfrica y España. En todos ellos, ha sido necesario en aplicar el juicio de proporcionalidad, por el cual la restricción de un derecho fundamental (como el derecho de las víctimas a la justicia) sólo es legítima si constituye el medio necesario y suficiente para conseguir un propósito democrático prioritario, siempre que no estén disponibles otros medios menos lesivos de los derechos humanos y que el resultado final del proceso justifique con creces la restricción del derecho. (Valencia, 2007)

Entonces es la justicia transicional, por lo antes mencionado, una forma eficaz de protección de derechos de las víctimas, siempre y cuando el Estado no trabe este proceso y no intervenga políticamente en la implementación de esta.

El conflicto armado en Colombia ha desencadenado la vulneración y opresión de civiles, quienes sin formar parte de alguno de los grupos enfrentados son los más perjudicados. Ante esto, el Estado colombiano se ha visto en la tarea de buscar una solución práctica y eficaz que genere paz y reconciliación en el pueblo. En esta ardua búsqueda de soluciones ha tomado dos direcciones: en primer lugar, se pretende obtener el reconocimiento de los parámetros internacionales de derechos humanos en el marco del conjunto de justicia transicional, con el fin de asegurar el reconocimiento de los derechos a la verdad, la justicia y reparación integral; en segundo lugar, los esfuerzos conjuntos del Estado, la sociedad civil y las organizaciones de víctimas pretenden lograr la protección, defensa y reparación de los derechos humanos que son objeto de violación.

Cuando existe en una sociedad con territorio específico un legado de abusos masivos y sistemáticos de derechos, el Estado debe encontrar respuestas amplias para resolverlos de tal manera que no quede impune tal atropello de derechos y no se

ponga en duda la legitimidad estatal, ya que con la violación de la seguridad estatal surgiría la negación de la legitimidad del poder del Estado, caso en el cual existiría desconcierto sobre la armonía estatal en la sociedad civil.

Para que el derecho brinde la justicia necesaria a tales abusos sistemáticos, tiene que brindar también justicia sistemática e integral. (De Greiff, 2011). Ante la responsabilidad que tiene el Estado de respetar y garantizar los derechos y libertades de sus ciudadanos nace el presupuesto llamado *justicia transicional* que es hoy definida como: la respuesta a las violaciones sistémicas de los derechos humanos en una sociedad en conflicto. Es aquella que por medio de la aplicación de diferentes procedimientos judiciales o extrajudiciales busca garantizar los derechos a la verdad, justicia y reparación integral de las personas afectadas por el conflicto, busca que las víctimas sean reconocidas, promover la paz y la reconciliación. Este presupuesto es un tipo de justicia que tiene como propósito la Concesión a una convivencia social llena de paz y reconciliación.

Los conflictos sistemáticos tienden a brindar una serie de violencia que de resolver ordinariamente dejarían un problema enorme. Para esto la justicia transicional, que es una justicia especial, tiende a aplicar los principios familiares de justicia, verdad y reparación en estados de conflicto. Por lo tanto, el Estado colombiano, en cumplimiento de su responsabilidad de proteger y garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos, comenzó a implementar este presupuesto con el fin de lograr una paz estable, pero no para combatir las causas de fondo del conflicto (Forma de transformación del conflicto). Es decir, que el Estado colombiano trata de resolver lo sucedido, más no de curar el problema social.

Como el problema de violaciones de derechos humanos es sistémico, no puede resolverse sin curar el problema social dañino. Por lo tanto, la Corte Constitucional tiene que acomodarse a la idea de afirmar normas cuya aplicación sea compatible con la terminación del conflicto. Es decir, las decisiones de las Cortes deben estar acorde al contexto temporo-espacial en que se encuentra el Estado con conflicto interno.

Además de lo anterior, se puede aducir que el Estado colombiano pretende con la aplicación de la justicia transicional crear seguridad jurídica en la conciencia de los ciudadanos, tanto los afectados por el conflicto como los que día a día ven en las noticias los estragos que este deja. Este tipo de justicia debe ser utilizado de manera limitada, pues con las garantías que brinda a los sujetos activos de los delitos no se puede generar un menoscabo en los derechos de las víctimas. Pues cuando se firma el contrato social, siguiendo a Rousseau (2004), lo que se considera como positivo es la idea de que todos cumplirían las leyes imperativas de manera igual y sin ninguna clase de diferenciación.

3.1.1. Fines de la justicia transicional

- **COMO FIN PRIMARIO:** dar un reconocimiento político a las víctimas para que estas tengan una participación política en el estado con la idea de

que se integren a la sociedad y reconocimiento civil como garantía de la ciudadanía de derechos que tienen los habitantes de un territorio.

- **COMO FIN MEDIATO:** fortalecer las normas y la institucionalidad para evitar el desconocimiento de los Derechos Humanos.
- **COMO FIN ÚLTIMO:** generar confianza cívica en los asociados con el restablecimiento del orden y seguridad.

3.1.2. Principios de la Justicia Transicional

- **La protección de la verdad** constituye el amparo del principio de dignidad humana; tomando como referentes la defensa de la memoria histórica, el esclarecimiento de los hechos victimizantes, garantizando el acceso a la víctima o sus representantes a la información.

Según Joinet (1997), cada pueblo tiene el derecho inalienable de conocer la verdad sobre los acontecimientos pasados, así como sobre las circunstancias y las razones que llevaron por la violación masiva y sistemática de los derechos humanos a la perpetración de crímenes aberrantes. Con la salvaguardia del derecho a la verdad sobre los hechos ocurridos, se aplica de mejor manera la proporcionalidad de la pena (pág. 7).

La protección de la verdad constituye el amparo del principio de dignidad humana; tomando como referentes la defensa de la memoria histórica, el esclarecimiento de los hechos victimizantes, garantizando el acceso a la víctima o sus representantes a la información.

El derecho de saber es también un derecho colectivo que tiene su origen en la historia, y su objetivo es evitar que en el futuro las violaciones se reproduzcan.

- **La protección al derecho de la justicia:** Hace referencia a la implementación de sanciones proporcionales al daño causado al victimario o perpetradores de las violaciones a los derechos humanos. Según (Joinet, 1997), este principio implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su victimario sea juzgado, obteniendo su reparación.

Con la aplicación de sanciones y penas a los victimarios es el único mecanismo que tiene una sociedad para defenderse de conductas y prácticas que destruyen sus posibilidades de convivencia civilizada.

- **Garantías de no repetición:** Estas medidas estarán encaminadas a disolver definitivamente los grupos armados ilegales que persisten, derogar o cambiar disposiciones, dispositivos y conductas que favorezcan la ocurrencia de tales violaciones y continuar fortaleciendo las políticas de promoción y protección de los derechos humanos y aplicación del Derecho Internacional Humanitario en la Fuerza Pública.

- **La protección a la reparación integral:** La reparación integral es una dimensión intrínseca de la justicia que trata de volver a equilibrar la balanza que había

quedado ventajosamente inclinada en favor del victimario, reconstruyendo en lo posible, o recompensando en su peso, lo que se destruyó y asegurando que su poder destructor no vuelva a imponerse.

La reparación integral comprende el resguardo de la víctima con el fin de que no se repitan los actos de barbarie, por tanto, este principio obliga al Estado a proteger a la víctima durante y después de proceso de transición hasta que supere su condición de vulnerabilidad. La reparación integral es una dimensión intrínseca de la justicia que trata de volver a equilibrar la balanza que había quedado ventajosamente inclinada en favor del victimario, reconstruyendo en lo posible, o recompensando en su peso, lo que se destruyó y asegurando que su poder destructor no vuelva a imponerse.

La reparación integral comprende el resguardo de la víctima con el fin de que no se repitan los actos de barbarie, por tanto, este principio obliga al Estado a proteger a la víctima durante y después de proceso de transición hasta que haya superado su condición de vulnerabilidad.

4 APLICABILIDAD DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA. EL DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL

La reparación integral es un derecho constitucional, protegido por la comunidad internacional, el cual es integral y complejo; lo primero porque contiene justicia restaurativa y distributiva, de él forman parte la verdad y la justicia, su finalidad es la dignificación y goce efectivo de los derechos humanos y el segundo por la mixtura de los procesos que se derivan de ella. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que “las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial” (Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs Perú, 2006). En sentencia (SU- 254, 2013) la corte constitucional expresó lo siguiente:

La Comisión ha reiterado la conexión entre los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, y en relación con este último ha insistido en que (i) las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario o de crímenes de lesa humanidad tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, proporcional, integral y eficaz respecto del daño sufrido; (ii) la reparación se concreta a través de la restitución íntegra o plena, pero también a través de la indemnización, de la rehabilitación, de la satisfacción de alcance colectivo, y de la garantía de no repetición; (iii) la reparación a las víctimas por el daño ocasionado se refiere tanto a los daños materiales como a los inmateriales, (iv) la reparación se concreta a través de medidas tanto individuales como colectivas, y que (v) estas medidas se encuentran encaminadas a restablecer a la víctima en su dignidad por el grave daño ocasionado. (SU- 254, 2013, pág. 50)

La Corte Constitucional, en la sentencia C – 715 de 2012, manifestó que la reparación integral está compuesta por la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la garantía de no repetición consagrada en el Derecho Internacional, y la compensación; la reparación colectiva está compuesta por los

planes de reparación colectiva para los grupos étnicos y afrodescendientes. Todos estos mecanismos ayudan a la reivindicación de la memoria y la dignidad de la víctima.

A continuación, se exponen las características de los componentes de la Reparación Integral:

a) La restitución o *restitutio in integrum*

Es el restablecimiento de la situación anterior a la ocurrencia de los hechos violentos, la corte ha dejado sentado que el derecho de restitución como parte integral del derecho a la reparación y su relación con los derechos de las víctimas del conflicto es un derecho fundamental y de aplicación inmediata.

Además el derecho a la restitución encuentra base constitucional en el Preámbulo y en los artículos 2, 29 y 229 de la Constitución Política; se encuentra protegido por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos (Principios Deng); y en los Principios sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas (Principios Pinheiro), que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato.

La restitución de tierras obliga al respeto y garantía de derechos por parte del Estado, al configurarse como un mecanismo de reparación aun siendo independiente al retorno o no de la víctima. Así, la Corte Constitucional (Sentencia T- 085, 2009) dijo al respecto que:

La restitución, como su nombre lo indica, es “restablecer o poner algo en el estado que antes tenía”, es decir, para el caso de las personas víctimas de la vulneración de los derechos fundamentales, se trata de regresarlas a la situación en que se encontraban antes de la transgresión de sus derechos, la restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.

El derecho a la restitución, dentro de la noción de reparación, de las personas víctimas del desplazamiento forzado comprende, entre otros, “el derecho fundamental a que el Estado conserve su derecho a la propiedad o posesión y les restablezca el uso, goce y libre disposición de la misma...” como quiera que al constituir el abandono del lugar de residencia la característica esencial del desplazamiento forzado, la primera medida que se ha de adoptar es la salvaguarda de la misma, independientemente de los servicios sociales que el Estado está obligado a prestar, como lo es la atención humanitaria y la estabilización socioeconómica.

Con la aplicación de la ley 1448 de 2011, son titulares del derecho de restitución los propietarios, poseedores y ocupantes que a partir del 1 de enero de 1991 y durante la vigencia de la ley hayan sufrido un menoscabo de sus derechos protegidos por las normas internacionales de derecho internacional humanitario y derechos humanos.

La reparación integral, al poner en marcha el mecanismo de restitución y al ser este un derecho de carácter fundamental y de obligatorio cumplimiento, logra el restablecimiento de las libertades, la vida digna, la familia, el trabajo y el goce efectivo

del derecho de propiedad.

b) La indemnización

Las violaciones de derechos humanos trasgreden tanto el ámbito subjetivo como patrimonial de las víctimas, tornándose obligatorio para el Estado el resarcimiento de los daños causados, con base en el artículo 90 constitucional y el principio de solidaridad. La Corte Constitucional (Sentencia C-715, 2012) expuso que la Corte Interamericana ha establecido que (a) la indemnización debe estar orientada a procurar la *restitutio in integrum* de los daños causados por el hecho violatorio de los derechos humanos; (b) que en caso de imposibilidad de una restitución íntegra debe proceder el pago de una “justa indemnización” que funja como compensación de los daños; (c) que la indemnización debe compensar tanto los daños materiales como los morales; (d) que los perjuicios materiales incluyen tanto el daño emergente como el lucro cesante; y que (e) el daño moral “resulta principalmente de los efectos psíquicos que han sufrido los familiares, cuya reparación debe ajustarse a los principios de equidad.

El Consejo de Estado (SI 00004-01, 2007), dentro del caso de desplazamiento en el corregimiento de Filo Gringo (Zona del Catatumbo), afirmó por su parte que la indemnización por daño moral es otorgada por el:

(...) dolor que sufrieron las víctimas del desplazamiento y por la alteración a sus condiciones existencia, esto es, por la modificación anormal del curso de su existencia que implicó para ellos el desplazamiento forzado, debiendo abandonar su lugar de trabajo, de estudio, su entorno social y cultural. A propósito del daño moral considera la Sala que el hecho del desplazamiento causa dolor a quien lo sufre, por el miedo, la situación de abandono e indefensión que lo obligan a abandonar el lugar de su domicilio, pero, además, esa situación incide de manera adversa en su vida familiar y en su entorno socio cultural, el cual deberán reconstruir, en el mejor de los casos de manera provisional, en situaciones de mayor vulnerabilidad, alejados del tejido familiar, social, laboral, sobre el que se sustentaba su crecimiento como ser.

La indemnización por daño material es aquella que comprende tanto el lucro cesante como el daño emergente. La Corte Constitucional ha definido los perjuicios materiales como el daño emergente y el lucro cesante causado a cada uno de los miembros del grupo con el hecho del desplazamiento, entre ellos, el valor de los predios y muebles perdidos y lo invertido en transporte para evacuar la zona de expulsión y reinstalarse en el sitio de recepción.

La indemnización se convierte en el medio que tiene el Estado para procurar la mejora del estilo de vida de las víctimas y ayudarlos a liberarse de la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran, para esto deben las entidades estatales brindar atención oportuna y eficaz cuando las víctimas pretendan acceder a la indemnización que se les debe.

La víctima mediante un contrato de transacción acepta el pago que le hace el Estado y así reconoce que con ese monto se le resarcen los derechos vulnerados, el monto es menor al otorgado por la justicia ordinaria pero el Estado alude a que es una forma rápida y evita un litigio que puede hacer más gravosa la condición de la víctima.

El monto entregado es se cuantifica según los criterios de impacto del hecho victimizante, daño causado y Estado de vulnerabilidad desde un enfoque diferencial. Así, la Corte Constitucional (SU- 254, 2013) sustentó sobre la indemnización que:

El monto de indemnización por vía administrativa para víctimas de desplazamiento forzado se encuentra fijado por el artículo 149 del Decreto 4800 de 2011. Al respecto, esta norma establece que independientemente de la estimación del monto para cada caso particular, de conformidad con lo establecido en el artículo 148 del mismo Decreto, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas podrá reconocer por indemnización administrativa “Por desplazamiento forzado, hasta diecisiete (17) salarios mínimos mensuales legales”. Esta norma establece que este monto se reconocerá en salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento del pago y que si respecto de una misma víctima concurre más de una violación de aquellas establecidas en el artículo 3 de la Ley 1448 de 2011, tendrá derecho a que el monto de la indemnización administrativa se acumule hasta por un valor de cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales.

c) Rehabilitación

La rehabilitación regulada en el artículo 135 de la ley 1448 de 2011 es aquella que comprende todo lo relacionado con la recuperación de la víctima a través de programas y acciones médicas, psicológicas, sociales encaminadas a restablecer su condición familiar, cultural, laboral, social, que puedan ejercer sus derechos y libertades básicas de manera individual y colectiva

También comenta la ley que el apoyo sicosocial debe ser paralelo a la reparación y estar acorde con las condiciones de la víctima, sus familiares y la comunidad donde pertenece, haciendo énfasis en la cultura, religión y etnia, aplicando siempre el enfoque diferencial.

d) La satisfacción y la garantía de no repetición

Las medidas de satisfacción son “aquellas acciones que proporcionan bienestar y contribuyen a mitigar el dolor de la víctima, según (Becerra) la satisfacción debe contener la cesación de las violaciones, que los victimarios revelen públicamente la verdad de lo hechos, exista sanciones, perdón, y se recupere la dignidad.

En cuanto a la garantía de no repetición, comprende aquellas acciones que buscan que los hechos victimizantes que incitaron al desarraigo de las personas de sus tierras no vuelvan a ocurrir o que la dignidad de las personas que fueron víctimas del conflicto no vuelva a ser transgredida; esta garantía propende porque no se constituya de nuevo o se agrave más la condición de vulnerabilidad.

La Corte Constitucional (Sentencia C- 253A, 2012) contempla que los mecanismos judiciales y extrajudiciales empleados para que los victimarios paguen por los delitos cometidos es una forma de llevar a cabo *reformas institucionales* con el fin de que no se repita la violación de derechos humanos. Entre las garantías de no repetición a que hace mención la ley 1448 de 2011 se encuentran las siguientes

La Corte Constitucional, mediante Auto 116 de 2008, haciendo un estudio de la satisfacción de los derechos a la verdad, justicia y reparación y a la no repetición, adoptó nueve indicadores de goce efectivo de derechos:

Tabla 3 Categorías de Goce Efectivo de Derechos-Tomado de Auto 116 de la Corte Constitucional de Colombia

criterio	Indicador de goce efectivo
Existe reparación individual por vía administrativa para las víctimas del delito de desplazamiento forzado	Todas las víctimas individuales del delito de desplazamiento forzado interno han sido efectivamente reparadas por vía administrativa
Existe reparación integral para las víctimas individuales del delito de desplazamiento forzado	Todas las víctimas individuales del delito de desplazamiento forzado interno reparadas integralmente
Existe reparación integral para las víctimas colectivas del delito de desplazamiento forzado	Todas las víctimas colectivas del delito de desplazamiento forzado interno han sido reparadas integralmente
Existe reparación para los desplazados víctimas de otros delitos tales como: tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro	Todos los desplazados que hayan sido víctimas de otros delitos han sido reparadas integralmente por tales delitos
Los desplazamientos masivos registrados han sido objeto de investigación y sanción judicial	Todos los desplazamientos masivos registrados han sido objeto de denuncia penal
	Los autores materiales e intelectuales de desplazamientos forzados masivos registrados han sido condenados penalmente
Las víctimas de desplazamiento forzado interno conocen la verdad completa sobre lo ocurrido	Todas las víctimas de desplazamiento forzado interno conocen la verdad completa de lo ocurrido a través de un programa gubernamental de difusión de la verdad.
	Todas las víctimas de desplazamiento forzado interno conocen la verdad completa de lo ocurrido a través del proceso judicial
Existen garantías de no repetición	Ninguna víctima de

Criterio	Indicador de goce efectivo
para las víctimas de desplazamiento forzado interno	Desplazamiento forzado interno es objeto de un nuevo desplazamiento forzado.

Estos indicadores, según el alto tribunal, pretenden medir cada uno de los componentes de reparación establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario (restitución, indemnización, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición). Igualmente, sostiene que estos indicadores deben servir para medir si los diferentes componentes de la política pública de atención a población desplazada tienen un efecto reparativo o reparador, entre otros, la política de retorno, adjudicación de tierras y vivienda, atención psicosocial, entre otros, y pueden ser considerados como formas de reparación a la luz de los estándares fijados por el derecho internacional. (Sentencia T- 025, 2004)

Es claro, entonces, que el derecho a la reparación integral juega un papel de suma importancia en la aplicación de la justicia transicional, por ser un tópico que se compone de todos los elementos necesarios para lograr una verdadera sociedad de paz y reconciliación; por ello, es para el Estado un deber prioritario implementar los procedimientos pertinentes para lograr una verdadera protección de los derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto al conflicto colombiano, en los casos de la Masacre de Pueblo Bello (Antioquia) y la Masacre de Mapiripán (Meta), manifestó que el derecho de reparación integral es compuesto y además debe ir aunado a la proporcionalidad de la pena con el daño causado.

De acuerdo a los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones” de Naciones Unidas, las víctimas tienen derecho a una “reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido” La jurisprudencia del sistema interamericano ha establecido en reiteradas ocasiones que las víctimas de los crímenes perpetrados durante el conflicto armado tienen derecho a la reparación adecuada del daño sufrido, la cual debe concretizarse mediante medidas individuales tendientes a restituir, indemnizar y rehabilitar a la víctima, así como medidas de satisfacción de alcance general y garantías de no repetición. Las reparaciones deben consistir en medidas tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, así su naturaleza y monto dependerán del daño ocasionado en los planos material e inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 31 de enero de 2006. Sentencia de 15 de septiembre de 2005).

La reparación de los derechos de las víctimas es un aparte importante en la aplicación de la justicia transicional, su protección está sujeta a la implementación de un proceso que se encargue de satisfacer derechos mediante una reparación simbólica o económica, dependiendo lo que considere la víctima que pueda mermar el dolor o el daño causado.

Mediante este nuevo proceso especial, el Estado busca la restitución, formalización y reconocimiento de los derechos que tenían las víctimas sobre los

predios; además, como lo manifiesta la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito de Cartagena, “este es un proceso que tiene como fin, que por intermedio de la compensación, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición, restablecimiento de derechos, reconocimiento y reintegración social se llegue a una verdadera reparación integral” (Sentencia Caso Amelia Perez Caro Vs Francisco Gil Gil, 2012).

5 CONCLUSIÓN

El enfoque de derechos humanos lo que busca es que a través del reconocimiento de derechos se concrete la materialización de la dignidad de las víctimas y con esto alcanzar el desarrollo social, puesto que si la víctima goza de manera efectiva de sus derechos y es restablecida a un nivel de vida normal como los demás ciudadanos se tendrá como resultado una sociedad que tiene garantizado la protección de derechos y que puede plenamente tener un índice de desarrollo humano alto.

Actualmente, este enfoque ha sido incluido dentro de las agendas de desarrollo de los países, dado que deja a un lado los modelos de desarrollo que hacen análisis costo-beneficio para estudiar las verdaderas necesidades de los ciudadanos titulares de los derechos.

porque el Estado colombiano está viviendo un proceso que pretende dar significación a los derechos de aquellas personas que fueron afectadas de manera directa con la lucha armada. Por ello, es importante que la ciudadanía conozca y reconozca los derechos que tiene cada una de las víctimas, con el fin de que también sean veedores del proceso de justicia transicional y así la exigencia del restablecimiento de derechos sea efectiva y eficiente y conlleve a una verdadera reconciliación y generación de paz.

Entonces, es pertinente exponer que si bien un Estado tiene obligaciones con sus ciudadanos, al momento de cumplirlas debe tener en cuenta como parámetro el contenido de derecho que pretende proteger (la esencia misma del derecho, su razón de ser). Debe, por tanto, si pretende realmente ser eficaz, buscar mecanismos no utilitaristas, con los que se logre el verdadero reconocimiento y aumento de capacidad de desarrollo de la ciudadanía.

Aunque la política pública es un instrumento del Estado para materializar derechos, debe este evaluar tanto su viabilidad de aplicación como su desarrollo, con el fin de que las instituciones que se implementen a futuro puedan efectuar un mejor trabajo y los resultados sean favorables. Debe evaluarse periódicamente, también, su desempeño durante la ejecución, para verificar que se cumplan los objetivos de forma eficaz y eficiente.

La honorable Corte Constitucional ha manifestado que existen dos facetas en cuanto a la protección de un derecho: la primera, indica que debe existir una abstención, que pretende la protección del contenido del derecho impidiendo que terceros lo transgredan, y la segunda faceta es contar con mecanismos idóneos que garanticen el goce efectivo del derecho. Por lo tanto, la Corte nos muestra que las

políticas públicas están diseñadas para cumplir con el segundo propósito, es decir la satisfacción prestacional o programática de los derechos, la cual se convierte en una obligación derivada del Estado social (Sentencia T-133/06). En concordancia con lo expuesto por el alto tribunal, la política de restitución de tierras no está siendo implementada para cumplir con el objeto de su diseño principal, pues la satisfacción de derechos no se cumple de manera eficaz y no brinda un verdadero resguardo de los derechos humanos.

Es necesario, finalmente, crear en la conciencia de las víctimas la idea de un verdadero reconocimiento de sus derechos, no hacer que sientan que son objeto de proyectos que solo generan lucro para unos cuantos, sin ellos poder disfrutar de forma verdadera sus derechos. Ese reconocimiento elevaría los índices de desarrollo. Esto es necesario en un país donde el multiculturalismo ha relegado el sentido de pertenencia nacional y el reconocimiento de los Derechos Humanos de un ciudadano a otro.

Adicional a lo anterior, podríamos dejar como puntos a considerar frente a la constitución de políticas públicas que tengan como finalidad proteger derechos a comunidades que se encuentran en condición de vulnerabilidad:

- A. Que previo a la implementación de políticas públicas se haga un estudio de factibilidad, el cual se contrarreste con las necesidades planteadas por los entes territoriales, grupos o comunidades sociales, con el fin de que no se disgreguen o dilapiden los esfuerzos y los recursos económicos.
- B. Que durante la implementación de políticas públicas se realice una verificación de cumplimiento de índices de satisfacción y acceso a la misma.
- C. Que la implementación de la política pública esté diseñada para resolver situaciones que se deriven del derecho mismo a proteger, con el fin de evitar la revictimización.
- D. Que los proyectos implementados a través de la ejecución de políticas públicas no generen en las víctimas una auto estigmatización, con el propósito de tener una asistencia gendarme.
- E. Que de manera eficiente y eficaz exista una verdadera medición del desarrollo humano derivado de la implementación de la política pública.
- F. Que se garantice a las víctimas que la política pública va a ser implementada por personal idóneo, preparado en el área y que conozca los derechos de las personas que tienen acceso a la misma.
- G. Que la política pública procure un verdadero desarrollo humano sostenible, contenido de todos los índices o criterios del enfoque basado en Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

Alza, C. (2014). El enfoque basado en derechos. ¿Qué es y cómo se aplica a las políticas? En d. R. Superior, **Derechos Humanos y Políticas Públicas. Manual**. España, Madrid.

Aristoteles. (2015). **La política**. Mexico: Porrúa.

Becerra, C. a. (s.f.). <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr037/od37-andrea.pdf>.

Buitrago, S. (2011). **Esa tierra es mía**. Obtenido de <http://www.estatierraesmia.co/ley-de-tierras/index.html>

Caro Benítez, M. J. (2019). La justicia transaccional y la construcción de paz : reflexiones en torno a su garantía en el postconflicto colombiano. **Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo**, 11(22), 204–216. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.11-num.21-2019-2510>

Calvo, M. (2005). **Transformaciones del Estado y del Derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs Perú (Corte Interamericana de Derechos humanos 7 de Febrero de 2006).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Sentencia de 31 de enero de 2006. Sentencia de 15 de septiembre de 2005). **Caso Masacre de Pueblo Bello**. *Sentencia de 31 de enero de 2006. Caso Masacre de Mapiripán. Sentencia de 15 de septiembre de 2005.*

De Greiff, P. (2011). Relatoria de la ONU sobre justicia transicional. **Conferencia especial de la ONU sobre justicia transicional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Director-General of the International Labour Office Geneva, I.L.O. (1976). **Employment Growth and Basic Needs: a one-world problem**. OIT. Ginebra: World Employment Programme: research in retrospect and prospect Geneva, I.L.O.

Griffin, k. (2001). **centro de investigación, formación y asistencia técnica de la Universidad de Cantabria**. Recuperado el 2017, de <http://www.ciberoamericana.com.>: <http://www.ciberoamericana.com/documentos/introcoopdes/Desarrollo%20Humano.%20Origen,%20Evoluci%23U00f3n,%20Impacto.pdf>

Habermas, J. (1998). **Facticidad y validez**. Madrid. España: Trotta.

Habermas, J. (2005). **Facticidad y Validez**. Madrid: Trotta.

Institut de Drets Humans de Catalunya. (2014). **Derechos Humanos y Desarrollo El Enfoque Basado en Derechos Humanos en la Cooperación al Desarrollo - EBDH**. Barcelona (España): Institut de Drets Humans de Catalunya.

Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación-IUDC. (2015). **La incorporación del enfoque basado en los derechos humanos en las políticas públicas de cooperación para el desarrollo: implicaciones para el caso español**. Universidad

Complutense de Madrid. Madrid: Ministerios de asuntos exteriores y de cooperación España.

Joinet, L. (1997). **Informe final de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)**. New York: Naciones Unidas .

Kant, I. (2003). **La paz perpetua**. Buenos Aires: Biblioteca virtual universal.

Kaufmann, A. (1992). **Pensamiento Jurídico Contemporaneo**. Madrid: Debate.

Locke, J. (2006). **Segundo tratado sobre el gobierno civil**. Bogota: Tecnos.

Marx, K. (2013). **Manuscritos de economía y filosofía**. Madrid: Alianza editorial.

Negri, A. (1994). **El poder constituyente**. Madrid: Libertarias.

Picazzo, E. (2012). **Acceso A La Salud, Equidad Y Sustentabilidad: Caso Aplicado Para El Estado De Nuevo Leon**. Mexico: UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON.

Ramirez Bastidas, R. (2010). **Justicia Transicional**. Bogota, Colombia: Leyer.

Rawls, J. (1997). **Teoría de la justicia**. Mexico: Fondo de cultura economica.

Rawls, J. (2000). **Debate sobre el liberalismo político**. Madrid: Paidós.

Roth, A.-N. (2006). **Discurso sin compromiso : la política pública de derechos humanos en Colombia : antecedentes históricos de los derechos humanos, qué es una política pública, actitud del Estado colombiano**. Bogota: Aurora.

Rousseau, J. (2004). **El Contrato Social**. Valladolid: Maxtor.

Sartori, G. (1991). Democracia. **Enciclopedia de las ciencias sociales**, 117-151.

Sen, A. (1998). **Las teorías del desarrollo a principios del siglo XXI. En L. E. otros, El desarrollo económico y social en los umbrales del siglo XXI**. Washington, D.C.,: Banco Interamericano de Desarrollo,.

Sen, A. (2000). **Desarrollo y Libertad**. Barcelona: Planeta S.A.

Sentencia C-099, Expediente D- 9214 (Corte Constitucional 2013).

Sentencia C- 253A, expedientes D-8643 y D-8668 (Corte Constitucional 2012).

Sentencia C-715, expediente D-8963 (Corte Constitucional septiembre de 13 de 2012).

Sentencia C-715, expediente D-8963 (Corte Constitucional septiembre de 13 de 2012).

Sentencia T- 025, T- 025 (Corte Constitucional 2004).

Sentencia T- 085 (Corte Constitucional 2009).

SU- 254, Carlos Alberto González Garizabalo y otros Vs de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional. (Corte Constitucional 2013).

Tibiricá Amaral, S., & Ferreira Nunes, A. (2020). Sistematización del código de procedimiento constitucional brasileño : la consolidación de los derechos fundamentales en la ejecución de juicios internacionales de la corte interamericana de derechos humanos en Brasil. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**, 12(24), 210–229. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.12-num.24-2020-2672>

Valencia Villa, H. (26 de Octubre de 2007.). **Introduccion a la Justicia Transicional**. Obtenido de <http://escolapau.uab.es/img/programas/derecho/justicia/seminariojt/tex03.pdf>

Valencia Zea, A. (2011). **Derecho Civil Tomo II Derechos reales**. Bogota: Temis S. A.

Valencia, H. (2007). **Introducción a la justicia transicional**. Mexico: Universidad de Guadalajara.

Velásquez Rivera, E. d. (2007). Historia del paramilitarismo en Colombia. . *Scielo brasil História [online]*. 2007, vol.26, n. 1, ISSN 1980-4369, pp. 134-153. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-90742007000100012>.

ANALÍTICA DEL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

MUÑOZ, Daniel E. Florez⁵⁷
DE LA ROSA, Yezid Carrillo⁵⁸
BENEDETTI, Henry Valle⁵⁹

RESUMEN: Estudiar el fenómeno de la constitucionalización del derecho supone abordar analíticamente la dogmática de los márgenes de acción constitucional en tanto estrategia competencial de distribución de funciones institucionales que parten del respeto de los contenidos y garantías constitucionales. En el presente artículo se abordará dicho proceso destacando la forma en la que la jurisprudencia constitucional colombiana ha asumido la tarea de expandir la eficacia de las cláusulas constitucionales al interior del derecho ordinario y el ordenamiento jurídico como tal, se precisaran las implicaciones de este fenómeno, así como las eventuales tensiones que pueda generar con otras lógicas normativas existentes al interior del Estado Constitucional. Se concluirá con la necesidad de avanzar hacia un fenómeno de constitucionalización ordenado soportado en criterios normativos razonables que evite el “imperialismo constitucional” pero que a la vez genere las condiciones para una garantía material de la supremacía constitucional al interior del ordenamiento.

Palabras Claves: Constitucionalización del Derecho, Derechos Fundamentales, Dogmática de los márgenes de acción

ABSTRACT: Analyze the constitutionalization of law implies analytically approaching the dogmatics of the margins of constitutional action as a competency strategy for the distribution of institutional functions that are based on respect for the contents and constitutional guarantees. This article will address this process highlighting the way in which Colombian constitutional jurisprudence has assumed the task of expanding the effectiveness of constitutional clauses within ordinary law and the legal system as such, the implications of this phenomenon will be specified, as well as the eventual tensions that it may generate with other normative logics existing within the Constitutional State. It will conclude with the need to move towards an orderly constitutionalization phenomenon supported by reasonable normative criteria that avoids “constitutional imperialism” but that at the same time generates the conditions for a material guarantee of constitutional supremacy within the order

Keywords: Constitutionalization of Law, Fundamental Rights, Dogmatics of the margins of action

⁵⁷ Profesor de Derecho, Universidad de Cartagena. Miembro del Grupo de Investigación en Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos. Director del Semillero en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Política de la Universidad de Cartagena. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1710-2850> E-mail: daniel.florez@hotmail.es

⁵⁸ Abogado Universidad Nacional, Licenciado en Filosofía Universidad Santo Tomas, Especialista en Derecho Público Universidad Externado de Colombia, Especialista en Filosofía Moral y Política Universidad de Cartagena, Magister en Derecho Universidad Nacional, Doctor en Derecho, Universidad Externado de Colombia. Profesor de Filosofía del Derecho Universidad de Cartagena. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5362-3752> E-mail: yezidcarrillo@hotmail.com

⁵⁹ Abogado, con Maestría en Negocios Internacionales, Maestría Derecho Administrativo, especializado en derecho comercial, negociación y solución de conflictos. Docente de Planta Facultad de Derecho Universidad de Cartagena, grupo de investigación Phronesis de la misma facultad. <https://orcid.org/0000-0002-9049-108X> E-mail. henryvalleb@gmail.com

1 INTRODUCCIÓN

Al abordar la problemática derivada del impacto derivado de la fuerza expansiva de la Constitución y, en especial del sistema de los derechos fundamentales –en tanto principios- al interior de las diferentes ramas del derecho, nos vemos obligados a considerar una serie de dificultades prácticas que a nivel dogmático e institucional comprometen los alcances de la Constitución como fundamento y fuente de interpretación de la totalidad del ordenamiento jurídico, estas dificultades son:

1. El de la delimitación del alcance de los diversos campos en que se desenvuelve el conocimiento jurídico en relación con el derecho constitucional.
2. El de la definición de los sistemas interpretativos que deben desplegarse cuando tal delimitación no es posible o, en todo caso, no resulta clara.
3. Como consecuencia de lo anterior, el de la determinación dogmática e institucional de los alcances de la competencia que corresponden a la jurisdicción ordinaria y a la jurisdicción constitucional para abordar las cuestiones jurídicas que se ubican, por decir así, en una especie de zona de penumbra competencial vinculada a una indefinición *prima facie* de las fuentes de derecho relevante. (Calderon, 2004: 49-20)

La configuración de un sistema jurídico que garantice la eficacia de las cláusulas constitucionales derivadas del carácter material y normativo del texto constitucional, y que a su vez incorpore instancias institucionales concretas para asegurar dicho carácter, exige el análisis de las condiciones que hacen posible que dichas cláusulas puedan proyectar su realización efectiva en cada uno de los ámbitos del derecho. Dichos ámbitos comprometen directamente las instancias encardadas de producir, interpretar y aplicar el derecho. En este sentido la determinación de la manera en que debe operar la constitucionalización requiere ocuparse de aspectos que aluden:

Al contenido posible de las normas que pueden expedir los órganos autorizados para ello (contenido sustancial posible), (ii) a la forma en que tal expedición puede llevarse a cabo (procedimiento formal posible), (iii) al tipo de interpretación admisible de las normas existentes (contenidos interpretativos posibles) y (iv) a la determinación de los resultados concretos según las interpretaciones adoptadas (efectos interpretativos posibles). (Calderon, 2004: 30)

Esta situación nos conduce igualmente a un número creciente de problemáticas complejas relacionadas con el alcance de las competencias atribuidas a las autoridades, especialmente las judiciales, en la producción del derecho⁶⁰, dicha

⁶⁰ “Así por ejemplo se discute cuáles son los límites a los que debe ajustar su actuación la Corte Constitucional cuando examina la constitucionalidad de una ley expedida por el Congreso, cuáles son los parámetros que deben orientar a los jueces constitucionales cuando se propone una vía de hecho judicial por cualquiera de los defectos admitidos por la jurisprudencia constitucional” (Calderón, 2004: 52)

problemática se enmarca en un debate de mucha más envergadura circunscrito a las tensiones entre constitucionalismo y democracia (Florez-Muñoz, 2011). Pero igualmente compromete las condiciones para una constitucionalización razonable del ordenamiento jurídico, por constitucionalización razonable entiendo un proceso de irradiación constitucional que asegure el respeto de las garantías iusfundamentales de los asociados pero que a la vez establezca con claridad fronteras de autonomía relativa para las diferentes áreas dogmáticas del derecho. Esta pretensión supone el análisis de lo que Robert Alexy ha dado en denominar la dogmática de los márgenes de acción, estrategia de definición de límites claros, controlables y correctos en relación con el alcance de la expansión iusfundamental.

2 DOGMÁTICA DE LOS MÁRGENES DE ACCIÓN

En palabras del profesor de Kiel, “una constitucionalización adecuada sólo puede construirse por el camino pedregoso y arduo de la dogmática de los márgenes de acción” (Alexy, 2003: 53). Muy de cerca a lo expuesto por Alexy, el profesor Juan Jacobo Calderon en su análisis del proceso de constitucionalización del derecho privado en Colombia (2004), precisa que la dogmática de los márgenes de acción entiende que la Constitución a la vez que expresa (a) un orden fundamental, define igualmente (b) un orden marco.

Según ese concepto, la Constitución es un orden fundamental porque pretende resolver los problemas fundamentales de una comunidad. Sin embargo, y dado que la Constitución no contiene respuestas definitivas sobre cada uno de los problemas jurídicos posibles, representa un orden marco en la medida en que a partir de ella se define (1) lo constitucionalmente necesario u ordenado y (2) lo constitucionalmente imposible o prohibido, dejando, en consecuencia, un margen para (3) lo constitucionalmente discrecional o permitido.

Considerando a la Constitución como un orden marco en el sentido mencionado es evidente que la misma no determina definitivamente el sentido de todas las decisiones jurídicas concretas y, en este orden de ideas, existe un espacio de decisión discrecional o permitido que o bien le atañe al legislador, o bien le corresponde al juez ordinario o, es posible, le incumbe a la administración o a los particulares a través de su capacidad de regulación. La determinación de ese espacio es precisamente de lo que se ocupa la dogmática de los márgenes de acción. Tal dogmática busca establecer, a partir del reconocimiento de principios formales de distribución de competencias, qué cuestiones del ordenamiento jurídico no han sido constitucionalizadas y por lo tanto no les corresponde decidir a los Tribunales Constitucionales.

Según las orientaciones generales de dicha dogmática existen dos tipos básicos de márgenes de acción. De una parte, el margen de acción estructural “se forma a partir de los límites de aquello que la constitución ordena y prohíbe”. De otra parte, los márgenes de acción epistémicos se configuran “a partir de los límites de la capacidad para reconocer lo que la Constitución, por una parte, ordena y prohíbe, y por otra, no ordena ni prohíbe” Lo que se encuentra dentro de tales límites hace parte de un margen de acción. (Calderon, 2004: 68-69)

En esa misma línea Rodolfo Arango (2004: 230) entiende que una Constitución es, a la vez, un orden de materias fundamentales y un orden de competencias. Lo primero en cuanto que el constituyente resuelve y deja plasmado en ella cuestiones de gran importancia para la sociedad, cuya resolución no debe entonces dejarse a la decisión de otras autoridades o de los particulares.

Por su parte, la Constitución establece un orden de competencias que es idéntico al alcance de los ámbitos de actuación atribuidos a diferentes órganos y personas. El ámbito estructural de actuación está conformado por todo aquello que la Constitución ni ordena ni prohíbe, sino que deja en libertad de disposición. Tres ámbitos de estructurales de actuación dentro del marco constitucional son discernibles: el ámbito de la fijación de fines o metas, el ámbito de escogencia de medios para realizar dichos fines o metas y el ámbito de ponderación sin base constitucional (Arango, 2004: 231).

Y agrega,

El ámbito epistémico puede ser de dos clases: empírico o normativo. El ámbito epistémico-empírico de actuación supone que muchas decisiones se adoptan con base en premisas inciertas. Cuando ello sucede, la posibilidad de que se presenten divergencias de opinión respecto de la decisión es elevada. (...) el ámbito epistémico-normativo de actuación, por su parte, supone que la propia Constitución sustrae ciertas posibilidades normativas del control de constitucional. (Arango, 2004: 232)

Robert Alexy -en el famoso Epílogo a su canónico libro *Teoría de los Derechos Fundamentales* (2002)- explicita su modelo de Constitución a partir de la confrontación crítica con (i) el modelo puramente procedimental incompatible con la vinculación jurídica del legislador a los derechos fundamentales, dado que el propio modelo se deriva a partir de la negación de cualquier tipo de vinculación material de rango constitucional; y por otra parte, (ii) el modelo puramente material de Constitución, adjudicado a Forshoff bajo el entendido del texto constitucional como “huevo jurídico originario”, bajo el cual no existe ninguna regulación legislativa, negando así el principio de la competencia de la decisión atribuida al legislador democráticamente legitimado.

3 EL MODELO DE CONSTITUCIÓN PROCEDIMENTAL-MATERIAL

En ese orden de ideas, el desafío al Constitucionalismo Principialista de Alexy, era determinar si la teoría de los principios precisaba límites o márgenes a la acción legislativa, es decir si la misma estuviera en condiciones de ordenar y prohibir algunas cosas al legislador, y de no ordenarle ni prohibirle otras. Es por tal razón que la propuesta alexyana se inclina hacia un tercer modelo material-procedimental de Constitución, que se encuentre sostenido en un margen de acción del legislador que compatibilice la garantía de los derechos fundamentales con la discrecionalidad que como autoridad democráticamente constituida ostenta para la producción normativa.

La metáfora del marco puede ser precisada entonces de la siguiente manera: el marco es lo que está ordenado y prohibido. Lo que se confía a la

discrecionalidad del Legislador, o sea, lo que no está ordenado ni prohibido, es aquello que se encuentra en el interior del marco. Así, lo discrecional define el margen de acción del Legislador. Este margen de acción es de tipo estructural. Se podría hablar también de un margen de acción material, que se origina a partir de la estructura de las normas de la Constitución. Resulta decisivo el hecho de que su contorno se determina de acuerdo con lo que tiene validez jurídica en razón de las normas de la Constitución. El margen de acción estructural consiste entonces en aquello que, en razón de los límites, la Constitución ordena y prohíbe definitivamente.

Con base en esta definición puede diferenciarse entre el margen de acción estructural y el margen de acción epistémico o cognitivo. Un margen de acción epistémico no deriva de los límites de lo que la Constitución ordena y prohíbe, sino de los límites de la capacidad para reconocer lo que la Constitución, por una parte, ordena y prohíbe, y por otra, lo que no ordena ni prohíbe, es decir, lo que confía a la discrecionalidad legislativa. Si se quiere afinar el planteamiento, puede decirse que el margen de acción epistémico deriva de los límites de la capacidad para reconocer los límites de la Constitución. Los límites de esta capacidad pueden ser tanto límites del conocimiento empírico, como límites del conocimiento normativo. Que la Constitución admita este tipo de márgenes de acción epistémicos depende del papel que juegan los principios formales, asunto que será discutido más adelante. Aquí interesa solamente la delimitación del margen de acción estructural en relación con el margen de acción epistémico.

El modelo del marco ha sido descrito hasta ahora con ayuda de los conceptos de mandato, prohibición y de lo discrecional. Esto también puede hacerse con ayuda de los conceptos de necesidad, imposibilidad y posibilidad. Lo que está ordenado por la Constitución es constitucionalmente necesario; lo que está prohibido por la Constitución es constitucionalmente imposible y lo que la Constitución confía a la discrecionalidad del Legislador es tan solo constitucionalmente posible, porque para la Constitución no es necesario ni imposible. Por lo tanto, el problema del marco se puede formular también como el problema de la existencia de un ámbito de lo constitucionalmente posible. Los adversarios de la tesis de la optimización opinan que la existencia de un ámbito semejante es incompatible con la idea de optimización. (Alexy, 2002: 20-21)

4 LOS MÁRGENES DE ACCIÓN ESTRUCTURAL

La profundidad teórica de la dogmática de los márgenes de acción dificulta su tratamiento integral al interior del presente trabajo, no obstante, su relevancia a la luz de la temática del presente texto se deriva de su utilidad para clarificar los ámbitos de decisión que se encuentran excluidos del control de constitucionalidad ordinario (Calderon, 2004: 69), debido a que (i) o no han sido decididos en la constitución (margen de acción estructural) o (ii) la determinación de si tal decisión ha sido adoptada no resulta posible (margen de acción epistémico). Por razones de espacio y en atención a la explicitar los principales marcos que estructuran las relaciones entre Constitución y legislación, sólo explicaremos someramente los márgenes de acción estructural (margen estructural para la fijación de fines, margen estructural para la elección de medios y margen estructural para ponderar).

Robert Alexy (2002: 23) entiende el margen estructural para la fijación de fines bajo el supuesto de que el legislador tiene frente a un derecho fundamental una discrecionalidad legislativa derivada del reconocimiento de una reserva competencial de intervención, es decir, la Constitución deja abierta las razones para la intervención

legislativa, o menciona las razones para intervenir, pero no ordena que la misma se produzca (ni ordena ni prohíbe). Por su parte, Alexy considera que el segundo margen de acción asociado con la elección de los medios, entra en escena cuando las normas de derecho fundamental no sólo prohíben ciertas intervenciones legislativas, sino también ordenan la ejecución de algunas conductas positivas, como cuando se trata de los deberes de protección⁶¹ (Alexy, 2002: 25). Finalmente tenemos el margen de la ponderación, al respecto comenta el profesor Juan Jacobo Calderon

Todo problema jurídico puede suponer la constatación del enfrentamiento de dos o más intereses. Cuando ello ocurre es necesario acudir a un procedimiento que resulte racionalmente controlable a fin de establecer cuál de los intereses ostenta un mayor peso y, en consecuencia, se erige en razón para la restricción de otro. Tal procedimiento, denominado ponderación, se rige por una ley de conformidad con la cual “cuanto mayor sea el grado de no realización o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

De esta manera, cuando debe llevarse a cabo una ponderación es necesario desplegar tres exámenes diferentes. Primeramente (a) debe determinarse el grado de no realización o afectación de un principio, a continuación (b) es necesario constatar el grado de la importancia de la satisfacción del otro principio en juego y, finalmente, (c) se requiere una comparación de ambos grados. Si de esta última comparación resulta que la no realización de un principio es alta y la importancia de la satisfacción del otro no es tan grave (media o leve), resultaría que la restricción que se propone es desproporcionada y, en este sentido, no se encontraría autorizada por el ordenamiento jurídico. Si por el contrario, de la comparación efectuada resulta que la importancia de la satisfacción es igualmente alta, la autoridad correspondiente gozaría de un margen de acción estructural dado que la ponderación no conduce a una conclusión definitiva. (Calderon, 2004: 70)

El profesor Calderón trae a consideración un excelente ejemplo para poner de manifiesto la forma en la que la dogmática de los márgenes de acción contribuye a la comprensión de la constitucionalización del derecho. Al respecto,

Podría examinarse, antes de continuar con el siguiente paso, el contenido del artículo 524 del Código de Comercio a fin de definir la existencia de un margen de acción estructural para la ponderación. Según este artículo, quienes realizan un contrato de arrendamiento de un local comercial tienen prohibido fijar un término de desahucio inferior a seis meses. A partir de esto, se pueden estimar las siguientes consideraciones: Una, en el sentido de que tal prohibición tiene como finalidad la protección de la estabilidad de la actividad empresarial del arrendatario y el otorgamiento de un plazo para acomodarse a la nueva situación; y otra, que con tal prohibición se restringe el principio de libertad negocial dado que los contratantes no podrían pactar un término inferior para el desahucio.

Llevando a cabo un análisis de ponderación podría sostenerse lo siguiente: (1) El grado de no realización del principio de la autonomía negocial podría catalogarse como medio dado que no existe una prohibición completa de desahucio ni obstáculo alguno para acordar un término superior si así lo convienen las partes. (2) El grado de importancia del principio de protección a la estabilidad empresarial podría, igualmente, catalogarse como medio,

⁶¹ “Este margen se deriva de la estructura de los deberes positivos. Si está ordenado rescatar un ahogado, y esto es posible de varias maneras: nadando, lanzándole un chaleco salvavidas o con ayuda de un bote, del deber de rescate no se sigue que las tres medidas deban ser adoptadas. Dicho deber se satisface si el rescate se consigue por alguna de las tres alternativas” (Alexy, 2002: 25).

dado que dicha protección, aunque importante, no es esencial para que el comerciante pueda desarrollar su actividad. (3) En este sentido, se puede constatar un empate entre ambos grados y, en consecuencia, afirmarse la existencia de un margen de acción estructural para la ponderación que consiste en otorgarle al legislador mercantil la autorización de prescribir o no límites temporales para el desahucio, sin que pueda afirmarse que la Constitución le ha ordenado o prohibido hacerlo. Lo anterior equivale a decir que la solución de este problema desde el punto de vista constitucional no ha sido resuelta definitivamente y, por ello, no le corresponde a un Tribunal Constitucional definir una orientación específica. (Calderon, 2004: 71)

De esta forma resulta diáfano la relevancia de la dogmática de los márgenes de acción para establecer pautas razonables orientadas a contralar y definir la manera en la que se presenta la constitucionalización del derecho al interior de los ordenamientos jurídicos. En Colombia la comprensión y estudio de esta teoría resulta de enorme importancia, en especial por el tratamiento que la Corte Constitucional ha hecho expresa y tácitamente de la misma en diferentes fallos de enorme relevancia para la comprensión del fenómeno de la constitucionalización del derecho colombiano⁶²

Sin embargo, habiendo precisado el contexto político-institucional propio del Estado Constitucional, identificando las particularidades de su concepto de Constitución y la dogmática de los Derechos Fundamentales que le es propia, analizamos las condiciones competenciales y normativas que soportan los procesos de expansión constitucional al interior de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, ahora convendría detenerse a analizar puntualmente la constitucionalización como proceso: ¿cuáles son sus presupuestos y sus principales características?.

5 HACÍA UNA ANALÍTICA DEL FENOMENO DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

En conformidad a lo planteado hasta el momento, la dogmática de los márgenes de acción asegura un proceso de irradiación de las cláusulas de los derechos fundamentales al interior del ordenamiento jurídico de forma óptima, o si se prefiere, se presenta una adecuada constitucionalización del derecho. Lo adecuado en este contexto es entendido como el punto medio entre el exceso y el déficit, es decir, entre la sobreconstitucionalización y la infraconstitucionalización del ordenamiento jurídico.

No obstante lo anterior, es necesario recordar que la irradiación constitucional no es homogénea en la totalidad del ordenamiento jurídico, hay áreas más susceptibles que otras frente a la extensión de la garantía iusfundamental. Esto depende directamente del grado de disparidad materiales o asimetría real opere entre los sujetos que entablan las relaciones jurídicas, dicha asimetría puede ser muy elevada en áreas como el procesal penal (procesado vs. Estado), el derecho laboral

⁶² Al respecto ver las sentencias: C-174 de 1996, C-112 de 2000, C-093 de 2001, C-673 de 2001, C-507 de 2004 y C-534 de 2005.

(empleado vs. Empleador) o el derecho financiero (usuario vs. Entidad financiera), sin embargo no es tan claro en situaciones próximas al derecho minero o al derecho notarial, por citar dos ejemplos.

Siguiendo a Wilson Suarez, para que un área del derecho pueda ser constitucionalizada requiere que se cumplan tres condiciones generales, la primera de ellas es que dicha área no se encuentre definida enteramente, la segunda es que sea susceptible de cambio y finalmente que ostente poca influencia de la constitución actual. Sin embargo, conviene en este punto detenerse para el análisis de las condiciones necesarias para que la constitucionalización del derecho sea posible.

Un ámbito de derecho no definido enteramente significa que hay cosas por decir en su campo de regulación. Una esfera jurídica en la cual ya se ha dicho todo acerca de las conductas que se regulan no tendría posibilidades reales de ser constitucionalizada. Un ámbito no definido enteramente significa que no se tiene claridad en todos los casos acerca de lo que debe resolver el juez, hay vacíos, contradicciones, ambigüedades, indeterminaciones; es un derecho que puede ser completado e integrado por el derecho constitucional. Es decir, hay elementos de decisión y discrecionalidad en los cuales los parámetros constitucionales pueden ayudar a solucionar y crear problemas. Se trata pues, de un derecho que permite la entrada en regencia del derecho constitucional de diferentes formas. Bien sea para la aplicación del derecho a los casos no regulados, la regulación conforme en los casos indeterminados o una regulación preferente en contra del derecho legislado.

Además del anterior requisito se hace necesario que el ámbito de derecho no constitucional admita el cambio, es decir, que pueda ser moldeado por el derecho constitucional; si la esfera a ser constitucionalizada no admite la moderación por parte del derecho constitucional, no podría darse el fenómeno. Este requisito quizás puede entenderse implícito en la máxima validez jerárquica de la Constitución.

En tercer lugar: para hablar de que el derecho se está constitucionalizando se hace necesario que tal o cual ámbito, en principio, tenga poca similitud con los contenidos de la Constitución. Entre menos tenga en cuenta el derecho los postulados del derecho constitucional más susceptible es de ser constitucionalizado. Desde cierta perspectiva, la constitucionalización del derecho parte de un derecho no constitucionalizado con la Constitución vigente. (Suarez, 2014: 324)

Hemos señalado a lo largo del texto que uno de los presupuestos para comprender el fenómeno de la constitucionalización del derecho es la existencia de una Constitución con contenido material, dotada de principios y reglas jurídicas a partir de las cuales establecer un marco normativo de lo prohibido, lo facultado y lo ordenado desde la misma. Analizamos cómo surge este modelo constitucional y especialmente su diferencia frente a otros modelos o concepciones de Constitución previas o ajenas al Estado Constitucional. En ese orden de ideas, conviene ahora realizar una breve anotación sobre una condición para la constitucionalización del derecho que viene de la mano de esta Constitución cualificada, me refiero a la necesidad de acompañar la misma con órganos y procedimientos competentes para hacer valer su supremacía. Esta condición se encuentra representada en la existencia de control judicial de constitucionalidad, para Ricardo Guastini (2003) existen tres modelos de control de

constitucionalidad⁶³, el primer modelo es el propio de los Estados Unidos, también llamado *a posteriori* y funciona por vía de excepción, es decir, es un control concreto, que cada juez realiza en el ámbito de su propia competencia jurisdiccional. Las dos principales características de este modelo son, por una parte, que permite a la ley inconstitucional su entrada en vigencia y aplicación hasta tanto no sea objeto de valoración concreta por el juez en el marco de un proceso. Y, por otra parte, los efectos de las sentencias que realizan dicho control no son generales, sino sólo para el caso. Por tal razón, su generalidad no se deriva de la naturaleza del control, sino del sistema de *stare decisi* que en aras de asegurar principios tales como la igualdad, extiende bajo la noción de precedente la decisión a futuros procesos.

Siguiendo a Guastini (2003) tenemos un segundo modelo, estructurado como control *a priori*, por vía de acción y abstracto. Es el modelo francés. La principal ventaja de este modelo es impedir que entre en vigencia una ley inconstitucional, pero pierda de vista que en determinado caso puntuales ello puede suceder (Rico, 2012: 581). Finalmente tenemos el modelo propio de Alemania, España, Italia, entre otros, se ejerce *a posteriori*, por vía de excepción. *In concreto* por parte del tribunal constitucional. Por su carácter *a posteriori* no puede impedir la entrada en vigencia de leyes inconstitucionales, cuya decisión tiene efectos *erga omnes*, lo que significa que la ley es anulada y no puede volver a ser aplicada nunca por ningún juez (Rico, 2012: 581).

Para Guastini son siete las principales condiciones necesarias para hablar de constitucionalización del derecho, en su análisis del caso italiano, Guastini precisa una serie de presupuestos que hacen posible la irradiación de las cláusulas constitucionales a la totalidad del ordenamiento jurídico, algunos de ellos ya han sido señalados a lo largo del texto, no obstante, los retomaremos brevemente en el presente apartado. Luis Alonso Rico realiza de forma muy detallada el siguiente resumen de dichas condiciones,

1. La existencia de una Constitución rígida, que por oposición a la flexible debe reunir dos condiciones. La primera, su existencia por escrito; la segunda, la garantía o protección contra la legislación ordinaria, esto es, el carácter intangible que el texto constitucional tiene para evitar que por vía estrictamente legal pueda reformarse, derogarse o adicionarse.
2. La garantía jurisdiccional de la Constitución, lo cual se consigue mediante el control jurisdiccional a fin de que determine si hay o no coincidencia de las leyes con la Constitución.
3. La fuerza vinculante de la Constitución. Guastini explica esta condición aludiendo a las que denomina constituciones “largas”, entendiéndose por tales aquellas que adicional a las normas que organizan el Estado, incluyen otras que contienen derechos, esto es, disposiciones que regulan directamente las relaciones entre el Estado y el ciudadano, apartándose así de la concepción tradicional según la cual, las Constituciones contenían principios generales no susceptibles de aplicación directa, por lo cual requerían de “peaje legal”. También disposiciones programáticas referidas a libertades y derechos sociales. Con el proceso de constitucionalización, ello cambia, pues la

⁶³ Un detallado estudio sobre el tema puede encontrarse en: Aragón (1999)

Constitución se torna en norma jurídica que, al margen de su vaguedad o precisión, de su estructura o contenido, es susceptible de aplicación.

4. La sobreinterpretación de la Constitución. Se afirma que toda Constitución es un texto finito, por muy larga que sea, y por lo mismo, limitada y completa. No obstante, siempre tendrá lagunas que no dependen del texto, dice Guastini, sino de la manera como está interpretado, pues son múltiples las alternativas hermenéuticas.

Más adelante agrega,

5. La aplicación directa de las normas constitucionales. Con este postulado se pretende deslindar definitivamente el nuevo modelo, del adoptado por la concepción liberal clásica en el que la Constitución es simplemente una talanquera, un límite al poder político, al Estado, en tanto sólo refula las relaciones de los ciudadanos con el Estado o del Estado entre sí, nada más, pero no extiende su ámbito de regulación a los ciudadanos entre sí, tarea ésta que deberá ser asumida por el derecho civil y el penal, que es lo que denominan legislación ordinaria (...) en opuesta antítesis a la concepción clásica liberal expuesta, el modelo [propio de la constitucionalización del derecho] estima que la Constitución regula la totalidad de la vida pública y privada, política y social, entre el Estado y los ciudadanos y entre estos entre sí. Para eso, la proclama como norma jurídica en su totalidad, esto es, el preámbulo, la parte dogmática y la organizativa. También sus principios y valores, bien que la relación conflictiva o litigiosa sea pública o privada, entre el Estado o con el Estado, o entre particulares. Con ellos, los jueces no están limitados a la ley, sino que, en primer término, cuando no existe disposición legal o siendo esta injusta, operan la Constitución la cual se entiende como norma jurídica aplicable directamente. (...)

6. La Interpretación conforme a las leyes. Este requisito está referido no a la manera cómo ha de interpretarse la Constitución, pues ello ha quedado expuesto, sino a la técnica hermenéutica de la ley. Para ello, se señala que es posible que una ley pueda ser interpretada en abstracto, esto es, al amparo de la simple lectura del texto. También es factible que se interprete para un caso concreto. Ambas operaciones pueden arrojar resultados diversos. Así, por ejemplo, la primera, contraria a una norma constitucional. La segunda, en un todo conforme.

En esta situación corresponde al juez determinar la interpretación “correcta”, privilegiando el segundo tipo de interpretación, denominada también “armonizante”, “adecuadora” o “conforme”, es decir, se trata de un proceso de significación en el que siempre se tenderá a privilegiar la interpretación de una ley que sea más ajustada al precepto constitucional, salvando así la integridad de la legislación a partir de una modulación o restricción interpretativa de su contenido. El efecto de esta interpretación es garantizar la validez de una ley a partir del direccionamiento del proceso de su significación, por tal razón se denomina interpretación adecuada.

Y finalmente encontramos la séptima condición para la existencia de un proceso de constitucionalización del derecho, a saber:

7. Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas (...) El propio autor admite la dificultad de concreción, pues depende de algunos elementos, tales como el contenido de la Constitución, la postura de los jueces, especialmente del Tribunal Constitucional, y por último, la de los órganos constitucionales y de los actores políticos.

El primero, esto es, el contenido de la Constitución que ejemplifica en la Constitución alemana la cual permite a los órganos jurisdiccionales dirimir conflictos puramente políticos.

El segundo, que hace alusión a la postura de los jueces especialmente del Tribunal Constitucional que frente a la labor legislativa del parlamento puede optar por la continencia, el autocontrol respecto de los aspectos estrictamente políticos, respetando el ámbito propio del parlamento, o por el contrario, establecer como elemento de restricción a la conducta y discrecionalidad parlamentaria temas no necesariamente políticos. (...)

El tercer elemento es la postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos. El propio Guastini la encuentra como la más simple de explicar, señalando simplemente que unos y otros acuden a la Constitución para justificar sus decisiones. (Rico, 2012: 283-285)

En conformidad a lo anterior, la Constitución puede ser configurada como el fundamento de la legislación que sería entendida como su desarrollo o expansión. En este sentido se establece un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, por una parte, y una sobre-interpretación del texto constitucional por otra. De esto se deriva una consecuencia directa, y es la flexibilización del consenso en relación a las reglas y directrices de interpretación admitidas, ello implica una menor posibilidad de control sobre las decisiones judiciales y una consiguiente ampliación del poder normativo de la Constitución. La supremacía constitucional se reflejará duramente sobre la normatividad infraconstitucional que será (re)interpretada en un sentido conforme al documento jerárquicamente supraordenado (Pozzolo, 2011:171).

La ley, en tanto normatividad general y abstracta sucumbe ante las exigencias de los casos concretos para volverse conforme a la Constitución y, sobre todo, será justificada de conformidad con los objetivos a ser alcanzados.

Siguiendo a Pozzolo (2011), tendríamos que reconocer que, el legislador no es más libre en los fines, sino que se encuentra casi en el deber de motivar la ley pues ella será válida en tanto que expansión de la Constitución. En el Estado Constitucional, la ley se encuentra subordinada a los criterios sustanciales de la Constitución. El ordenamiento jurídico no podría ser más simplemente fotodinámico, la Constitución podría ser más una mera norma sobre la normatividad” sino que sería ella misma norma de conducta o un conjunto de principios sustanciales dirigidos a todos los asociados y a cuya realización debe proveer el legislador.

Por lo tanto, la ley viene sometida a un doble control. Por un lado, estaría sujeta al control de legalidad y al control de compatibilidad constitucional, de otro lado, estaría sujeta a un control que extiende su racionalidad respecto a su objetivo: estaría sujeta a un juicio que entra a analizar las elecciones legislativas. Así, sometida al juicio de razonabilidad, también la ley se vuelve jurisdiccionalmente censurable bajo el perfil del *exceso de Poder Legislativo* por la que se valora su congruencia con los objetivos constitucionales. De este modo el legislador pierde notable fragmentos de soberanía a favor de

los intérpretes de la Constitución. La jurisdicción constitucional aspira a extenderse, entonces, a la discrecionalidad del legislador. Su censura versa sobre los propios contenidos de la ley, luego, lo realizado por este intérprete se desarrolla más allá de la simple función de verificación de la compatibilidad constitucional y las funciones del denominado legislador negativo. En este modelo, la Constitución se dirige directamente a todos los asociados quienes pueden valorar la persistencia de la legitimidad política del legislador sobre la base de la aplicación de las reglas constitucionales. Pero de este modo, la valoración de la legitimidad política y de la constitucionalidad de las leyes no sería según las reglas específicas del sistema: ella se transforma en control de constitucionalidad difuso incluso donde el sistema prevé uno de tipo concentrado, porque la adecuación a la Constitución del Derecho existente se vuelve una tarea general de la jurisdicción (Pozzolo, 2011: 173-174)

Vemos cómo la constitucionalización del derecho lejos de ser un fenómeno aislado o excepcional de los actuales ordenamientos jurídicos, el mismo es el resultado de una serie de procesos que convergen al interior del Estado Constitucional, redefiniendo los puentes que atan la legalidad y la legitimidad, y permitiendo que los jueces, en especial los jueces constitucional, participen de forma activa al interior de los procesos de definición de las garantías y reglas que soportan nuestra vida en sociedad.

6 CONCLUSIONES

Este proceso en la actualidad tiene viejos y nuevos desafíos. Dentro de los primeros encontramos la tensión entre democracia y producción normativa, el fundamento de la obligatoriedad del derecho ha sido desde los orígenes del Estado de Derecho, la posibilidad de participación en su proceso de creación, la democracia era el único sistema político capaz de conciliar de forma precisa la libertad humana con la obediencia del derecho. Sin embargo, como hemos señalado, la constitucionalización del derecho ha venido de la mano de la juridización del mismo (Florez-Muñoz, 2010b), el poder judicial, rama del poder público que adolece legitimidad democrática en términos de elección y representación, es ahora la primera llamada a establecer los modelos normativos sobre los cuales dirimimos nuestros problemas sociales. Este desafío, que no es nuevo, se traduce en la acusación a la constitucionalización del derecho, de disfrazar un nuevo modelo de aristocracia judicial que minaría las bases de una vida democrática en la cual la ciudadanía participe en las decisiones más relevantes de su vida en comunidad.

Un nuevo desafío al fenómeno objeto de análisis, se encuentra en la creciente interenacionalización del derecho constitucional (Payares, 2002). El rol cada vez más protagónico de organismos y tribunales supranacionales, tales como Corte Interamericana de Derechos Humanos al interior del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, representa realidades normativas que comprometen las bases de la soberanía nacional y en buena medida la lógica estatal de construcción de lo jurídico. La tesis central con la que nace el constitucionalismo es aquella que sostiene que no existen poderes buenos por naturaleza, y que por tal razón, es necesario limitarlos. El poder que ha venido en ascenso desde los diálogos entre jurisdicciones

internacionales y jurisdicciones domésticas, no prevé control alguno y por tanto, debe ser objeto de análisis y atención.

Por lo demás, la historia de la constitucionalización del derecho debe ser valorada a la luz de las experiencias concretas de los Estados constitucionales, atendiendo a áreas específicas y en lo posible a temáticas concretas. Como se sostuvo, es un proceso heterogéneo y en buena medida contradictorio, que cobra entidad propia en cada uno de los compartimentos de las áreas dogmáticas hasta donde la jurisprudencia –pero también la ley- permiten que llegue la eficacia de las cláusulas constitucionales y de esta forma se asegura no solo el respeto de la supremacía formal y material de la Constitución, sino también las bases para democracia sustantiva.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. (1997) **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Político y Constitucionales

Alexy, R. (2002) “Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales” en **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 22, Núm. 66, Septiembre-Diciembre

Alexy, R. (2003) **Tres escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

Alexy, R. (2005) **Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales**. México: Fontamara

Aragón, M. (2007) “La Constitución como Paradigma” en Carbonell, M. (Ed.) **Teoría del Neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta.

Aragón, M. (1999) **Constitución y Control del poder**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

Arango, R. (2004) **Derechos, Constitucionalismo y Democracia**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

Arango, R. (2005) **El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales**. Bogotá: Legis

Bellamy, R. (2010) **Constitucionalismo Político. Una defensa republicana de la Constitucionalidad de la Democracia**. Madrid: Marcial Pons

Bernal, C. (2005) **El Derecho de los Derechos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bernal, C. (2014) **El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales**. 4° Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Calderon, J. (2004) “Constitucionalización del Derecho Comercial desde la Dogmática de los Márgenes de Acción” en **Revista Precedente**. ICESI. Págs. 49-78.

Carrillo, Y. (2009) “La inclusión de la moral en el derecho y la encrucijada actual del positivismo jurídico” en **Revista Dialogo de Saberes**. Julio – diciembre. Págs. 213-229.

Carrillo de la Rosa, Y., & Ariza Orozco, O. M. (2019). Teorías aplicables al derecho internacional e interamericano de derechos humanos. **Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo**, 11(21), 110–122. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.11-num.21-2019-2503m>

Carrillo, Y. (2015) **Argumentación y Ponderación de Principios Constitucionales**. Cartagena: Editorial Universidad de Cartagena.

Caro Benítez, M. J. (2019). La justicia transaccional y la construcción de paz : reflexiones en torno a su garantía en el postconflicto colombiano. **Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo**, 11(22), 204–216. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.11-num.21-2019-2510>

Comanducci, P. (2007) “Modelos e Interpretación de la Constitución” en Carbonell, M. (Ed.) **Teoría del Neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta.

Comanducci, P. (2010) **Hacia una teoría analítica del Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales.

Dworkin, R. (1996) **Freedom’s Law, The moral Reading of the American Constitution**, Oxford: Oxford University Press.

Ferrajoli, L. (2001) “Pasado y Futuro del Estado de Derecho” en **Revista Internacional de Filosofía Política**. N° 17, págs. 31-46.

Flórez Muñoz, D. E., & Villareal Ordosgoitia, C. (2020). Contextos y transiciones: la justicia transicional en Sudáfrica y Colombia. **Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo**, 12(23), 159–177. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.12-num.23-2020-2661>

Florez-Muñoz, D. (2005) “Limites de la Democracia en el Estado Constitucional” en **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**. N°13.

Florez-Muñoz, D. (2010a) “La Acción Pública de Inconstitucionalidad como garantía del Estado Constitucional en Colombia” en **Revista Opinión Jurídica**. Vol. 9, n° 18, julio - diciembre. Págs. 89-106.

Florez-Muñoz, D. (2010b) “Aproximación a los orígenes de la revolución judicial” en **Revista Ambiente Jurídico**. N°12. Págs. 126-144.

Florez-Muñoz, D. (2011) “Derecho y Sociedad en el Estado Constitucional: Una introducción desde Elster, Häberle y Kramer” en **Revista Derecho**. N° 35. Págs. 1-31.

Florez-Muñoz, D. (2012a) “Aproximación a los límites del Neoconstitucionalismo como instrumento de transformación social en Colombia” en **Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo**. Vol 4, N° 17. Págs. 33-54

Florez-Muñoz, D. (2012b) “El Principialismo como espíritu de la teoría neoconstitucional. Una aproximación a la obra iusfilosófica de Ronad Dworkin” En **Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo**. Vol. 7, N° 8., julio - diciembre. Págs. 125-144

Florez-Muñoz, D. (2013) “Tres modelos explicativos de las tensiones entre Constitucionalismo y Democracia en América Latina” en **Revista Mario Alario D’Filippo**. Vol. 5, N° 9. Págs. 151-169

García-Enterría, E. (1985) **La Constitución como Norma**. Madrid: Editorial Civitas

Guastini, R. (2003) “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano” en Carbonell, M. **Neoconstitucionalismo(s)** Madrid: Trotta

Guastini, R. (2007) “Sobre el concepto de Constitución” en Carbonell, M. (Ed.) **Teoría del Neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta.

Guastini, R. (2017) **La Sintaxis del Derecho**. Madrid: Marical Pons

Haberle, P. (2003) **El Estado Constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México

Hesse, K. (1983) **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales

Julio, A. (2007) “Los Tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales” en Carbonell, M. (Ed.) **Teoría del Neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta.

Kägi, W. (2005) **La Constitución como orden jurídico fundamental del Estado**. Madrid: Editorial Dykinson

Lopera, G. (2004) “Los Derechos Fundamentales como mandato de optimización” En Doxa: **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, núm. 27. Págs. 211-243.

Lopera, G. (2008) **La Aplicación del Derecho en los Sistemas Jurídicos Constitucionalizados**. Medellín: Universidad EAFIT

Mercado, D. (2008) **Manual de Teoría Constitucional**. Cartagena: Rodrigo Quito Editores

Payares, J. (2002) **Aspectos internacionales de la Constitución Política**. Bogotá: Doctrina y Ley

Pozzolo, S. (2011) **Neoconstitucionalismo y Positivismo Jurídico**. Lima: Editorial Palestra

Rico, L. (2012) “Neoconstitucionalismo o Constitucionalización del orden jurídico ¿Desarrollo legislativo o concreción judicial?” en Botero, A. (coord.) **Filosofía del Derecho**. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín

Suarez, W. (2014) “La Constitucionalización del Derecho en el Ordenamiento Jurídico colombiano” en **Revista Vniversitas**. N° 129, julio –diciembre. Págs. 317-351.

Torres Manrique, J. I. (2020). Agenda pendiente sobre los Amici Curiae : análisis a la luz de los derechos fundamentales. **Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo**, 12(23), 34–55. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.12-num.23-2020-2654>

Sentencias

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-174 de 1996

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-112 de 2000

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 2001

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-673 de 2001

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-507 de 2004

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-534 de 2005

ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LOS PARQUES NATURALES NACIONALES COMO ÁREAS PROTEGIDAS EN COLOMBIA⁶⁴

BLANCO, Milton José Pereira⁶⁵
SALAS, Fernando Luna⁶⁶

RESUMEN: Este artículo de investigación eminentemente jurídico, de tipo analítico, documental, de carácter cualitativo y que se desarrolla a nivel teórico, abordará el estudio sobre el régimen de protección de los parques naturales nacionales en Colombia. En ese marco se debe señalar inicialmente que desde el plano internacional los parques naturales como áreas protegidas deben ceñirse a las disposiciones consagradas en el Convenio de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica aprobado internamente mediante la ley 165 de 1994, promulgada mediante decreto 205 de 1996 y declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-519 de 1994, cuyos objetivos son la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante un acceso adecuado a ellos y a una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada.

Palabras Claves: Parques naturales, áreas protegidas, medio ambiente, recursos naturales, sancionatorio ambiental.

ABSTRACT: This eminently legal research article, of an analytical, documentary, qualitative nature and developed at a theoretical level, will address the study on the protection regime of national natural parks in Colombia. Within this framework, it should be pointed out initially that from the international level, natural parks as protected areas

⁶⁴ El Presente trabajo constituye un avance del marco teórico de la investigación titulada: *Las áreas protegidas en Colombia*, en la cual los autores son investigadores principales. Este trabajo se encuentra adscrito a la línea de investigación denominada *Derechos fundamentales y derechos sociales* del Grupo de Investigación Teoría jurídica y derechos fundamentales "phrónesis" de la Universidad de Cartagena.

⁶⁵ Profesor del Dpto. de Derecho Público de la Universidad de Cartagena. Abogado y Licenciado en Filosofía. Magíster en Derecho de la Universidad del Norte (Colombia). Postgraduado en Diplomacia en Cambio Climático: Negociaciones climáticas internacionales del Colegio de Biólogos del Perú. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo, y en Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia. Conjuez de la Comisión de Disciplina Judicial seccional Bolívar. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9080-4947> E-mail: mpereirab@unicartagena.edu.co

⁶⁶ Profesor del Dpto. de Derecho Procesal de la Universidad de Cartagena. Magíster en Derecho de la Universidad de Cartagena y Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre. Editor de la Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo y director del semillero de investigación Ciencia y Proceso. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal - Capítulo Bolívar. Director del Centro Internacional De Estudios Jurídicos y Políticos (CIEJP). Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4574-6335>. E-mail: flunas@unicartagena.edu.co

must adhere to the provisions enshrined in the United Nations Convention on Biological Diversity, approved internally through Law 165 of 1994, promulgated through Decree 205 of 1996 and declared executable by the Constitutional Court through Ruling C-519 of 1994, whose objectives are the conservation of biological diversity, the sustainable use of its components and the fair and equitable sharing of the benefits arising from the utilization of genetic resources, through adequate access to them and appropriate transfer of relevant technologies, taking into account all rights over those resources and to those technologies, as well as through appropriate funding.

KeyWords: Natural parks, protected areas, environment, natural resources, environmental sanctioning process.

1 INTRODUCCIÓN

Según la Unidad Administrativa de Parques Nacionales Naturales, Colombia es uno de los países más ricos en diversidad biológica y cultural en el mundo. Esa diversidad está representada en 59 áreas naturales pertenecientes al Sistema de Parques Nacionales Naturales que representan 14'268.224 hectáreas (142,682 km²) de la superficie nacional (marinas y terrestres), donde 11,27% constituye el área continental y 1,5% el área marina. 26 de estas áreas tienen presencia de comunidades indígenas y afro descendientes. En el año 2010 se conformó el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Sinap) que, a 26 de agosto de 2021, contaba con un total de 1.366 áreas protegidas entre públicas y privadas, con las cuales se protegen 31,4 millones de hectáreas del territorio marino y continental, con representación de al menos el 80% de los ecosistemas naturales, según reporta el Registro Único Nacional de Áreas Protegidas (RUNAP). El anterior panorama se puede evidenciar cartográficamente en el mapa del SINAP (Sistema Nacional de Áreas Protegidas en el que claramente se observa como están distribuidas las áreas protegidas en nuestro país, incluidos los parques naturales nacionales y regionales.

Según el Convenio de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica se entiende por "área protegida" el área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación. Vale resaltar que en el marco de ese convenio internacional es que Colombia establece su sistema de áreas protegidas para conservar la diversidad biológica. El artículo 8 del convenio textualmente señala:

Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:

- a) Establecerá un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica;
- b) Cuando sea necesario, elaborará directrices para la selección, el establecimiento y la ordenación de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica;
- c) Reglamentará o administrará los recursos biológicos importantes para la conservación de la diversidad biológica, ya sea dentro o fuera de las áreas protegidas, para garantizar su conservación y utilización sostenible;
- d) Promoverá la protección de ecosistemas y hábitat naturales y el mantenimiento de poblaciones viables de especies en entornos naturales;

- e) Promoverá un desarrollo ambientalmente adecuado y sostenible en zonas adyacentes a áreas protegidas, con miras a aumentar la protección de esas zonas;**
- f) Rehabilitará y restaurará ecosistemas degradados y promoverá la recuperación de especies amenazadas, entre otras cosas mediante la elaboración y la aplicación de planes u otras estrategias de ordenación;**
- g) Establecerá o mantendrá medios para regular, administrar o controlar los riesgos derivados de la utilización y la liberación de organismos vivos modificados como resultado de la biotecnología que es probable tengan repercusiones ambientales adversas que puedan afectar a la conservación y a la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana;**
- h) Impedirá que se introduzcan, controlará o erradicará las especies exóticas que amenacen a ecosistemas, hábitats o especies;**
- i) Procurará establecer las condiciones necesarias para armonizar las utilizaciones actuales con la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes;**
- j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente;**
- k) Establecerá o mantendrá la legislación necesaria y/u otras disposiciones de reglamentación para la protección de especies y poblaciones amenazadas;**
- l) Cuando se haya determinado, de conformidad con el artículo 7o., un efecto adverso importante para la diversidad biológica, reglamentará u ordenará los procesos y categorías de actividades pertinentes; y**
- m) Cooperará en el suministro de apoyo financiero y de otra naturaleza para la conservación in situ a que se refieren los apartados a) , 1) de este artículo, particularmente a países en desarrollo.**

La sentencia C-519 de 1994 que declaró la exequibilidad de la ley 165 de 1994 aprobatoria del Convenio de Naciones Unidas sobre importancia de la Diversidad Biológica sostuvo que:

(...) la importancia de una regulación internacional en materia de biodiversidad, como la que en esta oportunidad le corresponde estudiar a la Corte, es un asunto de especial interés para los países de América Latina. En efecto, previas las discusiones de Río de Janeiro, se produjeron documentos de suma importancia en los cuales los Estados, así como las organizaciones no gubernamentales, consignaron sus posiciones sobre tan trascendental materia. La Comisión de Desarrollo y Medio Ambiente de América Latina y el Caribe, auspiciada por el Banco Interamericano de Desarrollo y por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, con la participación de integrantes provenientes de países como Colombia, Costa Rica, México, Ecuador, Guatemala, Brasil, Perú, Argentina, Guyana y Venezuela, prepararon el informe denominado "Nuestra Propia Agenda", en el cual se "refleja el pensamiento, análisis y debate registrado sobre el tema en las pasadas décadas en la región, y adelanta sugerencias para un enfoque futuro". (...) Por su parte, Colombia es uno de los países que mayor interés debe tener respecto de los acuerdos internacionales en materia de biodiversidad. La razón es, por lo demás, sencilla: nuestro país ha sido reconocido a nivel mundial como uno de los centros biológicos de mayor diversidad. Sobre el particular, basta con remitirnos a la exposición de

motivos suscrita por los ministros de Relaciones Exteriores y de Medio Ambiente, cuando presentaron ante el h. Congreso de la República el proyecto de ley correspondiente al Convenio de Diversidad ya referenciado. (...)

Finalmente, no debe la Corte ignorar el hecho de que el Constituyente, en su afán de consagrar disposiciones encaminadas a lograr la preservación y conservación del ambiente y del entorno ecológico, se ocupó con particular interés del tema de la biodiversidad. Así, estipuló la obligación de las autoridades públicas y de los particulares de proteger la riqueza cultural y natural de la Nación (Art. 8o. C.P.). Conviene en este punto insistir en que la riqueza natural y cultural le pertenece a la Nación; en otras palabras, si bien la protección del ambiente es un asunto que sobrepasa los límites territoriales y le atañe a la humanidad en general, los recursos que se encuentren en cada Estado le pertenecen a él y, por tanto, sólo ese Estado tiene la facultad de utilizarlos y aprovecharlos económicamente de acuerdo con sus propios intereses. De igual forma, para efectos del asunto que se examina, debe la Corte resaltar la importancia que revisten los recursos y la información genética que ha sido aprovechada por las comunidades indígenas, negras y campesinas -principalmente-, cuyo conocimiento tradicional debe ser reconocido y respetado al momento de entrar a negociar sobre una riqueza que le pertenece al Estado colombiano, pero que requiere de la activa participación de esas comunidades, como lo exige, para el caso de los indígenas, el Parágrafo del artículo 330 constitucional.

En el plano constitucional es menester hacer referencia al artículo 63 de la carta política colombiana, el cual es claro en señalar que los bienes de uso público, *los parques naturales*, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, *son inalienables, imprescriptibles e inembargables*.

En el año 1995 se expidió la Política Nacional de Biodiversidad, aprobada por el Consejo Nacional Ambiental, que contempla tres estrategias principales: conservación, conocimiento y utilización sostenible para la biodiversidad. Respecto a la conservación de la biodiversidad en condiciones naturales (*in situ*), plantea el desarrollo de una estrategia en la que se garantice la representatividad de los diversos ecosistemas continentales y marinos y se fortalezca la organización institucional para la conservación y el manejo de ecosistemas que poseen un valor estratégico para el país. Posteriormente, el Consejo Nacional Ambiental aprobó en 1998 la “Estrategia para un Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas”, cuyo objetivo general consiste en asegurar la conservación de la diversidad biológica y cultural y la producción sostenible de bienes y servicios ambientales indispensables para el desarrollo económico, social y ambiental de la Nación mediante el diseño y puesta en marcha del SINAP, el cual estaría integrado a la dinámica económica, social y ambiental de las regiones (CONPES 3680 de 2010).

En el marco del convenio para diversidad biológica, se aprobó la Decisión VII/28 en la Séptima Reunión de la Conferencia de las Partes (COP7) en el año 2004, adoptó el Programa de Trabajo sobre Áreas Protegidas, comprometiéndose cada país a aplicarlo en el contexto de sus prioridades y necesidades nacionales, con el objetivo de establecer y mantener sistemas nacionales de áreas protegidas completos, eficazmente manejados y ecológicamente representativos, que contribuyan al logro de los objetivos del Convenio, a la meta prevista en la Declaración de Johannesburgo

de reducir el ritmo actual de pérdida de la diversidad biológica, a la reducción de la pobreza y al desarrollo sostenible.

Para este propósito el Decreto - Ley 216 de 2003 le asignó a la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales - UAESPNN-, encargada de la administración y manejo de las áreas del sistema de parques, las funciones de proponer políticas, planes, programas, normas y procedimientos relacionados con el SINAP y coordinar con las demás autoridades ambientales, entidades territoriales, autoridades y representantes de grupos étnicos, y organizaciones comunitarias, las estrategias para la conformación y consolidación de un SINAP (CONPES 3680 de 2010).

En el año 2010, a través del Decreto 2372 de 2010 se reglamentó el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, las categorías de manejo que lo conforman y los procedimientos generales relacionados con este Sistema. Sobre esta norma nos referiremos sobre sus aspectos centrales en el punto III del presente trabajo.

De igual forma, a nivel internacional se encuentra que en el sistema interamericano de derechos humanos, el derecho a un medio ambiente sano está consagrado expresamente en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador: 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente. Adicionalmente, este derecho también debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana. El derecho humano a un medio ambiente sano es un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. (Rivas, Mosquera & Mena, p. 2019)

Con esas acotaciones preliminares, se debe señalar que en este trabajo se abordara desde el plano normativo y jurisprudencial el régimen de protección de los parques naturales nacionales en Colombia en la que se hará un recorrido por la jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional sobre el particular.

Este trabajo se dividirá por razones metodológicas en cuatro partes, así: una primera en la que se realizará un análisis sobre la protección constitucional del derecho al medio ambiente desde la jurisprudencia. Un segundo punto en el que se hará referencia a la constitucionalización del derecho al medio ambiente sano y conservación del medio ambiente: Obligaciones y deberes del Estado y la Comunidad. Una tercera parte en la que se hará un análisis normativo sobre el régimen de protección de los parques naturales en Colombia. Un cuarto y último aparte, en el que se analizará el contexto de los Parques Naturales en la jurisprudencia constitucional.

2 PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE: ANÁLISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Para analizar la protección constitucional al Medio Ambiente es de suma trascendencia traer a colación el artículo 79 de la C.P el cual es el fundamento constitucional central de tan importante derecho. Esta norma señala que todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. De igual forma, el artículo 88

de la C.P nos indica que las acciones populares son el instrumento para la protección de los derechos e intereses colectivos, dentro de estos el derecho al ambiente.

La ley 472 de 1998 en su artículo 4, reconoce el derecho colectivo a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. De igual forma indica la norma en mención que, el deber de conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente.

Precisado lo anterior, es importante definir desde el punto de vista legal qué se entiende por medio ambiente, para lo cual la ley 23 de 1973 señala que el medio ambiente está constituido por la atmósfera y los recursos naturales renovables.

Desde el punto de vista constitucional, la Corte Constitucional sobre el medio ambiente, señaló en las sentencias C-035/16 y C-123/14 que este concepto de acuerdo con la Constitución de 1991 es un concepto complejo, en donde se involucran los distintos elementos que se conjugan para conformar el entorno en el que se desarrolla la vida de los seres humanos, dentro de los que se cuenta la flora y la fauna que se encuentra en el territorio colombiano. Respecto de los deberes que surgen para el Estado a partir de la consagración del ambiente como principio y como derecho, la jurisprudencia constitucional manifestó que se le impone al Estado los deberes correlativos de: 1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera.

El derecho al medio ambiente no ha sido ajeno a la constitucionalización del derecho, pues para la Corte Constitucional es claro que la Constitución de 1991 encierra lo que se conoce como la constitución ecológica. En la sentencia C-123 de 2014 la Corte Constitucional se sostuvo que

(...) de una lectura sistemática, axiológica y finalista surge el concepto de Constitución Ecológica, conformado por las siguientes 34 disposiciones: || Preámbulo (vida), 2º (fines esenciales del Estado: proteger la vida), 8º (obligación de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación), 11 (inviolabilidad del derecho a la vida), 44 (derechos fundamentales de los niños), 49 (atención de la salud y del saneamiento ambiental), 58 (función ecológica de la propiedad), 66 (créditos agropecuarios por calamidad ambiental), 67 (la educación para la protección del ambiente), 78 (regulación de la producción y comercialización de bienes y servicios), 79 (derecho a un ambiente sano y participación en las decisiones ambientales), 80 (planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales), 81 (prohibición de armas químicas, biológicas y nucleares), 82 (deber de proteger los recursos culturales y naturales del país), 215 (emergencia por

perturbación o amenaza del orden ecológico), 226 (internacionalización de las relaciones ecológicas, 268-7 (fiscalización de los recursos naturales y del ambiente), 277-4 (defensa del ambiente como función del Procurador), 282-5 (el Defensor del Pueblo y las acciones populares como mecanismo de protección del ambiente), 289 (programas de cooperación e integración en zonas fronterizas para la preservación del ambiente), 300-2 (Asambleas Departamentales y medio ambiente), 301 (gestión administrativa y fiscal de los departamentos atendiendo a recursos naturales y a circunstancias ecológicas), 310 (control de densidad en San Andrés y Providencia con el fin de preservar el ambiente y los recursos naturales), 313-9 (Concejos Municipales y patrimonio ecológico), 317 y 294 (contribución de valorización para conservación del ambiente y los recursos naturales), 330-5 (Concejos de los territorios indígenas y preservación de los recursos naturales), 331 (Corporación del Río Grande de la Magdalena y preservación del ambiente), 332 (dominio del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables), 333 (limitaciones a la libertad económica por razones del medio ambiente), 334 (intervención estatal para la preservación de los recursos naturales y de un ambiente sano), 339 (política ambiental en el plan nacional de desarrollo), 340 (representación de los sectores ecológicos en el Consejo Nacional de Planeación), 366 (solución de necesidades del saneamiento ambiental y de agua potable como finalidad del Estado).

De lo señalado en este aparte del presente trabajo, se hace necesario resaltar la importancia que desde el orden constitucional se le ha dado al medio ambiente en nuestro ordenamiento jurídico. No quiere decir que antes de la entrada en vigencia no existía protección a tal derecho, pero es notorio que con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 se ha hecho más efectiva la protección ambiental. Con el Código de Recursos Naturales ya existía normatividad que consagraba el derecho de toda persona a gozar de un ambiente sano, sin embargo, este derecho tomó mayor efectividad con la consagración de las acciones populares como instrumento constitucional para su protección. Sobre este punto, la Corte Constitucional en sentencia C-630-11 señaló que la constitucionalización de las acciones populares supone un avance del Estado Social de Derecho, al sacar del “olvido” a los derechos colectivos, estableciendo una herramienta adecuada para su protección. Si bien los derechos colectivos trascienden la órbita individual, ello no significa que “*se trate de derechos de inferior jerarquía que los derechos individuales fundamentales*”.

En otras palabras, el concepto de medio ambiente con ocasión al fenómeno de la constitucionalización del derecho al ambiente sano ha evolucionado hacia una tendencia de protección pro natura, esto es, una protección en favor del ambiente como fin en sí mismo. Sobre este punto, el Consejo de Estado señaló que en materia ambiental en Colombia, con la expedición del Código de Recursos Naturales (Decreto 2811 de 1974) se estableció el derecho de toda persona a gozar de un ambiente sano. No obstante lo anterior, el paso trascendental se produjo con la Constitución Política de 1991, toda vez que, además de contemplar en su artículo 79, el goce del ambiente sano como derecho colectivo, incluyó un compendio normativo para reglar el actuar del Estado y de los particulares respecto de la protección, explotación, uso y aprovechamiento de los recursos naturales.

Sobre este punto, el Consejo de Estado Colombiano en sentencia de la sección primera de la sala de lo contencioso administrativo de seis (6) de marzo de dos mil ocho (2008) señaló que “la Carta Política en su artículo 79 reconoce el derecho

a gozar de un ambiente sano y le atribuye al Estado el deber de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines. Con miras a una adecuada materialización de tales propósitos, dispone que la ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Desde el punto de vista constitucional, el medio ambiente involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible, y la calidad de vida del hombre entendido como parte integrante de ese mundo natural”.

3 CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE SANO Y CONSERVACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: OBLIGACIONES Y DEBERES DEL ESTADO Y LA COMUNIDAD

En este aparte del trabajo se analiza el papel de la comunidad y del Estado en la conservación del medio ambiente a partir de la constitucionalización del derecho al medio ambiente sano. Lo anterior implica estudiar las obligaciones y deberes de los sujetos antes descritos.

Antes de analizar el tema central de este acápite es importante señalar, tal como lo indica González Varas (1998), que por unanimidad parece otorgarse el galardón de bien jurídico, al medio ambiente. Sin embargo, el medio ambiente ha de encuadrarse dentro de los bienes jurídicos colectivos, que son aquellos bienes jurídicos que están referidos a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico y que están relacionados con la idea de participación. El medio ambiente es, como decir, un bien jurídico administrado por los poderes públicos, como bien público o común y conlleva a una función administrativa de protección y prevención de los daños en el medio ambiente. (p. 203, 204)

Sobre este mismo punto, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-431 de 2000 que *“la defensa del medio ambiente constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura de nuestro Estado Social de Derecho. En cuanto hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, el medio ambiente se encuentra al amparo de lo que la jurisprudencia ha denominado “Constitución ecológica”, conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección”*. Para la Corte Constitucional el derecho a un ambiente sano tiene también el carácter de servicio público, al igual que la salud, la educación y el agua potable, cuya realización material encuentra pleno sustento en el fin esencial de propender por el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país.

A partir de lo dicho anteriormente el Estado tiene los siguientes deberes correlativos de conservación frente al ambiente:

1. Proteger su diversidad e integridad.
2. Salvaguardar las riquezas naturales de la Nación.

3. **Conservar las áreas de especial importancia ecológica.**
4. Fomentar la educación ambiental.
5. Planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.
6. Prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental.
7. Imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y Cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera.

Para el cumplimiento de tales deberes el Estado cuenta con una serie de potestades, como, por ejemplo, la facultad de intervención que por mandato de la ley en ciertas actividades como director general de la economía, como ocurre con la explotación de los recursos naturales en aras de la preservación de un medio ambiente sano.

Sobre este punto, la Corte Constitucional en la sentencia T-453 de 1998 señaló que:

El medio ambiente desde el punto de vista constitucional, involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible, y la calidad de vida del hombre entendido como parte integrante de ese mundo natural, temas, que entre otros, han sido reconocidos ampliamente por nuestra Constitución Política en muchas normas que establecen claros mecanismos para proteger este derecho y exhortan a las autoridades a diseñar estrategias para su garantía y su desarrollo.

Complementan, entonces, las responsabilidades estatales aludidas, los actos de participación y las obligaciones a cargo de la comunidad para la consecución de los objetivos en materia ambiental; en virtud de lo cual, los ciudadanos pueden tomar parte en las decisiones que afecten el medio ambiente debiendo a su vez proteger los recursos naturales y velar por la conservación del mismo, sin olvidar que la potestad de todos a gozar de un ambiente sano constituye un derecho de carácter colectivo en la forma de un “derecho-deber” (C.P., arts. 70, 79 y 95).

También es valioso traer a colación la sentencia T-046 de 1999 sobre el mismo sentido, la cual textualmente señala que:

Uno de los principales aspectos innovadores de la Carta Política de 1991 hace referencia al tratamiento de las riquezas naturales de la Nación y el medio ambiente, a través de una nueva conciencia que se refleja en claros compromisos tanto para el Estado como para la comunidad en general, tendientes a su conservación y protección, en cuanto patrimonio común de la humanidad, indispensable para la supervivencia de estas y de las futuras generaciones.

Por ello, constituye un fin esencial del Estado promover la prosperidad y el bienestar general, así como el mejoramiento de la calidad de vida de la población, entre otras actuaciones, mediante la solución de las necesidades insatisfechas con la prestación de los servicios públicos de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable (C.P., arts. 2o. 49 y 366).

En similar sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-339/02 al indicar que:

En este sentido se afirmó vía jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional que por la calidad de derecho del ambiente del cual son titulares todas las personas, son estas quienes están legitimadas para participar en las decisiones que puedan afectarlo y tienen el deber de colaborar en su conservación. Lo anterior quiere decir que la comunidad tiene también el deber de cuidar y proteger el ambiente, aunque en cabeza del Estado este la administración de los recursos naturales y la atmósfera.

En síntesis, la Constitución de 1991 impone para el Estado la necesidad de asegurar las condiciones que permitan a las personas gozar del derecho a un medio ambiente sano y promover la participación de los habitantes a través del establecimiento de deberes (artículo 95-8), acciones públicas (artículo 88) y un cierto número de garantías individuales (artículos 11, 49 incisos 1 y 2, 67 inciso 2 y 330 numeral 5). Lo anterior de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-339/02.

4 EL SISTEMA DE PARQUES NACIONALES NATURALES: RÉGIMEN DE PROTECCIÓN

Este aparte se va a referir de manera general al régimen de protección aplicable al Sistema de Parques Naturales Nacionales. Se hará referencia a las categorías, áreas, su administración y uso, actividades permitidas y prohibidas, disposiciones especiales para el licenciamiento ambiental en el sistema de parques, su relación con el ordenamiento territorial, etc.

Entrando al estudio particular de los Parques Naturales Nacionales, es importante señalar que la definición legal la trae la Ley 99 de 1993, que entiende por Parques Naturales Nacionales, “las áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales definidas como el conjunto de áreas con valores excepcionales para el patrimonio nacional que en beneficio de los habitantes de la Nación y debido a sus características naturales, culturales o históricas, se reserva y declara comprendida en cualquiera de las siguientes categorías de protección: parque nacional, reserva natural, área natural única, santuario de flora, santuario de fauna y vía parque”.

El artículo 11 del Decreto 2372 de 2010 establece que el Sistema de Parques Nacionales forma parte del Sistema Nacional de Áreas Protegidas y determina, de manera expresa, que está conformado por “los tipos de áreas consagrados en el artículo 329 del decreto 2811 de 1974. En cuanto al Parque Natural Regional, con la expedición del Decreto 2372 de 2010 se cuenta con una definición propia del mismo. El artículo 13 del referido Decreto define esta categoría de parque de la siguiente manera: “espacio geográfico en el que paisajes y ecosistemas estratégicos en la escala regional, mantienen la estructura, composición y función, así como los procesos ecológicos y evolutivos que los sustentan y cuyos valores naturales y culturales asociados se ponen al alcance de la población humana para destinarlas a su preservación, restauración, conocimiento y disfrute”

El decreto 2811 de 1974 Código de Recursos Naturales, al que nos remite la ley 99 de 1993 define al parque natural nacional como el conjunto de áreas con valores

excepcionales para el patrimonio Nacional que, en beneficio de los habitantes de la nación y debido a sus características naturales, culturales o históricas, se reserva y declara comprendida en cualquiera de las categorías la siguientes categorías:

- Parque Nacional: Área de extensión que permita su autorregulación ecológica y cuyos ecosistemas en general no han sido alterados sustancialmente por la explotación u ocupación humana, y donde las especies vegetales de animales, complejos geomorfológicos y manifestaciones históricas o culturales tiene valor científico, educativo, estético y recreativo Nacional y para su perpetuación se somete a un régimen adecuado de manejo.
- Reserva Natural: Área en la cual existen condiciones primitivas de flora, fauna y gea, y está destinada a la conservación, investigación y estudio de sus riquezas naturales;
- Área Natural única: Área que, por poseer condiciones especiales de flora o gea es escenario natural raro;
- Santuario de flora: Área dedicada a preservar especies o comunidades vegetales para conservar recursos genéticos de la flora Nacional;
- Santuario de Fauna: Área dedicada a preservar especies o comunidades de animales silvestres, para conservar recursos genéticos de la fauna Nacional;
- Vía Parque: Faja de terreno con carretera, que posee bellezas panorámicas singulares o valores naturales o culturales, conservada para fines de educación y esparcimiento.

Es importante en este punto traer a colación el documento CONPES 3680 de 2010 denominado LINEAMIENTOS PARA LA CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS PROTEGIDAS, el cual identificó como problemas centrales de esa época del SINAP los siguientes: i) la no existencia de un inventario oficial de áreas protegidas, de un sistema de categorías que desarrolle distintas formas de gobierno complementarias y de espacios de participación oportuna y eficaz, lo que determina que el sistema no sea completo; ii) la no representación o subrepresentación de los ecosistemas existentes en el país; iii) la no evaluación de la efectividad en el manejo del sistema y la insuficiencia y desarticulación de recursos económicos, humanos y logísticos para la gestión, lo que conduce a que el sistema no sea eficazmente gestionado. Como estrategias para resolver los tres problemas anteriores, se propusieron las siguientes estrategias:

ESTRATEGIA 1. HACIA UN SISTEMA COMPLETO	
ACCIONES	ENTIDADES RESPONSABLES
Diseñar e implementar el Registro Único Nacional de Áreas Protegidas de Colombia	MAVDT - UAESPNN Autoridades Ambientales
Rediseñar el sistema de categorías de áreas protegidas estandarizado para Colombia	MAVDT – UAESPNN
Afianzar la estructura de participación del SINAP	MAVDT – UAESPNN Autoridades Ambientales

ESTRATEGIA 2. HACIA UN SISTEMA REPRESENTATIVO	
ACCIONES	ENTIDADES RESPONSABLES
Racionalizar la creación de nuevas áreas protegidas	MAVDT - UAESPNN Autoridades Ambientales Institutos de Investigación Academia Colombiana de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales
Mantener el proceso de identificación de vacíos de conservación y definición de prioridades	MAVDT - UAESPNN Autoridades Ambientales Institutos de Investigación
Generar acciones complementarias de ordenamiento territorial que aporten a la conectividad del SINAP	MAVDT - UAESPNN Autoridades Ambientales Municipios

ESTRATEGIA 3. HACIA UN SISTEMA EFECTIVAMENTE GESTIONADO	
ACCIONES	ENTIDADES RESPONSABLES
Estructurar e implementar una estrategia de sostenibilidad financiera	MAVDT - UAESPNN Autoridades Ambientales DNP
Evaluar la efectividad del manejo y consolidar un sistema de información y monitoreo del SINAP	MAVDT - UAESPNN Autoridades Ambientales Institutos de Investigación

Fuente: Documento CONPES 3680

A pesar de las estrategias desarrolladas por el documento CONPES anteriormente señalado, aun persisten problemas con relación a los parques naturales nacionales. Según la caracterización de uso, ocupación y tenencia en las áreas protegidas del Sistema de Parques Nacionales Naturales de Colombia, identificación de sujetos de aplicación de Pago por Servicios Ambientales -PSA- en el marco del Conpes 3886 (2019), sí bien las áreas protegidas representan aproximadamente el 15% del territorio nacional, está conformado entre otras por las categorías del Sistema de Parques Nacionales Naturales (SPNN), las cuales son de gran importancia para el suministro de servicios ecosistémicos fundamentales para el desarrollo sostenible del país, por ejemplo, el SPNNC abastece de agua de manera directa aproximadamente a 25 millones de personas, se protegen 4 de las 6 estrellas hidrográficas más importantes del País y son el nacimiento del 62% de los acuíferos de Colombia; asimismo las áreas del SPNN contribuyen a la protección parcial de 33 de las 41 zonas hidrográficas y de 137 de las 309 subzonas hidrográficas definidas en el país con una extensión de 115.140 Km², aportando el 50% del recurso hídrico para hidroeléctricas y al menos US\$ 502 millones por adicionalidad hídrica en el sector energético. Sin embargo, actualmente, en el SPNN, más del 60% de las áreas que lo conforman presentan conflictos por usos no permitidos de la tierra, ocupación y tenencia de predios en su interior por parte de comunidades campesinas, lo cual genera presión sobre los ecosistemas que por mandato constitucional deben ser preservados y restaurados, mientras a la vez, la población asentada en las mismas, que en un amplio porcentaje constituyen sujetos de reforma agraria o personas en condiciones de vulnerabilidad, no ha encontrado solución a su necesidad de tierras y de desarrollo social y económico. Frente a lo anterior, la UAPNN ha venido realizando acuerdos de

restauración y conservación con familias campesinas que han manifestado voluntad para dar tratamiento a los conflictos socio ambientales identificados.

El balance actual sobre las áreas protegidas se puede evidenciar en el documento CONPES 4050 del 27 de septiembre de 2021 denominado POLITICA PARA LA CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL ÁREAS PROTEGIDAS – SINAP en el que se señala expresamente que sí bien el Documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) 3680 *Lineamientos* para la Consolidación del Sistema Nacional de Áreas Protegidas junto con el Decreto 2372 de 2010 compilado en el Decreto 1076 de 2015, impulsó la gestión del SINAP en la evaluación del cumplimiento de dicha política se evidencio que varios aspectos requieren ser gestionados. Es importante señalar que el CONPES 2010, si bien se proyectó a 10 años, tuvo cierre anticipado en 2018, y se determinó que se alcanzó el 73% de las metas establecidas. El cierre del seguimiento a esta política destacó la disponibilidad de recursos financieros como una de las principales restricciones en la ejecución de las acciones, lo cual se espera fortalecer en desarrollo del nuevo CONPES 2021. Es importante señalar que en el cierre del CONPES anterior quedó como tarea pendiente las siguientes:

- La consolidación de un nuevo portafolio de áreas con potencial de declaratoria,
- La vinculación de estrategias complementarias de conservación,
- Avanzar en el análisis de efectividad del manejo de áreas protegidas y
- Fortalecer iniciativas, como el Programa Herencia Colombia que planteo nuevos enfoques, para el manejo efectivo, conectividad y representatividad (Departamento Nacional de Planeación, 2018).

Según el CONPES 4050 POLITICA PARA LA CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL ÁREAS PROTEGIDAS – SINAP, a pesar de que reconocen varios avances de la implementación del documento CONPES mencionado, diferentes factores continúan generando deterioro y transformación progresiva de los ecosistemas naturales protegidos. Entre los logros mas importantes se destacan la ampliación de la cobertura de ecosistemas naturales protegidos, la estructuración del RUNAP, la mejora en los procesos de planificación del manejo y la optimación de las rutas para la declaración de áreas protegidas, que sirven de soporte para la ejecución de varias acciones planteadas en este documento (DNP,2018). A pesar de lo anterior, el sexto informe de Colombia ante el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) (Ministerio de Ambiente y Desarrollo et al., 2019) reconoció que los cambios en el uso del suelo por procesos sectoriales, el tráfico de especies, las invasiones biológicas y el cambio climático son los principales factores de transformación y pérdida de la biodiversidad y sus servicios ecosistémicos a nivel nacional. Los factores mencionados ponen en alto riesgo de pérdida a la naturaleza, tanto en las áreas protegidas como sus territorios aledaños afectando las especies silvestres, y limitando las posibilidades de bienestar social y de desarrollo de algunos sectores productivos (2021).

Con el nuevo CONPES se deja claro que el país trabajará una política para generar cambios transformacionales para consolidar el SINAP como la mejor estrategia para proteger el patrimonio natural de Colombia. Los principales cambios que se esperan con la implementación de la política se refieren a controlar y revertir los impactos de los factores de cambio y degradación, involucrar en el manejo de áreas protegidas formas de gobernanza comunitaria y privada, integrar las áreas protegidas en el ordenamiento del territorio y general beneficios para quienes contribuyen a la conservación de la biodiversidad. Estos propósitos se articulan con los nuevos desafíos que se proponen a nivel mundial para hacer frente a la crisis de la biodiversidad y se espera queden explícitos en el nuevo Marco Global de la Diversidad Biológica a ser adoptado en octubre del 2021 en la Decimo Quinta Conferencia de las Partes del CDB en Kumming (China). Lo anterior solo es posible en la medida que se logre la gestión transversal de la biodiversidad en los diferentes sectores de desarrollo del país, logrando su concurrencia y articulación efectiva en la gestión de conservación, que fundamentan la necesidad de una política pública.

Dentro de las estrategias y acciones para consolidar el SINAP⁶⁷ que trae la POLITICA PARA LA CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL ÁREAS PROTEGIDAS – SINAP y cuyo enfoque es reducir el riesgo de pérdida de biodiversidad en las áreas protegidas que integran el SINAP, se encuentran:

- el aumento del patrimonio natural y cultural protegido;
- el aumento de la conectividad de las áreas protegidas en paisajes terrestres y marinos mas amplio;
- el manejo de forma efectiva del Sinap y sus áreas protegidas; y
- la distribución equitativa de costos y beneficios de la conservación de las áreas protegidas y del Sinap.

Con esas anotaciones, se procederá enseguida a entrar al contexto normativo, en el que se trabajará la finalidad de la declaratoria de parque natural nacional, las zonificaciones, actividades permitidas y prohibidas, no sin antes acotar que el Sistema de Parques Nacionales Naturales es una de las categorías de áreas protegidas junto con las Reservas Forestales Protectoras, los Parques Naturales

⁶⁷ CONPES 4050 POLITICA PARA LA CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL ÁREAS PROTEGIDAS – SINAP. Este documento CONPES representa una contribución importante del país a la tarea global de generar cambios y transformaciones en el periodo de 2021 a 2030. Se espera avanzar en la protección y recuperación del paisajes, ecosistemas y especies, para garantizar un territorio sostenible y contribuir al bienestar humano a partir de la gestión intersectorial para la conservación de la naturaleza. Adicionalmente, las acciones implementadas, contribuirán a la prevención y solución diferencial de conflictos relacionados con el uso, la ocupación y la tenencia de la tierra, reconociendo estrategias complementarias de conservación. Además, la adopción y el desarrollo de esta política responde a los compromisos de país en el marco de la Declaración Conjunta de Intención entre los Gobiernos de Colombia, Alemania, Reino Unido y el Reino de Noruega y el Pacto de Leticia en lo que corresponde a la gestión de las áreas protegidas.

Regionales, los Distritos de Manejo Integrado, los Distritos de Conservación de Suelos, las Áreas de Recreación, las Reservas Naturales de la Sociedad Civil que integran el Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

Este sistema de áreas protegidas lo conforma el conjunto de las áreas protegidas, los actores sociales e institucionales y las estrategias e instrumentos de gestión que las articulan, que contribuyen como un todo al cumplimiento de los objetivos generales de conservación del país. Dentro de las categorías de áreas protegidas no puede haber superposición de categorías, esto es, no puede categorizarse un área como nacional y regional al mismo tiempo, teniendo en cuenta lo dispuesto expresamente por el artículo 26 del decreto 2372 de 2010. Cuando se presenta esta superposición con un área del Sistema de Parques Nacionales Naturales, la categoría superpuesta se entenderá sustraída sin la necesidad de ningún trámite y solo se registrará oficialmente la categoría del área del Sistema de Parques Nacionales Naturales. Cada una de las áreas protegidas que integran el SINAP debe contar con un plan de manejo que será el principal *instrumento de planificación* que orientará la gestión de conservación para un periodo de cinco (5) años de manera que se evidencien resultados frente al logro de los objetivos de conservación que motivaron su designación y su contribución al desarrollo del SINAP. El plan de manejo deberá formularse dentro del año siguiente a la declaratoria o en el caso de las áreas existentes que se integren al SINAP dentro del año siguiente al registro.

a. Finalidades principales del Sistema de Parques Nacionales

Las finalidades principales del sistema de parques Nacionales son:

- a.** Conservar con valores sobresalientes de fauna y flora y paisajes o reliquias históricas, culturales o arqueológicas, para darles un régimen especial de manejo fundado en una planeación integral con principios ecológicos, para que permanezcan sin deterioro;
- b.** La de perpetuar en estado natural muestras de comunidades bióticas, regiones fisiográficas, unidades biogeográficas, recursos genéticos y especies silvestres amenazadas de extinción, y para:
 - Proveer puntos de referencia ambientales para investigaciones científicas, estudios generales y educación ambiental;
 - Mantener la diversidad biológica;
 - Asegurar la estabilidad ecológica, y
- c.** La de proteger ejemplares de fenómenos naturales, culturales, históricos y de otros de interés internacional, para contribuir a la preservación del patrimonio común de la humanidad.

b. Zonificación, usos y actividades permitidas

Las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales como áreas protegidas del SINAP deberán zonificarse con fines de manejo, a fin de garantizar el cumplimiento de sus objetivos de conservación.

Las zonas y sus consecuentes subzonas dependerán de la destinación que se prevea para el área según la categoría de manejo definida, y podrán ser las siguientes:

- **Zona de preservación.** Es un espacio donde el manejo está dirigido ante todo a evitar su alteración, degradación o transformación por la actividad humana. Un área protegida puede contener una o varias zonas de preservación, las cuales se mantienen como intangibles para el logro de los objetivos de conservación. Cuando por cualquier motivo la intangibilidad no sea condición suficiente para el logro de los objetivos de conservación, esta zona debe catalogarse como de restauración.
- **Zona de restauración.** Es un espacio dirigido al restablecimiento parcial o total a un estado anterior, de la composición, estructura y función de la diversidad biológica. En las zonas de restauración se pueden llevar a cabo procesos inducidos por acciones humanas, encaminados al cumplimiento de los objetivos de conservación del área protegida. Un área protegida puede tener una o más zonas de restauración, las cuales son transitorias hasta que se alcance el estado de conservación deseado y conforme los objetivos de conservación del área, caso en el cual se denominará de acuerdo con la zona que corresponda a la nueva situación. Será el administrador del área protegida quien definirá y pondrá en marcha las acciones necesarias para el mantenimiento de la zona restaurada.
- **Zona de uso sostenible:** Incluye los espacios para adelantar actividades productivas y extractivas compatibles con el objetivo de conservación del área protegida. Contiene las siguientes subzonas:
 - a) Subzona para el aprovechamiento sostenible. Son espacios definidos con el fin de aprovechar en forma sostenible la biodiversidad contribuyendo a su preservación o restauración.
 - b) Subzona para el desarrollo: Son espacios donde se permiten actividades controladas, agrícolas, ganaderas, mineras, forestales, industriales, habitacionales no nucleadas con restricciones en la densidad de ocupación y la construcción y ejecución de proyectos de desarrollo, bajo un esquema compatible con los objetivos de conservación del área protegida.
- **Zona general de uso público.** Son aquellos espacios definidos en el plan de manejo con el fin de alcanzar objetivos particulares de gestión a través de la educación, la recreación, el ecoturismo y el desarrollo de infraestructura de apoyo a la investigación. Contiene las siguientes subzonas:
 - a) Subzona para la recreación. Es aquella porción, en la que se permite el acceso a los visitantes a través del desarrollo de una infraestructura mínima tal como senderos o miradores.
 - b) Subzona de alta densidad de uso. Es aquella porción, en la que se permite el desarrollo controlado de infraestructura mínima para el acoyo de los visitantes y el desarrollo de facilidades de interpretación.

Señala el decreto 2372/2010 (compilado por el decreto 1076/2015) que el ordenamiento territorial de la superficie de territorio circunvecina y colindante a las

áreas protegidas deberá cumplir una función amortiguadora que permita mitigar los impactos negativos que las acciones humanas puedan causar sobre dichas áreas. El ordenamiento territorial que se adopte por los municipios para estas zonas deberá orientarse a atenuar y prevenir las perturbaciones sobre las áreas protegidas, contribuir a subsanar alteraciones que se presenten por efecto de las presiones en dichas áreas, armonizar la ocupación y transformación del territorio con los objetivos de conservación de las áreas protegidas y aportar a la conservación de los elementos biofísicos, los elementos y valores culturales, los servicios ambientales y los procesos ecológicos relacionados con las áreas protegidas.

Según el Decreto 1076 de 2015, los usos deben regularse en el Plan de Manejo de acuerdo con la siguiente clasificación:

- a)** Usos de preservación: Comprenden todas aquellas actividades de protección, regulación, ordenamiento y control y vigilancia, dirigidas al mantenimiento de los atributos, composición, estructura y función de la biodiversidad, evitando al máximo la intervención humana y sus efectos.
- b)** Usos de restauración: Comprenden todas las actividades de recuperación y rehabilitación de ecosistemas; manejo, repoblación, reintroducción o trasplante de especies y enriquecimiento y manejo de hábitats, dirigidas a recuperar los atributos de la biodiversidad.
- c)** Usos de Conocimiento: Comprenden todas las actividades de investigación, monitoreo o educación ambiental que aumentan la información, el conocimiento, el intercambio de saberes, la sensibilidad y conciencia frente a temas ambientales y la comprensión de los valores y funciones naturales, sociales y culturales de la biodiversidad.
- d)** Uso sostenible: Comprenden todas las actividades de producción, extracción, construcción, adecuación o mantenimiento de infraestructura, relacionadas con el aprovechamiento sostenible de la biodiversidad, así como las actividades agrícolas, ganaderas, mineras, forestales, industriales y los proyectos de desarrollo y habitacionales no nucleadas con restricciones en la densidad de ocupación y construcción siempre y cuando no alteren los atributos de la biodiversidad previstos para cada categoría.
- e)** Usos de disfrute: Comprenden todas las actividades de recreación y ecoturismo, incluyendo la construcción, adecuación o mantenimiento de la infraestructura necesaria para su desarrollo, que no alteran los atributos de la biodiversidad previstos para cada categoría.

De acuerdo con los usos y las zonas anteriormente señaladas, las actividades permitidas en el sistema de parques Nacionales son las siguientes: a. En los parques Nacionales, las de conservación, de recuperación y control, investigación, educación, recreación y de cultura; b. En las reservas naturales las de conservación, investigación y educación; c. En las áreas naturales únicas las de conservación, investigación y educación; d. En los santuarios de flora y fauna, las de conservación, de recuperación y control, de investigación y educación, y e. En las vías parques, las de conservación, educación, cultura y recreación.

Las actividades antes descritas deben realizarse bajo el siguiente alcance; **a. conservación:** Son las actividades que contribuyen al mantenimiento de su estado

propio los recursos naturales renovables y al de las bellezas panorámicas y fomentan el equilibrio biológico de los ecosistemas; **b. investigación:** Son las actividades que conducen al conocimiento de ecosistemas y de aspectos arqueológicos y culturales, para aplicarlo al manejo y uso de los valores naturales e históricos del país; **c. educación:** Son las actividades permitidas para enseñar lo relativo al manejo, utilización y conservación de valores existentes y las dirigidas a promover el conocimiento de las riquezas naturales e históricas del país y de la necesidad de conservarlas; **d. recreación:** Son las actividades de esparcimiento permitidas a los visitantes de áreas del sistema de parques Nacionales; **e. cultura:** Son las actividades tendientes a promover el conocimiento de valores propios de una región, y **f. recuperación y control:** Son las actividades, estudios e investigaciones, para la restauración total o parcial de un ecosistema o para acumulación de elementos o materias que lo condicionan. Los usos y actividades permitidas anteriormente señaladas se podrán realizar siempre y cuando no alteren la estructura, composición y función de la biodiversidad y no contradigan sus objetivos de conservación.

Es importante precisar que en las distintas áreas protegidas que integran el SINAP, que incluye a los parques naturales, las actividades y usos que no estén contemplados como permitidos para la respectiva categoría se entienden prohibidos.

En todo caso, se prohíbe dentro de las áreas que integran el sistema de parques Nacionales se prohíbe: a. La introducción y trasplante de especies animales o vegetales exóticas; b. El vertimiento, introducción, distribución, uso o abandono de sustancias tóxicas, o contaminantes que puedan perturbar los ecosistemas o causar daños en ellos; c. La utilización de cualquier producto químico de efectos residuales y de explosivos, salvo cuando los últimos deban emplearse en obra autorizada; d. Las demás establecidas por la ley o el reglamento, de acuerdo a lo señalado en el decreto 2372 de 2010.

i. Licenciamiento ambiental en parques naturales

De acuerdo a lo señalado en la ley 99 de 1993 y el decreto 2041 de 2014, todos los proyectos, obras o actividades que afecten las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales por realizarse al interior de estas, en el marco de las actividades allí permitidas requieren de licencia ambiental, la cual se otorgará de manera privativa la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA). Sobre este particular el artículo 52 de la ley 99 de 1993 es claro al señalar que:

ARTÍCULO 52. Competencia del Ministerio del Medio Ambiente. El Ministerio del Medio Ambiente otorgará de manera privativa la Licencia Ambiental, en los siguientes casos

(...)

9. Proyectos que afecten el Sistema de Parques Nacionales Naturales. (...)

Lo anterior se debe interpretar en consonancia con lo establecido en el artículo 8 del decreto 2041 de 2014, el cual señala:

Artículo 8°. Competencia de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA). La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) otorgará o

negará de manera privativa la licencia ambiental para los siguientes proyectos, obras o actividades: (...)

12. Los proyectos que afecten las Áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales:

- a) Los proyectos, obras o actividades que afecten las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales por realizarse al interior de estas, en el marco de las actividades allí permitidas;
- b) Los proyectos, obras o actividades señalados en los artículos 8° y 9° del presente decreto, localizados en las zonas amortiguadoras del Sistema de Parques Nacionales Naturales previamente determinadas, siempre y cuando sean compatibles con el plan de manejo ambiental de dichas zonas.

El numeral 12.b implica que también requieren de dicha licencia ambiental, la ejecución de obras públicas que se localicen en las zonas amortiguadoras del Sistema de Parques Nacionales Naturales previamente determinadas, siempre y cuando sean compatibles con el plan de manejo ambiental de dichas zonas, relacionadas con:

1) Proyectos de la red vial nacional referidos a:

- a) La construcción de carreteras, incluyendo puentes y demás infraestructura asociada a la misma;
- b) La construcción de segundas calzadas; salvo lo dispuesto en el párrafo 2° del artículo 1° del Decreto 769 de 2014.
- c) La construcción de túneles con sus accesos,

2) Ejecución de proyectos en la red fluvial nacional referidos a:

- a) La construcción y operación de puertos públicos;
- b) Rectificación de cauces, cierre de brazos, meandros y madre viejas;
- c) La construcción de espolones;
- d) Desviación de cauces en la red fluvial;
- e) Los dragados de profundización en canales navegables y en áreas de deltas;

3) La construcción de vías férreas y/o variantes de la red férrea nacional tanto pública como privada.

4). La construcción de obras marítimas duras (rompeolas, espolones, construcción de diques) y de regeneración de dunas y playas y la construcción y operación de distritos de riego y/o de drenaje con coberturas superiores a 20.000 hectáreas.

Es importante señalar que, toda licencia ambiental relacionada con proyectos, obras o actividades que afecten las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales requiere concepto de la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales. Lo anterior de conformidad con el párrafo 2 del artículo 8 del decreto 2041 de 2014. En todo caso, por expresa disposición del decreto 2041 de 2014, no requerirán licencia ambiental los senderos de interpretación, los utilizados para investigación y para ejercer acciones de control y vigilancia, así como los proyectos, obras o actividades adelantadas para cumplir las funciones de

administración de las áreas protegidas que estén previstas en el plan de manejo correspondiente.

5 PARQUES NATURALES: RÉGIMEN PENAL, DE POLICÍA Y SANCIONATORIO AMBIENTAL

a. Régimen sancionatorio ambiental

La ley 1333 de 2009 establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones y expresamente señala que el Estado es el titular de la potestad sancionatoria en materia ambiental y la ejerce sin perjuicio de las competencias legales de otras autoridades a través del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, las Unidades Ambientales de los grandes centros urbanos a que se refiere el artículo 66 de la Ley 99 de 1993, los establecimientos públicos ambientales a que se refiere el artículo 13 de la Ley 768 de 2002 y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, UAESPNN, de conformidad con las competencias establecidas por la ley y los reglamentos.

El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible; la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, las Corporaciones Autónomas Regionales y las de Desarrollo Sostenible; las Unidades Ambientales Urbanas de los grandes centros urbanos, los establecimientos públicos a los que hace alusión el artículo 13 de la Ley 768 de 2002; la Armada Nacional; así como los departamentos, municipios y distritos, se encuentran investidos a prevención de la respectiva autoridad en materia sancionatoria ambiental. Lo anterior implica que las autoridades mencionadas quedaron habilitadas para imponer y ejecutar las medidas preventivas y sancionatorias de que trata la ley 1333 de 2009. En todo caso las sanciones solamente podrán ser impuestas por la autoridad ambiental competente para otorgar la respectiva licencia ambiental, permiso, concesión y demás autorizaciones ambientales e instrumentos de manejo y control ambiental, previo agotamiento del procedimiento sancionatorio. Para el efecto anterior, la autoridad que haya impuesto la medida preventiva deberá dar traslado de las actuaciones a la autoridad ambiental competente, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la imposición de la misma.

En ese marco, se entiende como medidas preventivas aquellas que tienen por objeto prevenir o impedir la ocurrencia de un hecho, la realización de una actividad o la existencia de una situación que atente contra el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana. Estas medidas son de ejecución inmediata, tienen carácter preventivo y transitorio, surten efectos inmediatos, contra ellas no procede recurso alguno y se aplicarán sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar, de acuerdo con lo señalado en el artículo 32 de la ley 1333 de 2009. Estas medidas son:

- 1. Amonestación escrita.**

2. Decomiso preventivo de productos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción.
3. Aprehensión preventiva de especímenes, productos y subproductos de fauna y flora silvestres.
4. Suspensión de obra o actividad cuando pueda derivarse daño o peligro para el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana o cuando el proyecto, obra o actividad se haya iniciado sin permiso, concesión, autorización o licencia ambiental o ejecutado incumpliendo los términos de los mismos.

Vale resaltar que cuando los elementos aprehendidos representen peligro para la salud humana, vegetal o animal, la autoridad ambiental procederá de inmediato a su inutilización, destrucción o incineración a costa del infractor. Los productos perecederos que no puedan ser objeto de almacenamiento y conservación podrán ser entregados para su uso a entidades públicas, de beneficencia o rehabilitación, previo concepto favorable de la entidad sanitaria competente en el sitio en donde se hallen los bienes objeto del decomiso. En caso contrario, se procederá a su destrucción o incineración, previo registro del hecho en el acta correspondiente.

De igual forma, es importante precisar que para efectos sancionatorios ambientales, se considera infracción en materia ambiental toda acción u omisión que constituya violación de las normas contenidas en el Código de Recursos Naturales Renovables, Decreto-ley 2811 de 1974, en la Ley 99 de 1993, en la Ley 165 de 1994 y en las demás disposiciones ambientales vigentes en que las sustituyan o modifiquen y en los actos administrativos emanados de la autoridad ambiental competente. De igual forma, se considera que constituye infracción ambiental la comisión de un daño al medio ambiente, con las mismas condiciones que para configurar la responsabilidad civil extracontractual establece el Código Civil y la legislación complementaria, a saber: El daño, el hecho generador con culpa o dolo y el vínculo causal entre los dos. Cuando estos elementos se configuren darán lugar a una sanción administrativa ambiental, sin perjuicio de la responsabilidad que para terceros pueda generar el hecho en materia civil.

Según la ley 1333 de 2009, son sanciones ambientales que se impondrán al infractor de las normas ambientales, de acuerdo con la gravedad de la infracción mediante resolución motivada, únicamente por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, las Unidades Ambientales de los grandes centros urbanos, los establecimientos públicos que trata el artículo 13 de la Ley 768 de 2002 y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, las siguientes:

- Multas diarias hasta por cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.
- Cierre temporal o definitivo del establecimiento, edificación o servicio.
- Revocatoria o caducidad de licencia ambiental, autorización, concesión, permiso o registro.
- Demolición de obra a costa del infractor.

- Decomiso definitivo de especímenes, especies silvestres exóticas, productos y subproductos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción.
- Restitución de especímenes de especies de fauna y flora silvestres.
- Trabajo comunitario según condiciones establecidas por la autoridad ambiental.

Se debe dejar claro que la autoridad ambiental puede imponer uno o varias de las sanciones anteriormente señaladas, y en todo caso, la imposición de las sanciones aquí señaladas no exime al infractor de ejecutar las obras o acciones ordenadas por la autoridad ambiental competente, ni de restaurar el medio ambiente, los recursos naturales o el paisaje afectados.

b. Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana

La ley 1801 de 2016 señala expresamente en el artículo 96 que las autoridades de Policía en el ejercicio de sus funciones, velarán por el cumplimiento de las normas mineras y ambientales vigentes e informarán de los incumplimientos a las autoridades competentes con el fin de que estas apliquen las medidas a que haya lugar. En principio, la autoridad de policía tiene competencia únicamente para aplicar las medidas correctivas establecidas en la ley 1801 de 2016. Sin embargo, se debe dejar claro que por disposición expresa del artículo 97 de esa misma ley, las autoridades de Policía también podrán imponer y ejecutar las medidas preventivas consagradas en la Ley 1333 de 2009 por los comportamientos señalados en el presente título. En todo caso, una vez se haya impuesto la medida preventiva se deberá dar traslado de las actuaciones a la autoridad ambiental competente dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la imposición de la misma, tal como lo ordena el artículo 2 de la Ley 1333 de 2009.

Según el artículo 198 del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, son autoridades de Policía: 1. El Presidente de la República, 2. los gobernadores, 3. los Alcaldes Distritales o Municipales, 4. los inspectores de Policía y los corregidores, 5. Las autoridades especiales de Policía en salud, seguridad, ambiente, minería, ordenamiento territorial, protección al patrimonio cultural, planeación, vivienda y espacio público y las demás que determinen la ley, las ordenanzas y los acuerdos. 6. los comandantes de estación, subestación y de centro de atención inmediata de Policía y demás personal uniformado de la Policía Nacional.

El código de seguridad y convivencia ciudadana con relación a los parques naturales contempla como comportamientos que afectan las áreas protegidas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SINAP) y áreas de especial importancia ecológica y que por lo tanto no se deben efectuar, los siguientes:

1. Ocupar ilícitamente áreas protegidas, de manera temporal o permanente.
2. Suministrar alimentos a la fauna silvestre.

3. Alterar elementos naturales como piedras, rocas, peñascos, árboles, con pintura o cualquier otro medio, que genere marcas.
4. Transitar con naves o vehículos automotores no autorizados, fuera del horario y ruta establecidos y/o estacionarlos en sitios no señalados para tales fines.
5. Vender, comerciar o distribuir productos comestibles de cualquier índole, con excepción de aquellos autorizados expresamente.
6. Ingresar sin permiso de la autoridad ambiental competente.
7. Permanecer en las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales más tiempo del autorizado.
8. No exhibir ante los funcionarios y autoridades competentes la autorización respectiva cuando se requiera.
9. Promover, realizar o participar en reuniones o actividades que involucren aglomeración de público no autorizadas por la autoridad ambiental.
10. No usar los recipientes o demás elementos dispuestos para depositar los residuos y desechos sólidos.
11. Hacer cualquier clase de fuegos fuera de los sitios o instalaciones en las cuales se autoriza el uso de hornillas o de barbacoas.
12. Alterar, modificar o remover señales, avisos o vallas destinados para la administración y funcionamiento de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales.

c. Delitos ambientales

Con relación a los parques naturales como área protegida, la nueva ley 2111 de 2021 consagra como tipo penal especial denominado, invasión de áreas de especial importancia ecológica, así

ARTÍCULO 336. Invasión de áreas de especial importancia ecológica. El que invada, permanezca así sea de manera temporal o realice uso indebido de los recursos naturales a los que se refiere este título en área de reserva forestal, ecosistemas de importancia ecológica, playas, terrenos de bajamar, resguardos o reservas indígenas, terrenos de propiedad colectiva de las comunidades negras, parque regional, parque nacional natural, área o ecosistema de interés estratégico, área protegida, definidos en la ley o reglamento incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y cuatro (134) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena señalada se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando como consecuencia de la invasión, se afecten gravemente los componentes naturales que sirvieron de base para su declaratoria, o de las condiciones naturales del área o territorio correspondiente.

ARTÍCULO 336A. Financiación de invasión a áreas de especial importancia ecológica. El que promueva, financie, dirija, facilite, suministre medios, se aproveche económicamente u obtenga cualquier otro beneficio de las conductas descritas en el artículo anterior, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de trescientos (300) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena señalada se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando como consecuencia de la invasión, se afecten gravemente los componentes naturales que sirvieron de base para su declaratoria, o de las condiciones naturales del área o territorio correspondiente.

Es importante señalar que el legislador consagró en el artículo 338 numeral 1 dentro de las circunstancias de agravación punitiva comunes a todos los tipos penales ambientales el hecho de que la conducta se cometa en ecosistemas naturales que hagan parte del sistema nacional o regional de áreas protegidas, en ecosistemas

estratégicos, o en territorios de comunidades étnicas, salvo las conductas de invasión de áreas de especial importancia ecológica, financiación de invasión a áreas de especial importancia ecológica. Lo anterior quiere decir que todos los tipos penales del título XI, y que protegen el bien jurídico de los recursos naturales y el medio ambiente, estos son, aprovechamiento ilícito de los recursos naturales renovables, tráfico de Fauna, caza ilegal, pesca ilegal, manejo ilícito de especies exóticas, deforestación, promoción y financiación de la deforestación, manejo y uso ilícito de organismos genéticamente modificados, microorganismos y sustancias o elementos peligrosos, explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales, daños en los recursos naturales y ecocidio, contaminación ambiental, contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo, experimentación ilegal con especies, agentes biológicos o bioquímicos, apropiación ilegal de baldíos de la nación, y la financiación de la apropiación ilegal de los baldíos de la nación se agravaran punitivamente con relación al tema objeto del presente trabajo, esto es, cuando la conducta se cometa en ecosistemas naturales que hagan parte del sistema nacional o regional de áreas protegidas, con las excepciones antes mencionadas. Veamos:

ARTÍCULO 338. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en este título se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

a) Cuando la conducta se cometa en ecosistemas naturales que hagan parte del sistema nacional o regional de áreas protegidas, en ecosistemas estratégicos, o en territorios de comunidades étnicas. Con excepción de las conductas consagradas en los artículos 336 y 336A.

b) Cuando la conducta se cometa contra especies silvestres amenazadas de la diversidad biológica colombiana o de especies vedadas, prohibidas, en período de reproducción o crecimiento, de especial importancia ecológica, raras o endémicas del territorio colombiano. Con excepción de la conducta contemplada en el artículo 328C.

c) Cuando con la conducta se altere el suelo, el subsuelo, los recursos hidrobiológicos, se desvíen los cuerpos de agua o se afecten ecosistemas marinos, manglares, pastos marinos y corales.

d) Cuando la conducta se cometiere por la acción u omisión de quienes ejercen funciones de seguimiento, control y vigilancia o personas que ejerzan funciones públicas.

e) Cuando la conducta se cometiere por integrantes de grupos delictivos organizados o grupos armados organizados o con la finalidad de financiar actividades terroristas, grupos de delincuencia organizada, grupos armados al margen de la ley, grupos terroristas nacionales o extranjeros, o a sus integrantes.

f) Cuando la conducta se cometa mediante el uso o manipulación de herramientas tecnológicas.

g) Cuando con la conducta se ponga en peligro la salud humana.

h) Cuando con la conducta se introduzca al suelo o al agua sustancias prohibidas por la normatividad existente o se realice mediante el uso de sustancias tóxicas, peligrosas, venenos, inflamables, combustibles, explosivos, radioactivas, el uso de explosivos, maquinaria pesada o medios mecanizados, entendidos estos últimos como todo tipo de equipos o

herramientas mecanizados utilizados para el arranque, la extracción o el beneficio de minerales o la distribución ilegal de combustibles.

i) Cuando se promueva, financie, dirija, facilite o suministre medios para la realización de las conductas. Con excepción de las conductas contempladas en los artículos 330A, 336A y 337A.

j) Cuando con la conducta se produce enfermedad, plaga o erosión genética de las especies.

6 SISTEMA DE PARQUES NATURALES NACIONALES, SUELO DE PROTECCIÓN, ECOSISTEMAS ESTRATÉGICOS Y ORDENAMIENTO TERRITORIAL

En este punto se hará referencia al concepto de suelos de protección, ecosistemas estratégicos para efectos de precisar las distinciones entre estos y la categoría de parques naturales. Veamos:

a. Suelo de protección.

Está constituido por las zonas y áreas de terrenos localizados dentro de cualquiera de las clases de suelo de que trata la Ley 388 de 1997 y que tiene restringida la posibilidad de urbanizarse debido a la importancia estratégica para la designación o ampliación de áreas protegidas públicas o privadas, que permitan la preservación, restauración o uso sostenible de la biodiversidad, de importancia municipal, regional o nacional.

Si bien los suelos de protección no son categorías de manejo de áreas protegidas, pueden aportar al cumplimiento de los objetivos específicos de conservación, en cuyo caso las autoridades con competencias en la declaración de las áreas protegidas, deberán acompañar al municipio y brindar la asesoría necesaria para las labores de conservación del área, lo cual podrá conllevar incluso su designación como áreas protegidas.

b. Ecosistemas estratégicos.

Las zonas de páramos, subpáramos, los nacimientos de agua y las zonas de recarga de acuíferos como áreas de especial importancia ecológica gozan de protección especial, por lo que las autoridades ambientales deberán adelantar las acciones tendientes a su conservación y manejo, las que podrán incluir su designación como áreas protegidas bajo alguna de las categorías de manejo expuestas anteriormente.

Es de mucha utilidad distinguir conceptualmente entre, suelo de protección, ecosistemas estratégicos y áreas protegidas, pues, según el artículo 10 de la ley 388 de 1997 y el Decreto 2372 de 2010 (compilado en el Decreto 1076 de 2015) la reserva, alinderación declaración, administración y sustracción de las áreas protegidas bajo las categorías de manejo integrantes del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, **son determinantes ambientales**. En el contexto del ordenamiento territorial y urbanístico, en la elaboración y adopción de sus planes de ordenamiento territorial los municipios y distritos deberán tener en cuenta las siguientes determinantes, que constituyen

normas de superior jerarquía, en sus propios ámbitos de competencia, de acuerdo con la Constitución y las leyes:

1. Las relacionadas con la conservación y protección del medio ambiente, los recursos naturales la prevención de amenazas y riesgos naturales, así:

a) Las directrices, normas y reglamentos expedidos en ejercicio de sus respectivas facultades legales, por las entidades del Sistema Nacional Ambiental, en los aspectos relacionados con el ordenamiento espacial del territorio, de acuerdo con la Ley 99 de 1993 y el Código de Recursos Naturales, tales como las limitaciones derivadas de estatuto de zonificación de uso adecuado del territorio y las regulaciones nacionales sobre uso del suelo en lo concerniente exclusivamente a sus aspectos ambientales;

b) Las regulaciones sobre conservación, preservación, uso y manejo del medio ambiente y de los recursos naturales renovables, en las zonas marinas y costeras; las disposiciones producidas por la Corporación Autónoma Regional o la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción, en cuanto a la reserva, alindamiento, administración o sustracción de los distritos de manejo integrado, los distritos de conservación de suelos, las reservas forestales y parques naturales de carácter regional; las normas y directrices para el manejo de las cuencas hidrográficas expedidas por la Corporación Autónoma Regional o la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción; y las directrices y normas expedidas por las autoridades ambientales para la conservación de las áreas de especial importancia eco sistémica;

c) Las disposiciones que reglamentan el uso y funcionamiento de las áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales y las reservas forestales nacionales:

d) Las políticas, directrices y regulaciones sobre prevención de amenazas y riesgos naturales, el señalamiento y localización de las áreas de riesgo para asentamientos humanos, así como las estrategias de manejo de zonas expuestas a amenazas y riesgos naturales.

Es por ello que, a las entidades territoriales con competencias en materia de ordenamiento territorial no pueden regular el uso del suelo de las áreas reservadas, delimitadas y declaradas como áreas del SINAP, quedando sujetas a respetar tales declaraciones y a armonizar los procesos de ordenamiento territorial municipal que se adelanten en el exterior de las áreas protegidas con la protección de estas. Las Corporaciones Autónomas Regionales deberán tener en cuenta la función amortiguadora como parte de los criterios para la definición de las determinantes ambientales de que trata la Ley 388 de 1997.

No está demás aclarar que, sí bien las obras internas realizadas en los parques naturales están sometidos, al licenciamiento ambiental cuando los proyectos que afecten las Áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, tal como se explico anteriormente, no ocurre así cuando se trata de ecosistemas de importancia ecológica, pues, requiera licencia únicamente cuando los proyectos obligados a obtener licencia ambiental pretendan intervenir humedales incluidos en la lista de humedales de importancia internacional (RAMSAR), páramos o manglares, la autoridad ambiental competente se deberá solicitar concepto previo al Ministerio de

Ambiente y Desarrollo Sostenible, sobre la conservación y el uso sostenible de dichos ecosistemas.

7 LOS PARQUES NATURALES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

- **Ni el legislador ni la administración facultada por éste, pueden sustraer, por cualquier medio las áreas pertenecientes al referido sistema. Sentencia C-649/97/Sentencia C-598/10**

En la Sentencia C-649/97, la Corte Constitucional se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la facultad del Ministerio de Ambiente de sustraer las áreas que *integran el Sistema Nacional de Parques Nacionales Naturales y las reservas forestales nacionales, y reglamentar su uso y funcionamiento* de que trata el artículo 5 núm. 18 de la ley 99 de 1993. En dicha sentencia se procedió a retirar del ordenamiento jurídico la expresión "y sustraer" empleada en el numeral 18 del art. 5, en cuanto se entiende referida a las áreas que integran el Sistema Nacional de Parques Naturales, y mantener la vigencia de dicha expresión, en cuanto alude a las reservas forestales nacionales.

Sobre ese punto, la Corte Constitucional expuso que el artículo 63 de la Constitución Nacional distingue entre: bienes de uso público; parques naturales; tierras comunales de grupos étnicos; tierras de resguardo; patrimonio arqueológico de la Nación, así como otros bienes determinados por el legislador, que tienen la calidad de inalienables, imprescriptibles e inembargables. Resalta la Corte constitucional que no son asimilables los bienes de uso público a que alude el art. 674 del Código Civil, con los demás bienes de que trata el artículo 63 constitucional. En esta sentencia en comento la Corte deja claro que con anterioridad a la Constitución de 1991, siempre se consideró que la regulación en materia de reservas correspondía al legislador, quien determinaba la competencia, y los requisitos y condiciones para su constitución. Salvo en algunos casos en que directamente se estableció por el legislador, tan así que específicamente la ley señaló competencia al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA- para constituir reservas sobre terrenos baldíos para colonización y otras finalidades (art. 3o. ley 135/61) y al INDERENA para constituir reservas sobre recursos naturales renovables (art. 38, letra b) del decreto 133/76). Igualmente, le correspondía al legislador regular lo relativo a la extinción, modificación o sustracción de las áreas de reserva. Es claro para el máximo tribunal constitucional que la constitución de reservas tiene fundamento en el sistema normativo del ambiente en la Constitución Política, pues ellas constituyen mecanismos para el manejo, la protección, la preservación, restauración y sustitución de los recursos naturales renovables. En ese marco, le corresponde al legislador establecer el marco normativo general relativo al ambiente, dentro del cual necesariamente se comprenden las regulaciones concernientes a los recursos naturales renovables, las condiciones bajo las cuales se pueden constituir dichas reservas o sustraer las áreas de tales reservas, con la salvedad que mas adelante se hará.

Por lo anterior, la Corte Constitucional sostiene que se encuentra la administración habilitada por el legislador para administrar lo relativo al manejo, preservación, conservación, restauración y sustitución del ambiente, y con ello la facultad para constituir reservas, modificarlas o sustraer de ellas las áreas o zonas correspondientes. Sin embargo, se precisa en la sentencia C-649/97 que la protección que el art. 63 de la Constitución establece al determinar que los bienes allí mencionados son inalienables, inembargables e imprescriptibles, debe interpretarse, con respecto a los parques naturales, en el sentido de que dichas limitaciones las estableció el Constituyente con el propósito de que las áreas alindadas o delimitadas como parques, dada su especial importancia ecológica (art. 79), se mantengan incólumes e intangibles, y por lo tanto, no puedan ser alteradas por el legislador, y menos aún por la administración, habilitada por éste. En tal sentido, la voluntad del Constituyente fue que las áreas integradas al sistema de parques nacionales se mantuvieran afectadas a las finalidades que le son propias; por consiguiente, la calidad de inalienables de los parques naturales, reconocida en el art. 63 debe entenderse, en armonía con los arts. 79 y 80, en el sentido indicado antes, esto es, que las áreas o zonas que los integran no pueden ser objeto de sustracción o cambio de destinación. En esta sentencia se deja claro que ni el legislador ni la administración facultada por éste, pueden sustraer, por cualquier medio las áreas pertenecientes al referido sistema. Con respecto a otros bienes a los cuales el legislador le pueda atribuir, según el art. 63, las mencionadas restricciones, hay que entender que si él tiene la voluntad para crearlas, igualmente tiene la potestad para eliminarlas, según lo demanden los intereses públicos o sociales. De este modo, las zonas de reservas forestales, que no formen parte del sistema de parques naturales, sí pueden ser objeto de sustracción por el Ministerio del Medio Ambiente.

En la sentencia C-598/10 se resuelve un problema jurídico similar al tratado en la sentencia C-649 de 1997 pero con relación a la facultad de sustraer áreas de parques naturales regionales. En esta sentencia se declaró inconstitucional la expresión “o sustraer” y exequible la expresión “parques naturales de carácter regional” contenida en el numeral 16 del artículo 31 de la Ley 99 de 1993. En este fallo la Corte Constitucional reitera que son Parques Naturales Nacionales, “las áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales definidas como el conjunto de áreas con valores excepcionales para el patrimonio nacional que en beneficio de los habitantes de la Nación y debido a sus características naturales, culturales o históricas, se reserva y declara comprendida en cualquiera de las siguientes categorías de protección: parque nacional, reserva natural, área natural única, santuario de flora, santuario de fauna y vía parque”. El artículo 11 del Decreto 2372 de 2010 establece que el Sistema de Parques Nacionales forma parte del Sistema Nacional de Áreas Protegidas y determina, de manera expresa, que está conformado por los tipos de áreas consagrados en el artículo 329 del Decreto Ley 2811 de 1974”. En cuanto al Parque Natural Regional, con la expedición del Decreto 2372 de 2010 se cuenta con una definición propia del mismo. El artículo 13 del referido Decreto define esta categoría de parque de la siguiente manera: espacio geográfico en el que paisajes y ecosistemas estratégicos en la escala regional, mantienen la estructura, composición

y función, así como los procesos ecológicos y evolutivos que los sustentan y cuyos valores naturales y culturales asociados se ponen al alcance de la población humana para destinarlas a su preservación, restauración, conocimiento y disfrute.

En esta sentencia se deja claro que la atribución legislativa a las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible para *sustraer* áreas protegidas de Parques Regionales, desconoce la Carta Política en las normas señaladas en la formulación del problema jurídico-constitucional. Se consideró por parte de la Corte Constitucional que una interpretación sistemática y armónica de lo establecido en los artículos 63, 79 y 80 de la Carta Política lleva a concluir, por tanto, que en punto a la facultad de sustraer o cambiar la destinación de las áreas declaradas Parques Naturales Regionales contradice el sistema de protección del medio ambiente establecido en la Constitución Política.

Un aspecto muy interesante que trae la sentencia C-598/10 es la distinción entre parque natural nacional y parque natural regional. En ese contexto, la sentencia en mención señala que existe una necesidad de preservar de manera íntegra las zonas protegidas y no fraccionarlas ni intervenirlas, pues con ello se afecta la dinámica natural de estos espacios y se vulneran los atributos que caracterizan su biodiversidad. Debe tenerse en cuenta, también, que en la mayoría de los casos un criterio para la declaración de parques sean ellos de carácter nacional, regional o local, es justamente el carácter único e insustituible de los recursos de flora, fauna, paisajísticos que abarcan y tampoco se puede perder de vista que en la gran mayoría de los casos estos territorios comprenden recursos hídricos y proveen aire puro lo que los convierte en bienes ecológicamente valiosos y necesitados, por ello, de especial protección. En algunos casos, las especies que habitan las áreas que integran los parques están en vías de extinción por lo que se intensifica la necesidad de preservar estas zonas. A lo anterior, se suma el significado cultural que pueda derivarse de la protección que se le confiere a los parques naturales. En ocasiones dichos espacios se convierten en zonas estratégicas para la supervivencia de grupos étnicos cuya diversidad cultural por mandato constitucional debe ser promovida y protegida. Adicionalmente, puede decirse que las áreas que pertenecen a los Parques Naturales –nacionales y regionales–, suelen declararse como tales bajo la consideración de que dejar desprotegidos estos espacios geográficos significa restringir de modo considerable beneficios ambientales claves para el bienestar y la calidad de vida de la población humana.

En ese sentido la Corte reiteró que la potestad de declarar o reservar un área como parque natural -en lo nacional- no fue óbice para declarar inconstitucional la facultad de ‘sustraerla’, invalidando el argumento de que el poder de crearlo implica necesariamente el de desafectarlo. En tal sentido, la inconstitucionalidad de la disposición demandada no se justifica en el hecho de que “*similar facultad esté vedada a un órgano de superior jerarquía*”, de lo que haya que deducirse que con mayor razón debe estarlo para el inferior jerárquico, pues, para la Corte Constitucional, el reproche de inconstitucionalidad prospera porque no existe una diferencia entre la protección que se les debe conferir a los Parques Nacionales y la que merecen los Parques Regionales y porque el artículo 63 de la Constitución Política otorgó a la

categoría de Parques Nacionales la protección materializada en la indisponibilidad de dichos bienes como inalienables, inembargables e imprescriptibles, sin contraer su ámbito de aplicación a los nacionales con exclusión, por ejemplo, de los regionales. En suma, la inconstitucionalidad que se declara se basa en la oposición que se presenta entre la facultad de sustraer áreas de valores excepcionales en materia ambiental y la realización de los fines sociales y ecológicos propios del Estado Social de Derecho.

- **La protección que el art. 63 de la Constitución establece al determinar que los bienes allí mencionados son inalienables, inembargables e imprescriptibles, debe interpretarse, con respecto a los parques naturales, en el sentido de que dichas limitaciones las estableció el Constituyente con el propósito de que las áreas alindadas o delimitadas como parques, dada su especial importancia ecológica (art. 79), se mantengan incólumes e intangibles. Sentencia C-189/06**

En la sentencia C-189/06 la Corte Constitucional se pronunció declarando exequible la expresión las ventas de tierras contenida en el artículo 13 de la ley 2 de 1959 relativa a economía forestal de la Nación y conservación de recursos naturales renovables. En esta sentencia se planteó como problema jurídico, si se desconocía o no el núcleo esencial del derecho a la propiedad privada, cuando en la norma demandada se prohíbe “*las ventas de tierras*” que integran el denominado Sistema de Parques Nacionales Naturales.

El máximo tribunal constitucional señaló textualmente que:

(...) el Sistema de Parques Naturales está conformado por áreas que debido a sus características naturales, culturales o históricas tienen un gran valor para el patrimonio nacional, razón por la cual deben ser sometidas únicamente a actividades de conservación, investigación, recuperación y control. Ello implica que el uso de tales áreas no puede ser pleno sino limitado a aquellos actos encaminados a lograr el fin para el cual fue creada la reserva. (...) la prohibición de realizar determinadas actividades en las áreas integradas al Sistema de Parques Nacionales Naturales si bien puede llegar a constituir una limitación al ejercicio de los derechos económicos del propietario del inmueble, no puede predicarse que esté vulnerando el artículo 58 Superior, sino que, por el contrario, lo desarrolla pues no debe olvidarse que el Constituyente de 1991 adicionó a la función social que debía cumplir la propiedad, una función ecológica, más aún cuando se trata de áreas con valores naturales excepcionales para el patrimonio nacional que resulta imprescindible mantener para el beneficio de las generaciones presentes y futuras, tal y como lo disponen los artículos 79 y 80 Superiores.

La protección que el art. 63 de la Constitución establece al determinar que los bienes allí mencionados son inalienables, inembargables e imprescriptibles, debe interpretarse, con respecto a los parques naturales, en el sentido de que dichas limitaciones las estableció el Constituyente con el propósito de que las áreas alindadas o delimitadas como parques, dada su especial importancia ecológica (art. 79), se mantengan incólumes e intangibles, y por lo tanto, no puedan ser alteradas por el legislador, y menos aún por la administración, habilitada por éste”.

Es necesario precisar, que dentro de las zonas delimitadas y, por consiguiente, reservadas o destinadas a parques naturales, no sólo se comprenden terrenos de propiedad estatal, sino de propiedad privada. Si bien

en estos casos subsiste la propiedad privada, que es enajenable, ella esta **afectada** a la finalidad de interés público o social propia del sistema de parques nacionales, **afectación que implica la imposición de ciertas limitaciones o cargas al ejercicio de dicho derecho**, acordes con dicha finalidad. No obstante, debe aclararse, que en cuanto se afecte el núcleo esencial del derecho de propiedad **con la referida afectación** el respectivo inmueble debe ser adquirido mediante compra o expropiación

Al respecto, cita el siguiente aparte jurisprudencial: “En necesario precisar, que dentro de las zonas delimitadas y, por consiguiente, reservadas o destinadas a parques naturales, no sólo se comprenden terrenos de propiedad estatal, sino de propiedad privada. Si bien en estos casos subsiste la propiedad privada, que es enajenable, ella está afectada a la finalidad de interés público o social propia del sistema de parques nacionales, afectación que implica la imposición de ciertas limitaciones o cargas al ejercicio de dicho derecho, acordes con dicha finalidad. No obstante, debe aclararse, que en cuanto se afecte el núcleo esencial del derecho de propiedad con la referida afectación al respectivo inmueble debe ser adquirido mediante compra o expropiación.

En tal virtud, entiende la Corte que la voluntad del Constituyente fue que las áreas integradas al sistema de parques nacionales se mantuvieran afectadas a las finalidades que le son propias; por consiguiente, la calidad de inalienables de los parques naturales, reconocida en el art. 63 debe entenderse, en armonía con los arts. 79 y 80, en el sentido indicado antes, esto es, que las áreas o zonas que los integran no pueden ser objeto de sustracción o cambio de destinación. En tales condiciones, se repite, ni el legislador ni la administración facultada por éste, pueden sustraer, por cualquier medio las áreas pertenecientes al referido sistema.

Los argumentos expuestos por la Corte Constitucional para declarar la exequibilidad de la norma son los siguientes:

- a. La limitación o restricción al atributo de la libre enajenación prevista en la norma demandada, consistente en prohibir “*las ventas de tierras*” particulares que se encuentran en zonas declaradas como Parques Nacionales Naturales, se pretende garantizar como interés superior del Estado Social de Derecho (C.P. art. 8), el cumplimiento de la *función ecológica* que le es inherente al derecho de dominio (C.P. arts. 58, 79 y 80). En ese sentido, el legislador como *medida de protección* de los recursos naturales prohibir “*las ventas de tierras*”, sin que por ello se desconozca *-ipso facto-* el núcleo esencial del derecho a la propiedad privada.
- b. La prohibición de *ventas de tierras* particulares que se encuentran en zonas declaradas como Parques Nacionales Naturales pretende preservar, salvaguardar y perpetuar los recursos ambientales presentes en el Sistema de Parques Nacionales Naturales. La anterior limitación exterioriza el carácter relativo del derecho a la propiedad privada, en la medida en que se sujeta su realización al cumplimiento de los fines ecológicos previstos en la Constitución (C.P. arts. 8, 58, 79 y 80). Lo anterior como primacía del interés público o social sobre el interés privado del propietario, en los términos consagrados en el artículo 58 de la Carta Política. El artículo 63 atribuye a la ley la determinación de los bienes que son inembargables, inalienables, mientras que el artículo 72 especifica que corresponde al Legislador establecer los mecanismos que permitan readquirir los bienes que integran el patrimonio arqueológico y cultural, cuando éstos se encuentren en manos de los particulares. . En este contexto, en aras de garantizar la realización de la

función ecológica inherente al derecho de dominio, el legislador puede extender frente a los terrenos de propiedad privada que se incorporan al Sistema de Parques Nacionales Naturales, la prohibición de realizar actos que impliquen la transferencia de dicho dominio, a fin de controlar el proceso de colonización sobre las mencionadas zonas ambientales de gran riqueza ecológica. La limitación prevista en la norma demandada es legítima, ello no excluye la posibilidad del Estado de adquirir los citados inmuebles mediante el procedimiento de compra o a través de la declaratoria de expropiación. Dichas alternativas se encuentran reconocidas, entre otros, en los artículos 14 de la misma Ley 2ª de 1959 y 335 del Código Nacional de Recursos Naturales.

c. La limitación impuesta a la disposición de los bienes que se incorporan al Sistema de Parques Nacionales Naturales a fin de realizar la función ecológica prevista a la propiedad privada en la Constitución, no implica un desconocimiento de los atributos de uso, goce y explotación sobre los mismos. En efecto, aun cuando la declaratoria de una zona de reserva ecológica conduce a la imposición de gravámenes para la utilización y disfrute de los bienes de propiedad particular que se incorporan al citado sistema de protección ecológica de mayor extensión, es claro que dentro de los precisos límites normativos propios del reconocimiento de un derecho de carácter relativo los titulares de dicha modalidad de dominio, pueden proceder a su correspondiente explotación económica, por ejemplo, en actividades investigativas, educativas y recreativas.

- Carácter compatible entre la licencia ambiental y los parques naturales. Sentencia C-746/12

En la sentencia C-746/12 la Corte Constitucional resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 52 núm. 9 de la ley 99 de 1993 sobre la competencia del Ministerio de Ambiente de otorgar de manera privativa la Licencia Ambiental a los proyectos que afecten el Sistema de Parques Nacionales Naturales. La Corte Constitucional señaló que la disposición demandada se ajusta a la constitución nacional. Sostuvo la Corte Constitucional que la habilitación del legislador a la administración nacional para la expedición de licencias ambientales no desconoce los mandatos constitucionales, pues, la caracterización constitucional de la licencia ambiental no coincide con la nuda definición legal contenida en el artículo 49 de la Ley 99 de 1993. La licencia tiene múltiples propósitos relacionados con la prevención, el manejo y la planificación, y opera como un instrumento coordinador, previsor y cautelar, mediante el cual el Estado cumple –entre otros– con los mandatos constitucionales de protección de los recursos naturales y del ambiente, el deber de conservación de las áreas de especial importancia ecológica y la realización de la función ecológica de la propiedad (CP art. 8, 58 inc. 2º, 79 y 80). Por demás, es el resultado de un proceso administrativo reglado y complejo que tiene simultáneamente un carácter técnico y otro participativo.

La Corte Constitucional señala que la licencia ambiental no está ligada únicamente a la potencialidad de generación de daños o alteraciones al paisaje, porque significaría eclipsar el potencial planificador, preventivo y cautelar que precisamente caracteriza la figura de la licencia ambiental desde una perspectiva

constitucional. Tanto la licencia ambiental como los parques naturales revisten una especial importancia para el cumplimiento de los mandatos constitucionales relacionados con la protección de los recursos naturales y del ambiente, y son susceptibles de armonización en escenarios concretos. Esto es así en diversos casos, por ejemplo, en todos aquellos en los que preexistan a la declaratoria de un área como perteneciente al Sistema de Parques Nacionales Naturales, obras, actividades o proyectos, ubicados o desarrollados, o con efectos sobre el territorio reservado de tales áreas.

En esta sentencia la Corte deja claro que no se desconoce que algunas de las áreas protegidas del Sistema de Parques Nacionales Naturales tienen una zona de alta densidad de uso destinada a actividades recreativas y turísticas. Frente a la necesidad de adecuación de las facilidades ecoturísticas, la licencia funge igualmente como una herramienta de gestión y de prevención de los posibles impactos que tales obras puedan aparejar. Tampoco se olvida que, debido a razones de tipo histórico, algunas zonas del sistema de parques tienen asentamientos humanos desde antes de que tales áreas fueran reservadas. En ese marco, encuentra el tribunal constitucional compatibilidad con la Constitución que frente a la posibilidad de que las comunidades que habitan estas zonas decidan, por ejemplo, adelantar la construcción o adecuación de un acueducto, se exija la existencia de una licencia ambiental administrada por autoridades nacionales. Esta licencia con su carácter previo, obligatorio y cautelar, fungiría en este tipo de casos como un dispositivo protector del Sistema de Parques Nacionales Naturales, que permite concretar los mandatos de los artículos 79 y 80 de la Constitución.

Se recordó por parte de la Corte Constitucional que la zonificación y los tipos de áreas que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales, por disposición del legislador y como lo reconoció en su intervención Parques Nacionales Naturales de Colombia, tiene consecuencias en cuanto a las actividades permitidas y prohibidas en dichas zonas, consintiendo la ejecución de determinadas actividades u obras que, pese a su impacto, están sometidas a la obligación de obtener una licencia ambiental. Sobre este punto, la sentencia C-746/12 trajo como ejemplo el área denominada “vía parque”, la cual, en virtud de lo previsto en el artículo 329 del Decreto 2811 de 1977, es un faja de terreno con carretera para fines de educación o esparcimiento. Desde esta perspectiva, la existencia de carreteras, acueductos u obras de prevención que puedan causar deterioro al Sistema de Parques Nacionales Naturales y que exigen el otorgamiento de la licencia ambiental, dependerá del tipo de área y su zonificación previstas en el ordenamiento jurídico, acorde con las finalidades de perpetuación, conservación, mantenimiento de la diversidad biológica y aseguramiento de la estabilidad ecológica, entre otras, que constituyen el soporte de estas áreas de especial protección.

8 CONCLUSIÓN

En este trabajado se ha intentado abordar y desarrollar la temática sobre el régimen de protección de los parques naturales nacionales en Colombia, donde se ha

podido analizar y revisar su marco normativo, doctrinal y jurisprudencial de manera detallada y objetiva, concluyendo con ello que se debe propugnar por una correcta conservación de la diversidad biológica, por la adecuada utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante un acceso adecuado a ellos y a una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación y ejecución apropiada.

REFERENCIAS

Agudo González , J. (2016). **Ejecución y Gestión de Obras Hidráulicas: Nuevos Retos y Nuevos Conflictos** . Comares .

Álvarez, Gloria Lucia (2011). **Las áreas protegidas en Colombia**. Universidad Externado de Colombia.

Amaya Navas, Oscar Darío y Amaya Arias, Ángela (2017) **Derecho privado y medio ambiente: homenaje a Fernando Hinestrosa**. Universidad Externado de Colombia.

Briceño Chaves, Andrés (2012). **Aproximación a la reparación de los prejuicios ambientales en el derecho comparado, en Lecturas sobre derecho del medio ambiente**, (Bogotá, Universidad del Externado de Colombia), t. VII

Cassagne, Juan Carlos (2014). **El daño ambiental colectivo, en Lecturas sobre derecho del medio ambiente**. (Bogotá, Universidad del Externado de Colombia) t. V.

Corte Constitucional. Sentencia C-189/06

Corte Constitucional. Sentencia C-519 de 1994

Corte Constitucional. Sentencia C-598/10

Corte Constitucional. Sentencia C-649/97

Corte Constitucional. Sentencia C-746/12

Esteve Pardo, José (2008). **Derecho del medio ambiente**, (Madrid, Marcial Pons) 2da Ed

Garetto, R. (2018). El principio del desarrollo sostenible en el contexto de la Unión Europea y en el plano internacional. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**, 10(20), 173–186. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.10-num.20-2018-2154>

González- Varas Ibáñez, S. (1998). **La reparación de daños causados a la administración**. Barcelona: Cedecs.

González Villa, J. E. (2001). **Derecho Administrativo Colombiano Parte General**. Bogota: Uexternado.

González-Varas Ibáñez, Santiago (1998): **La reparación de daños causados a la Administración** (Barcelona, Editorial Cedes) 203-204 pp.

Guastini, R. (1997). **Estudios de Teoría Constitucional**.

Lasagabater, I. (2004). **Derecho Ambiental Parte Especial III**. Bilbao: Lete.

Lozano Cutanda, B. (2007). **Derecho Ambiental Administrativo**. Dykinson.

Lozano Cutanda, Blanca (2015), **Derecho ambiental administrativo** (Madrid, Dykinson). 6.a ed.,

Ochoa Carvajal, R. (2014). **Derecho Civil Bienes**. Temis.

Ortega Álvarez, L. (2013). **Tratado de Derecho Ambiental**. Tirant lo blanch.

Parejo Alfonso, L. (2010). **Lecciones de Derecho Administrativo**. Valencia España: Tirant lo Blanch.

Pereira Blanco, M. J. (2017). Tratamiento jurídico de las energías renovables en Colombia: ahorro energético, eficiencia energética y uso racional de la energía. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**, 9(17), 43–68.
<https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.9-num.17-2017-1542>

Rivas Mosquera, L. A., Mosquera Palacios, Y. L., & Mena Mena, P. A. (2019). Reflexiones en torno a la autonomía del derecho humano al medio ambiente. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**, 11(21), 84–109.
<https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.11-num.21-2019-2502>

Valencia Zea, A. (2014). **Derecho Civil Tomo I Parte General y Persona**. Bogotá: TemiS.

Velásquez Jaramillo, L. G. (2015). **Bienes**. Bogotá: Temis.



Para mais informações ou eventuais dúvidas, solicita-se contatar os Editores da Revista INTERTEMAS via e-mail nepe@unitoledo.br ou pelo telefone (18) 3901-4004.