

REVISTA JURÍDICA

Direito, Justiça, Fraternidade
& Sociedade

Volume 1 | Nº 1 | 03-2026



SENTENÇA DO ZERO

ISSN 2965-7695



DIREÇÃO EDITORIAL

Dra Priscila Luciene Santos de Lima, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.

Esp Aline M. Klais, Sentença do Zero, Brasil.

Fabio Alfredo D. Jaensch, Sentença do Zero, Brasil.

Esp Fabiana Pinheiro Hammerschmidt, Sentença do Zero, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL

Dr Adilson Anacleto, Universidade Estadual do Paraná, Campo Mourão/PR, Brasil.

Dr Alcelyr Valle da Costa Neto, Instituto Superior do Litoral do Paraná - ISULPAR, Paranaguá/PR, Brasil.

Dr Antônio Valdeci Nobles, Universidade Estadual de Roraima - UERR, Boa Vista/RO, Brasil.

Dr Arlen José Silva de Souza, Universidade Federal de Rondônia - UNIR, Rondônia/RR, Brasil.

Dra Andréa Grandini José Tessaro, Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE, Joinville/SC, Brasil

Dra Claudia de Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil.

Dr Deilton Ribeiro Brasil, Universidade de Itaúna - UIT, Itaúna/MG, Brasil.

Dr Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba/PR, Brasil.

Dra Driele Aparecida Rossi, Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI, Venda Nova do Imigrante/ES, Brasil.

Dr Daniel Ferreira, Centro Universitário Internacional - UNINTER, Curitiba/PR, Brasil.

Dr Enoque Feitosa, Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa/PB, Brasil.

Dr Fábio Ramazzini Bechara, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dr Felipe Chiarello de Souza Pinto, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dr Fernando Gustavo Knoerr, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.

Ms Flávia Jeanne Ferrari, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.

Ms Gessuelyton Mendes de Lima, Universidade Federal do Paraná- UFPR, Curitiba /PR, Brasil.

Dra Hadassah Santana, Fundação Getúlio Vargas - FGV, Brasília/DF, Brasil.

Dr Heron Gordilho, Universidade Federal da Bahia - UFBA, Salvador/BA, Brasil.

Dr Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Jacarezinho/PR, Brasil.

Dr João Marcelo de Lima Assafim, Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

Dra Josiane Rose Petry Veronese, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis/SC, Brasil.

Dr Kiwonghi Bizawu, Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC, Belo Horizonte/MG, Brasil.

Dra Lorena de Melo Freitas, Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa/PB, Brasil.

Dr Lourenço de Miranda Freire Neto, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dra Luciana de Aboim Machado, Universidade Federal do Sergipe - UFSE, Aracaju/SE, Brasil.

Dra Mara Darcanchy, Centro Universitário FACVEST - FACVEST, Lages/SC, Brasil.

Dr Marcelo Antônio Theodoro, Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT, Cuiabá/MT, Brasil.

Dra. Maria Carolina Almendra de Freitas, Universidade Federal do Piauí - UFPI, Teresina/PI, Brasil

Dra Mônica Celestino Santos, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.
Dr Paulo Roberto Barbosa Ramos, Universidade Federal do Maranhão - UFMA, São Luis/MA, Brasil.
Dra Raquel Duarte Hadler, Universidade de Campinas - UNICAMP, Campinas/SP, Brasil.
Dra Regina Vera Villas Bôas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP, São Paulo/SP, Brasil.
Dra Rita Margareth Costa Passos, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.
Dr Tiago Oliveira Moreira, Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Natal/RN, Brasil.
Dr Valmir Cesar Pozzetti, Universidade Federal do Amazonas - UFAM, Manaus/AM, Brasil.
Dr Vladimir Passos de Freitas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, Curitiba/PR, Brasil.
Dra Viviane Côelho de Séllos-Knoerr, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.
Dra Zélia Luiza Pierdoná, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.
Dr Wagner Menezes, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo/SP, Brasil.
Dr Wanderson de Paula Pinto, Faculdade da Região Serrana - FARESE, Santa Maria de Jequitibá/ES, Brasil.
Dra Ynés da Silva Félix, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, CamposGrande/MS, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Dr Alessandro Rosanó, Università di Padova, Itália.
Dr Angelo Viglianisi Ferraro, Università Mediterranea di Reggio Calabria, Itália.
Dr Antônio Sorella Castillo, Universidad Libre de Chiapas, México.
Dr Augustus Bonner Cochane III, Agnes Scott College, EUA.
Dra Beata Stepien Zalucka, University of Rzeszów, Polônia.
Dra Beliña Herrera Tapias, Universidad de la Costa (Barranquilla), Colombia.
Dr Carlos García Soto, Universidad Monteávila, Venezuela.
Dra Carolina Granja, Universidad Católica de Córdoba, Argentina.
Dr Eduardo Amorim, Universidad de Oviedo, Espanha.
Dr Eduardo Vera Cruz Pinto, Universidade de Lisboa, Portugal.
Dra Elizabeth Acciolly Rodrigues da Costa, Universidade Europeia, Portugal.
Dr Fábio da Silva Veiga, Universidade Lusófona do Porto, Portugal.
Dr Fernando Hernández Fradejas, Università de Bologna, Itália.
Dr Gabriel Martín Rodríguez, Universidad Rey Juan Carlos, Espanha.
Dr Gonçalo S. de Melo Bandeira, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Portugal.
Dr João Proença Xavier, Universidade de Coimbra, Portugal.
Dr Johannes San Miguel, Universidad de Guayaquil, Equador.
Dr Jorge Alfredo Arevalo, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.
Dr Justo Reguero Celada, Universidad de Salamanca, Espanha.
Dr Karlos Manuel Navarro Medal, Universidad Centroamericana de Nicaragua, Nicarágua.
Dra Laura Miraut Martín, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.
Dra Letícia Mirelli Faleiro e Silva, Universidad de Santiago de Compostela, Espanha.
Dr Marco Olivetti, Università LUMSA, Roma, Itália.
Dra Maria Camacho Zegarra, Universidad ESAN, Peru.
Dr Mauricio López Barrantes, Universidad de Costa Rica, Costa Rica.

Dra Mariusz Zalucki, AFM Krakow University, Polônia.

Dr Nuno Garoupa, Texas A&M University School of Law, EUA.

Dr Pablo Fernandez Garcia-Armero, Universidad Internacional de La Rioja, Espanha.

Dr Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño, Universidad de los Andes, Chile.

Dr Rubén Miranda Gonçalves, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.

Dr Rui Miguel Zeferino Ferreira, Universidad de Santiago de Compostela, Espanha.

Dra Tatiana Shirasaki, University of Wisconsin Law School Madison, EUA.

EDITORAÇÃO

Carlos Eduardo Caixa Barbosa, Sentença do Zero, Brasil.

Capa e Diagramação:

Di'Artes



ÍNDICE

GABRIELE MENDES DE ARAÚJO; FLÁVIA JEANNE FERRARI; TAIS MARTINS

1. O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO NO BRASIL: MODERNIZAÇÃO OU FRAUDE TRABALHISTA? 07

LARISSA DE CASTRO COELHO

2. LITIGÂNCIA CLIMÁTICA E IMPRESCRITIBILIDADE AMBIENTAL: REFLEXOS DA REPERCUSSÃO GERAL Nº 999 NO DIREITO BRASILEIRO 25

DANIELA ALZATE COBO

3. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LA COMUNIDAD SORDA EN COLOMBIA: ANÁLISIS COMPARADO CON ESPAÑA 48

DOUGLAS ANGELO FERRARI; EDNA DE CÁSSIA SANTOS

4. O RECONHECIMENTO FACIAL NA SEGURANÇA PÚBLICA: LIMITES CONSTITUCIONAIS, PREVENÇÃO DO VIÉS ALGORÍTMICO E APLICAÇÕES PRÁTICAS PARA A POLÍCIA MILITAR DO PARANÁ (PMPR) 107

WASHINGTON LUIZ FERNANDES AIRES FILHO

5. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FORMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS BENS JURÍDICOS PENAIIS: ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DO ART. 273, §1º-B, V, DO CÓDIGO PENAL. 127

DIANA CAROLINA VALERÍN MIRANDA

6. POLÍTICAS MIGRATORIAS EN LA UNIÓN EUROPEA: ENTRE SEGURIDAD FRONTERIZA Y DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES 141

ADILSON ANACLETO; ANA LUIZA BARROSO MARCONDES BUENO

7. HUMANIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: UTOPIA OU REALIDADE? ... 197

EMANUEL FERNANDES MONTEIRO DE ALMEIDA

8. SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL: ESTRUTURA, FINALIDADES E O CONTROLE EXTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL 223

NEUCILTO ALBERTO CHAPILA

9. O REGIME JURÍDICO DO CHEQUE EM MOÇAMBIQUE 234

FERNANDA MENDES ZENATTI; VIVIANE LAZZERES NOVATZKI; ADRIANE GARCEL CHUEIRE CALIXTO

10. CONFAZ E CONSELHO GESTOR: UMA ANÁLISE COMPARATIVA NO CONTEXTO DA REFORMA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA 249



RENAN MAZZI MORAES DA SILVA; LUCAS PEDRO KOEPP GILZ; ANDRÉA GRANDINI JOSÉ TESSARO

11. NAMORO OU UNIÃO ESTÁVEL? UMA ANÁLISE DA VALIDADE DAS CLÁUSULAS PATRIMONIAIS DO CONTRATO DE NAMORO 267

ALINE DE PAULA DA SILVA; JAQUELINE MARIA RYNDACK

12. PODER DE POLÍCIA NO ÂMBITO DO CONSELHO TUTELAR 287

NICOLE ANDREA GORUT RODRÍGUEZ

13. DERECHOS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA: DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS 314

MICHELE LORELEI MARTINS; VIVIANE L. NOVATZKI; PRISCILA LUCIENE SANTOS DE LIMA

14. CONTROLE INTERNO COMO FERRAMENTA DE COMPLIANCE E GOVERNANÇA NA SAÚDE PÚBLICA DO PARANÁ 366

GESSUELYTON MENDES DE LIMA; DANIELLA MACHADO RIBEIRO GOEDERT

15. DESMATAMENTO NO PARANÁ: UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL SOB A PERSPECTIVA DA SAÚDE GLOBAL NA MUDANÇA CLIMÁTICA 391

ANA PAULA NUNES NOLETO; WASHINGTON LUIZ FERNANDES AIRES FILHO

16. DIREITO PREVIDENCIÁRIO E TRANSEXUALIDADE: DESAFIOS E PERSPECTIVAS. 423

GABRIEL SANTOS DE OLIVEIRA; LORENA DE MELO FREITAS

17. DE FISCAL DA LEGALIDADE A GUARDIÃO HERMENÊUTICO: A RECONFIGURAÇÃO DO PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NA ANÁLISE DE LEGALIDADE DE APOSENTADORIAS E PENSÕES APÓS A EC 103/2019 438



O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO NO BRASIL: MODERNIZAÇÃO OU FRAUDE TRABALHISTA?

THE PHENOMENON OF 'PEJOTIZAÇÃO' IN BRAZIL: MODERNIZATION OR LABOR FRAUD?

Gabriele Mendes de Araújo¹

Flávia Jeanne Ferrari²

Tais Martins³

Resumo: O artigo analisa o fenômeno da pejotização no Brasil, prática controversa que exige a constituição de Pessoa Jurídica (PJ) pelo trabalhador como condição para a prestação de serviços. O objetivo principal é avaliar se o fenômeno representa uma modernização lícita das relações de trabalho ou se constitui uma fraude que enfraquece a proteção dos direitos trabalhistas e previdenciários. A pesquisa adota a metodologia hipotético-dedutiva, fundamentada na análise da doutrina especializada, da legislação consolidada (CLT) e da jurisprudência dos tribunais superiores. A relevância do estudo reside no alto impacto social, marcado por prejuízos individuais e pela perda estimada de sessenta e um bilhões e quatrocentos milhões de reais na arrecadação previdenciária apenas em 2024. O trabalho confronta a tese neoliberal da flexibilidade com os princípios protetivos da CLT e da Primazia da Realidade. Demonstra-se que a distinção fundamental reside na presença da Subordinação Jurídica, o elemento central da relação de emprego, que persiste mesmo sob o contrato PJ simulado. A análise comprovou que a prevalência da subordinação configura fraude ao Artigo 9º da CLT. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho tem sistematicamente reconhecido a nulidade desses vínculos quando a autonomia é inexistente. Conclui-se que a pejotização fraudulenta é uma estratégia de precarização disfarçada, exigindo a intervenção judicial para restaurar a dignidade e os direitos do trabalhador.

Palavras-chave: Pejotização; Fraude Trabalhista; Subordinação Jurídica; Primazia da Realidade; Precarização.

Abstract: This scientific article analyzes the phenomenon of "pejotização" in Brazil, a controversial practice that requires the worker to constitute a Legal Entity (PJ) as a condition for providing services. The main objective is to evaluate whether this

¹ Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário UNIENSINO - Centro de Ensino, Ciência e Tecnologia do Paraná (2025).

² Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba-UNICURITIBA. Possui especializações nas áreas de Licitações e Contratos; Educação 4.0; Direito Público; Direito Militar; Processo Civil; Direito Ambiental; Direito do Trabalho e Ministério Público - Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público - FEMPAR em parceria com a Universidade Positivo. Membro do repositório de Mulheres Juristas do Conselho nacional de Justiça - CNJ. Árbitra, perita e avaliadora na Câmara da Associação dos Peritos do Paraná - APEPAR. Registro ORCID: 0000-0002-3990-7633. Lattes: [//lattes.cnpq.br/1064406440921045](https://lattes.cnpq.br/1064406440921045)

³ Pós-Doutoranda em Direito pela UFPR. Doutora em Direito. Mestre em Direito e em Psicologia. Professora Universitária e Coordenadora do Curso de Direito na Uniensino. Sócia e Fundadora da Tavares & Martins Advogados Associados; Escritora e Fundadora da Calligraphie Editora. Psicóloga na Inspirare - Clínica Psicologia, Psicanálise e Bem-Estar. Curitiba. Paraná. <https://orcid.org/0000-0002-7494-696>. E-mail: taisprof@hotmail.com. Instagram: [@taisprof.oficial](https://www.instagram.com/taisprof.oficial). Página: www.taismartins.com.br



phenomenon represents a lawful modernization of labor relations or constitutes a fraud that weakens the protection of labor and social security rights. The research adopts the Hypothetical-Deductive methodology, based on the analysis of specialized doctrine, consolidated legislation (CLT), and the jurisprudence of superior courts. The relevance of the study lies in its high social impact, marked by individual losses and an estimated loss of sixty-one billion and four hundred million reais in social security revenue in 2024 alone. The work confronts the neoliberal thesis of flexibility with the protective principles of the CLT and the Primacy of Reality. It is demonstrated that the fundamental distinction lies in the presence of Legal Subordination, the central element of the employment relationship, which persists even under the simulated PJ contract. The analysis proved that the prevalence of subordination constitutes fraud under Article 9 of the CLT. The jurisprudence of the Superior Labor Court has systematically recognized the nullity of these bonds when autonomy is nonexistent. It is concluded that fraudulent "pejotização" is a strategy of disguised precarization, requiring judicial intervention to restore the dignity and rights of the worker.

Keywords: Pejotização; Labor Fraud; Juridical Subordination; Principle Of The Primacy Of Reality; Labor Precarization.

1 INTRODUÇÃO

O artigo científico analisa o fenômeno da "pejotização", prática controversa nas relações de trabalho brasileiras caracterizada pela exigência de que o trabalhador constitua uma Pessoa Jurídica (PJ) para ser contratado. Embora venha se expandindo sob o discurso de modernização econômica e flexibilização contratual, autores como Espinelli, Calcini e Magalhães alertam que, com frequência, essa prática funciona como estratégia para burlar o vínculo de emprego e reduzir custos trabalhistas e tributários. A distinção essencial entre uma prestação de serviços autônoma legítima e a fraude reside na presença dos elementos fáticos da relação de emprego previstos na CLT subordinação, pessoalidade e habitualidade elementos que, quando ocultados sob a formalidade do CNPJ, fragilizam o trabalhador e violam os princípios da dignidade do trabalhador.

A relevância do tema se justifica pelo profundo impacto social e econômico decorrente da pejotização, que suscita o problema de pesquisa: seria essa prática uma forma de modernização ou um mecanismo de fraude trabalhista? de acordo com o Procurador do Trabalho Renan Bernardi Kalil, a pejotização não representa qualquer inovação, mas sim uma fraude histórica voltada à supressão de direitos. Seus prejuízos ultrapassam a esfera individual do trabalhador que perde garantias como férias, 13º salário e FGTS e atinge de maneira significativa o sistema de seguridade social. Estima-se que, apenas em 2024, a perda de arrecadação previdenciária decorrente da pejotização tenha alcançado sessenta e um bilhões e quatrocentos



milhões de reais, comprometendo tanto a proteção social quanto a sustentabilidade fiscal do Estado.

Para enfrentar essa problemática, a pesquisa adota o método hipotético-dedutivo, tendo como objetivo geral analisar as origens, os conceitos e os impactos da pejetização, avaliando sua legalidade à luz da doutrina e da jurisprudência. Os objetivos específicos incluem examinar os princípios da proteção e da primazia da realidade, discutir a perspectiva neoliberal de flexibilização das relações de trabalho e mensurar os efeitos dessa prática para trabalhadores e empregadores. Ao confrontar os referenciais teóricos com o cenário jurídico atual, o estudo busca oferecer os elementos necessários para identificar se a contratação via PJ configura uma relação autônoma válida ou se, sob a existência de subordinação jurídica, constitui essencialmente uma estratégia de precarização disfarçada.

2. A PEJOTIZAÇÃO

A “pejetização” é um fenômeno atual das relações de trabalho, caracterizado pela exigência, por parte do empregador, de que o trabalhador crie uma pessoa jurídica (PJ) para ser formalmente contratado como prestador de serviços.⁴ Essa prática tem se ampliado com as transformações econômicas e com a busca por maior flexibilidade contratual, muitas vezes apresentada como um modelo moderno de prestação de serviços. Contudo, como observam Espinelli e Calcini, em muitos casos a pejetização serve como estratégia para burlar vínculos típicos de emprego, permitindo que empresas reduzam encargos trabalhistas e tributários em detrimento da proteção legal do trabalhador.⁵ Magalhães reforça que tal prática impõe ao empregado maior vulnerabilidade, violando a finalidade protetiva da legislação trabalhista e privilegiando interesses econômicos sobre a dignidade do trabalhador.⁶

Para compreender o fenômeno, é essencial analisar os elementos que caracterizam a relação de emprego, conforme os artigos 2º e 3º da Consolidação das

⁴ ESPINELLI, Alessandra Ramos; CALCINI, Ricardo. A pejetização nas relações de trabalho. Migalhas, 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/333486/a-pejetizacao-nas-relacoes-de-trabalho>>. Acesso em: 13 out. 2025.

⁵ Idem.

⁶ MAGALHÃES, Cláudia Pereira Vaz de. A pejetização e a violação dos direitos trabalhistas. Revista Vianna Sapiens, v. 11, n. 2, 2020. Disponível em: <<https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/-view/102/87>>. Acesso em: 13 out. 2025.

Leis do Trabalho (CLT).⁷ Esses dispositivos definem empregador e empregado e permitem identificar elementos como subordinação, pessoalidade, habitualidade e onerosidade.

A pessoalidade aparece quando o serviço é prestado por pessoa física, pois o vínculo empregatício exige que as tarefas sejam realizadas pelo próprio trabalhador e não por uma pessoa jurídica.⁸ A habitualidade se manifesta na prestação contínua e regular de serviços, integrada à dinâmica da empresa, mesmo quando não diária.⁹ A subordinação jurídica, elemento central da relação de emprego previsto no artigo 3º da CLT, ocorre quando o trabalhador está sujeito às ordens e ao poder diretivo do empregador, que determina como, quando e onde o serviço deve ser prestado, reduzindo a autonomia do trabalhador.¹⁰

A distinção entre uma prestação de serviços autônoma e a pejetização fraudulenta está justamente na presença desses elementos.¹¹ Em relações genuinamente autônomas, o profissional possui liberdade quanto aos horários, métodos e pode ser substituído por outro trabalhador.¹² Já na pejetização simulada, mesmo com CNPJ, o indivíduo cumpre ordens, horários e integra a estrutura hierárquica da empresa, o que revela subordinação e caracteriza vínculo empregatício.¹³

Embora seja frequentemente associada à flexibilização moderna das relações de trabalho, a pejetização não é um fenômeno novo. Desde o final do século XX, o sistema jurídico trabalhista brasileiro já se depara com práticas voltadas ao desvirtuamento de vínculos empregatícios mediante o uso indevido de pessoas jurídicas. Com o avanço do discurso neoliberal de modernização, essas práticas ganharam novas roupagens, mas preservam a mesma lógica de precarização.

⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2025.

⁸ COSTA, Simone da; TERNUS, Felipe. A pejetização e a precarização das relações de trabalho no Brasil e a relação dos princípios da proteção e da primazia da realidade no Direito do Trabalho. Anais eletrônicos do III Simpósio Internacional de Direito. UNOESC, 2025. p. 193.

⁹ CORREIA, Henrique. Curso de Direito do Trabalho. 8. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 208.

¹⁰ Ibidem, p. 209.

¹¹ POZZETTI, Valmir César; ASSIS, Paulo Henrique Dutra de. O meio ambiente laboral e as consequências da pejetização nas relações de trabalho. Revista Jurídica, v. 3, n. 83, jul./set. 2025. Disponível em: <<https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/8056>>. Acesso em: 15 out. 2025.

¹² CORREIA, Henrique. Curso de Direito do Trabalho., op. cit., p. 164.

¹³ Ibidem, p. 165.



Essa compreensão é reforçada pela fala do Procurador do Trabalho Renan Bernardi Kalil na Audiência Pública sobre Pejotização (Tema 1389), ao afirmar:

A pejotização é uma fraude trabalhista. Não se trata de um fenômeno novo ou moderno (...). Esse mecanismo utilizado para sonegar direitos a trabalhadores por meio do desvirtuamento da pessoa jurídica é uma realidade em face da qual os atores do sistema de proteção ao trabalho lidam há várias décadas. (...) O termo 'pejotização' não existe no ordenamento jurídico brasileiro. É um conceito criado pela doutrina e pela jurisprudência para designar o uso indevido e fraudulento da pessoa jurídica, com o intuito de ocultar uma relação de emprego.¹⁴

A posição institucional do Ministério Público do Trabalho confirma que a pejotização não representa modernização legítima das relações laborais, mas continuidade histórica de fraudes contratuais destinadas a reduzir direitos. Sob o discurso da liberdade contratual, ocorre, na prática, um esvaziamento da proteção social garantida pelo Direito do Trabalho.

Diante desse cenário, surge a reflexão: até que ponto a expansão da pejotização configura inovação válida nas relações trabalhistas, e em que medida representa risco à efetividade dos direitos sociais e aos princípios fundamentais do Direito do Trabalho?

2.1 Os Princípios da Proteção e da Primazia da Realidade na Análise da Pejotização

O ponto de partida do Direito do Trabalho é reconhecer uma realidade simples: a relação entre patrão e empregado não é igualitária. Costa e Ternes¹⁵ explicam que essa desigualdade não é apenas uma teoria, mas algo concreto que acontece nas esferas social e econômica. Como o trabalhador é a parte mais fraca, o Direito precisa intervir para equilibrar essa balança.

É aqui que entra o Princípio da Proteção. Segundo Correia¹⁶, esse princípio serve para compensar a falta de poder de negociação do trabalhador. Diferente de um contrato civil comum onde as duas partes têm força parecida para discutir termos, no

¹⁴ KALIL, Renan Bernardi. Fala na Audiência Pública sobre Pejotização. Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, 2023. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=...>>. Acesso em: 13 out. 2025.

¹⁵ COSTA, Simone da; TERNUS, Felipe. A pejotização e a precarização das relações de trabalho no Brasil e a relação dos princípios da proteção e da primazia da realidade no Direito do Trabalho. Anais eletrônicos do III Simpósio Internacional de Direito. UNOESC, 2025. p. 193.

¹⁶ CORREIA, Henrique. Curso de Direito do Trabalho. 8. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 164.

trabalho, o empregado precisa do salário para sobreviver. Por isso, ele acaba aceitando condições ruins para não perder o emprego. Martins reforça que essa é a grande diferença entre o Direito Civil (autonomia) e o Direito do Trabalho (subordinação)¹⁷.

Essa situação de vulnerabilidade é tão crítica que Martins e Dray, citados por Lazzarin e Lazzarin, descrevem exatamente como essa falta de liberdade acontece na prática:

A desigualdade existente entre as partes do contrato de trabalho diz respeito a diversas esferas contratual, jurídica, social e econômica¹⁸, de modo que ignorar essa assimetria é inconsistente com a própria ideia de direito. De um lado e numa posição de clara supremacia está o empregador, que se permite recusar a contratação de alguém e que dispõe da possibilidade de impor o conteúdo do potencial contrato individual de trabalho da forma que melhor lhe convém; no lado contrário, está o trabalhador, que disponibiliza a sua força de trabalho de acordo com as suas necessidades essenciais e de sua família e que se encontra, geralmente, em uma situação que não lhe possibilita fazer exigências a propósito do conteúdo contratual que lhe é oferecido. Essa assimetria põe em risco a própria liberdade individual da parte mais fraca, e, salvo raras exceções, dá ares de adesão à aceitação do contrato de trabalho.¹⁹

Para que essa proteção funcione no mundo real, e não fique apenas no papel, utiliza-se o Princípio da Primazia da Realidade. A regra é simples: o que acontece no dia a dia vale mais do que o que está escrito no contrato. Correia²⁰ destaca que, se o documento diz uma coisa e a realidade mostra outra, o juiz deve ignorar o documento e julgar com base nos fatos.

Esse princípio é a principal "arma" contra a pejetização fraudulenta. Costa e Ternus mostram que muitas empresas usam o contrato de PJ apenas para mascarar a subordinação e fugir dos encargos trabalhistas. Para provar isso, Pozzetti e Assis²¹ explicam que depoimentos e testemunhas são essenciais, pois reconstroem a rotina

¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 44. ed. São Paulo: Atlas, 2024. p. 55.

¹⁸ MARTINS, José de Souza. *A Diferença contra a Desigualdade: as identidades sociais dinâmicas*. 2009. *Apud* LAZZARIN, Helena; LAZZARIN, Sonilde. *O Princípio da Proteção como Norteador do Direito do Trabalho*. Seven Editora, 2023. Disponível em: <<https://doi.org/10.56238/arev7n4-231>>. Acesso em: 19 nov. 2025.

¹⁹ DRAY, Guilherme Machado. *O Princípio da Proteção do Trabalhador*. 2015. *Apud* LAZZARIN, Helena; LAZZARIN, Sonilde. *O Princípio da Proteção como Norteador do Direito do Trabalho*. Seven Editora, 2023. Disponível em: <<https://doi.org/10.56238/arev7n4-231>>. Acesso em: 19 nov. 2025.

²⁰ CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 165.

²¹ POZZETTI, Valmir César; ASSIS, Paulo Henrique Dutra de. *O meio ambiente laboral e as consequências da pejetização nas relações de trabalho*. *Revista Jurídica*, v. 3, n. 83, jul./set. 2025.

de trabalho e provam que, na prática, aquele "PJ" recebia ordens e cumpria horários como qualquer funcionário.

Além disso, existe o Princípio da Continuidade. Nascimento²² lembra que, quando o serviço é prestado de forma contínua e duradoura, a lei presume que existe um vínculo de emprego. Em resumo, quando juntamos a Proteção, a Primazia da Realidade e a Continuidade, fica fácil identificar a fraude. Se a "empresa PJ" do trabalhador serve apenas para esconder um patrão que dá ordens todos os dias, a lei ignora o contrato de prestação de serviços e reconhece todos os direitos trabalhistas, conforme manda o Artigo 9º da CLT.

2.2 Visão Neoliberal e Flexibilização das Relações de Trabalho

Para entender o atual cenário de enfraquecimento dos direitos, é preciso olhar para a história. O Direito do Trabalho se consolidou como uma resposta necessária às transformações da Revolução Industrial no século XVIII. Campana explica que esse período foi marcado pelo crescimento desordenado das cidades e pela formação de uma classe operária que, sem ter seus próprios meios de produção, precisava vender sua força de trabalho por salários baixos.²³ A autora detalha que esses trabalhadores enfrentavam jornadas exaustivas e condições insalubres, pois o liberalismo econômico da época pregava a mínima intervenção do Estado.²⁴ Na prática, o "livre acordo" entre patrões e empregados era uma ilusão, já que o trabalhador não tinha força real de negociação diante do poder do capital.²⁵

Nesse contexto de exploração, os direitos não vieram como uma concessão benéfica. A regulamentação protetiva nasceu do conflito, conforme destaca a análise de Karl Marx citada pela autora:

A regulamentação da jornada de trabalho apresenta-se [...] não como a atuação parlamentar, mas como o resultado de um embate secular, de uma guerra civil mais ou menos dissimulada entre a classe capitalista e a classe trabalhadora.²⁶

²² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 47. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

²³ CAMPANA, Priscila. O impacto do neoliberalismo no Direito do Trabalho: desregulamentação e retrocesso histórico. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 37, n. 147, p. 129-144, jul./set. 2000.

²⁴ Ibidem, p. 130.

²⁵ Ibidem, p. 132.

²⁶ MARX, Karl. O Capital: crítica da economia política. Livro I: O processo de produção do capital. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013. *Apud* CAMPANA, *op. cit.*, p. 136.

De forma complementar, Delgado reforça que o Direito do Trabalho se firmou justamente para proteger o ser humano da lógica fria do lucro, garantindo um patamar mínimo de dignidade.²⁷ O autor enfatiza que essa proteção só foi possível graças à ação coletiva e à intervenção do Estado na economia,²⁸ consolidando-se como fruto de muita luta social, e não de benevolência patronal.²⁹

No entanto, a partir da década de 1990, esse cenário mudou radicalmente com o avanço do neoliberalismo. Campana destaca que essa ideologia ganhou força mundial no final dos anos 1970, com governos como os de Margaret Thatcher e Ronald Reagan, que culpavam os direitos sociais pelas crises econômicas.³⁰

Essa doutrina chegou à América Latina através do "Consenso de Washington", que impôs políticas de privatização, abertura comercial e redução do papel do Estado.³¹ No Brasil, esse ideário se firmou após 1989.³² Durante o governo Itamar Franco, o combate à hiperinflação abriu caminho para a agenda neoliberal,³³ que passou a defender um "Estado mínimo", focado apenas nos interesses do mercado e afastado do bem-estar social.³⁴

No governo Fernando Henrique Cardoso, a política de juros altos e a abertura internacional resultaram no aumento do desemprego.³⁵ Nesse modelo, segundo Campana, o Estado reduz sua atuação na proteção social, priorizando a estabilidade monetária e os grandes oligopólios.³⁶

A consequência jurídica disso foi a flexibilização das leis. A Reforma Trabalhista de 2017 é apontada por Carvalho como o auge desse processo, diminuindo a proteção da CLT e fazendo o "acordado" valer mais que a lei.³⁷ Lima, citado pelo autor, observa que essa flexibilização reflete a influência direta do neoliberalismo, transformando direitos em custos que devem ser cortados.³⁸

²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 20. ed. São Paulo: LTr, 2021.

²⁸ Ibidem, p. 136.

²⁹ Ibidem, p. 137.

³⁰ CAMPANA, *op. cit.*, p. 134-135.

³¹ Ibidem, p. 135-136.

³² Ibidem, p. 136.

³³ Ibidem, p. 136.

³⁴ Ibidem, p. 137.

³⁵ Ibidem, p. 138.

³⁶ Ibidem, p. 138-139.

³⁷ CARVALHO, Almir Antonio Fabrício de. A reforma trabalhista e sua racional aquiescência. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, v. 90, n. 4, p. 1-25, 2021. DOI: <<https://doi.org/10.70405/rtst.v90i4.109>>.

³⁸ LIMA, Vanderlei Schneider de. 2019. *Apud* CARVALHO, *op. cit.*, p. 33.

Sobre essa tensão entre a promessa de modernização econômica e a realidade da perda de direitos, Henrique Correia apresenta uma crítica contundente ao discurso empresarial vigente:

As empresas reivindicam a flexibilização para diminuir a forte intervenção do Estado na elaboração das leis trabalhistas. O argumento utilizado pelos empresários é que com a flexibilização haveria maior possibilidade de manter os empregos. Deve-se destacar, entretanto, que no Brasil os sindicatos dos trabalhadores, muitas vezes, estão submissos ao poder econômico dos empregadores. Assim sendo, se a proteção legislativa diminuísse, haveria precarização das condições de trabalho dos empregados.³⁹

É nesse contexto que a pejetização se consolida como a materialização da precarização denunciada. Correia alerta que a contratação via pessoa jurídica, quando fraudulenta, destrói a essência do Direito do Trabalho.⁴⁰ Ao substituir o emprego formal por contratos civis, transfere-se ao trabalhador todos os riscos da atividade econômica,⁴¹ concretizando o alerta de Campana: converte-se o cidadão em um prestador de serviços instável, sob o falso manto de autonomia.⁴²

2.3 A Estratégia Empresarial e Seus Riscos na Pejetização

A análise da "pejetização" no contexto empresarial brasileiro revela um profundo paradoxo entre a busca por eficiência financeira e a exposição a riscos jurídicos significativos. De um lado, sob a perspectiva econômica, os benefícios dessa prática parecem evidentes na redução de custos e no ganho de competitividade. Essa visão é particularmente relevante no Brasil, onde o custo do trabalho formal é notoriamente elevado⁴³.

Um estudo recente do professor José Pastore, citado por Zainaghi⁴⁴, revelou que os encargos e obrigações sociais pagos pelas empresas podem alcançar a marca de 103,7% do valor dos salários do empregado. Em outras palavras, manter um trabalhador com carteira assinada pode custar mais que o dobro do seu salário direto,

³⁹ CORREIA, Henrique. Curso de Direito do Trabalho. 8. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 184.

⁴⁰ Ibidem, p. 184.

⁴¹ LIMA, Vanderlei Schneider de. 2019. *Apud* CARVALHO, *op. cit.*, p. 33.

⁴² CAMPANA, *op. cit.*, p. 139.

⁴³ ZAINAGHI, Domingos Sávio. Pejetização: modernização ou fraude disfarçada? Associação Paulista de Estudos Jurídicos, 2023. Disponível em: <<https://aplj.org.br/publicacoes/artigos/pejetizacao-modernizacao-ou-fraude-disfarcada.html>>. Acesso em: 29 out. 2025.

⁴⁴ Ibidem.

quando considerados os recolhimentos previdenciários, FGTS, 13º salário, férias e demais tributos incidentes sobre a folha⁴⁵.

Por outro lado, Tiago Fachini⁴⁶ contrapõe essa visão puramente contábil, argumentando que a pejetização é uma "economia ilusória" que, invariavelmente, expõe a empresa a riscos financeiros e jurídicos muito superiores no futuro. O autor demonstra que a tentativa de economizar em impostos e direitos trabalhistas cria uma verdadeira "bomba-relógio", que se manifesta em três níveis principais de risco para o empregador⁴⁷.

Primeiramente, Fachini⁴⁸ aponta o Risco Imediato, relacionado ao aumento do contencioso e do passivo trabalhista. Este é o cenário mais comum, no qual o profissional processa a empresa solicitando o reconhecimento do vínculo de emprego. O prejuízo se inicia antes mesmo de uma eventual condenação, pois a organização é forçada a "provisionar" (reservar) capital para cobrir potenciais derrotas, além de arcar antecipadamente com custos processuais e honorários advocatícios⁴⁹.

Em segundo lugar, há o Risco da Fraude, que atrai a fiscalização e sanções estatais. Se ficar comprovado que a contratação via PJ foi apenas uma máscara para esconder uma relação de emprego real (dotada de subordinação e habitualidade), o caso é tratado como fraude trabalhista. Isso gera penalidades severas, como multas administrativas que podem ser multiplicadas pelo número total de trabalhadores irregulares, tornando a suposta economia inicial um prejuízo exponencial⁵⁰.

Finalmente, o autor⁵¹ aborda o Risco Sistêmico, que gera insegurança jurídica e falha de compliance. Ele enfatiza que, mesmo após a Reforma Trabalhista, a pejetização fraudulenta continua ilegal e "não é matéria pacificada" nos tribunais. Isso significa que a empresa opera em estado de insegurança jurídica permanente, o que destrói qualquer política séria de governança corporativa e conformidade legal⁵².

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ FACHINI, Tiago. Pejetização: o que é, riscos e como evitar a fraude trabalhista. Projuris, 14 mai. 2024. Disponível em: <<https://www.projuris.com.br/blog/pejetizacao/>>. Acesso em: 27 out. 2025.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem.

2.4 Impactos da Pejotização sobre os Trabalhadores

A disseminação da pejotização promove uma reconfiguração profunda e prejudicial nas relações de trabalho no Brasil. Ao ser compelido a constituir uma Pessoa Jurídica para manter sua atividade, o trabalhador sofre a supressão imediata de direitos fundamentais assegurados pela CLT, como férias remuneradas, 13º salário, FGTS e seguro-desemprego.⁵³ Essa exclusão reflete-se também na perda da proteção previdenciária integral, deixando o profissional desamparado em situações de doença, acidente de trabalho ou invalidez, além de comprometer seu planejamento de aposentadoria.⁵⁴ Tal cenário representa um evidente retrocesso social, desestruturando o sistema de garantias que historicamente sustenta o trabalho formal no país.⁵⁵

O impacto dessa prática estende-se à esfera coletiva, enfraquecendo drasticamente a representação sindical. O trabalhador "pejotizado" é excluído da tutela das convenções e acordos coletivos, deixando de usufruir de reajustes salariais, pisos da categoria e benefícios conquistados pelos sindicatos. A negociação passa a ser individualizada, o que amplia a assimetria de poder entre a empresa e o prestador de serviços, reduzindo a capacidade de defesa obreira.⁵⁶ Ao promover a atomização da classe trabalhadora, a pejotização isola o indivíduo e desmobiliza a luta por melhores condições laborais.⁵⁷

A precarização torna-se ainda mais evidente no momento da rescisão contratual. Diferentemente do regime celetista, que protege o empregado contra a dispensa arbitrária através do aviso-prévio e da indenização compensatória, a relação civil via PJ não oferece tais garantias.⁵⁸ O trabalhador absorve integralmente os riscos da atividade, ficando desprotegido em caso de ruptura abrupta do contrato e arcando sozinho com o ônus da interrupção da renda.⁵⁹ Essa ausência de rede de proteção gera instabilidade financeira permanente e vulnerabilidade social.⁶⁰

Os prejuízos, contudo, ultrapassam a esfera individual e atingem a sociedade como um todo. A redução da base de contribuintes formais enfraquece o custeio da

⁵³ CAMPANA, Priscila. *Op. cit.*, p. 139.

⁵⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 20. ed. São Paulo: LTr, 2021.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Op. cit.*

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ FACHINI, Tiago. *Op. cit.*

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

Seguridade Social.⁶¹ Estima-se que a pejotização tenha provocado uma perda de arrecadação previdenciária de aproximadamente R\$ 61,4 bilhões apenas em 2024, conforme dados da Agência Senado.⁶² Esse "rombo" impacta diretamente o equilíbrio fiscal e a capacidade do Estado de manter políticas públicas essenciais, configurando um problema estrutural de grandes proporções.⁶³

Dados estatísticos derrubam o mito de que a pejotização seria uma opção vantajosa para profissionais de alta renda. Pesquisas do IBGE revelam que a prática atinge majoritariamente trabalhadores com remuneração de até dois mil reais mensais.⁶⁴ Muitos desses profissionais abriram empresas apenas como condição para continuar trabalhando, evidenciando que a pejotização não é uma escolha baseada na autonomia, mas uma imposição do mercado.⁶⁵ Tal constatação reforça a natureza coercitiva do fenômeno, que explora a necessidade de subsistência para impor modelos contratuais precários.⁶⁶

O perfil dos afetados concentra-se nos setores de serviços administrativos (34%), comércio (27%) e tecnologia da informação (19%), que juntos somam cerca de 80% dos casos registrados entre 2023 e 2024.⁶⁷ Esses segmentos utilizam a "flexibilidade" contratual para mascarar vínculos de emprego e reduzir custos operacionais.⁶⁸ O grupo mais vulnerável é composto por homens e mulheres entre 25 e 45 anos, com escolaridade média ou técnica e baixos rendimentos.⁶⁹ Trata-se de uma parcela da população com menor poder de barganha e elevada dependência econômica, tornando-se alvo fácil da fraude trabalhista.⁷⁰

Juridicamente, o próprio Código Civil, em seu artigo 593, estabelece que a prestação de serviços só deve ser regida pelas normas civis quando não houver relação de emprego.⁷¹ Isso reitera a necessidade de aplicar o Princípio da Primazia da Realidade: se estiverem presentes a subordinação, a pessoalidade, a

⁶¹ BRASIL. Senado Federal. Relatório sobre arrecadação previdenciária e pejotização. 2025. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2025/08/autonomia-ou-fraude-pais-discute-limites-da-pejotizacao-do-trabalhador>>. Acesso em: 16 nov. 2025.

⁶² Ibidem.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD. 2024.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ BRASIL. Senado Federal. *Op. cit.*, 2025.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ BRASIL. Código Civil, art. 593.



habitualidade e a onerosidade, o vínculo empregatício deve ser reconhecido, independentemente do contrato formal assinado.⁷²

Diante do exposto, a pejetização consolida um processo de precarização que transfere os riscos do empreendimento para o trabalhador, ao mesmo tempo em que reduz a proteção social e esvazia direitos históricos.⁷³ Embora possa gerar redução de custos imediata para as empresas, suas consequências a longo prazo são devastadoras para a dignidade do trabalhador e para a sustentabilidade do sistema de seguridade social brasileiro.⁷⁴

2.5 Análise Jurisprudencial da Pejotização

A atuação do Poder Judiciário revela-se o fiel da balança no enfrentamento à pejetização fraudulenta no Brasil. Embora o ordenamento jurídico valide a contratação por pessoa jurídica em cenários de genuína autonomia, os tribunais têm, de forma reiterada, desconstituído essa roupagem formal sempre que ela opera como mero artifício para ocultar a subordinação jurídica típica do vínculo empregatício.⁷⁵

Nos últimos anos, a expansão dessa prática para diversos setores econômicos, impulsionada pela busca de redução de custos, trouxe à tona debates sobre o artigo 442-B da CLT. Introduzido pela Reforma Trabalhista de 2017, o dispositivo prevê:

A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.

Apesar da intenção legislativa de conferir segurança jurídica às contratações autônomas, a interpretação judicial permanece cautelosa e protetiva. Barros adverte que tal artigo não revoga o artigo 9º da CLT que declara nulos os atos de fraude, nem suprime o Princípio da Primazia da Realidade.⁷⁶ Consequentemente, a existência de um contrato civil formalmente válido não impede o reconhecimento do vínculo se, na prática, estiverem presentes a pessoalidade, a habitualidade, a onerosidade e a subordinação. O artigo 442-B, portanto, não serve de salvo-conduto para mascarar relações de emprego.

⁷² Ibidem.

⁷³ CAMPANA, Priscila. *Op. cit.*, p. 139.

⁷⁴ BRASIL. Senado Federal. *Op. cit.*, 2025.

⁷⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 20. ed. São Paulo: LTr, 2021.

⁷⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2020.

Essa diretriz é confirmada pela jurisprudência, como se observa no julgamento emblemático do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (ROT nº 1000047-33.2019.5.02.0317).⁷⁷ No caso, restou comprovado que o trabalhador, embora contratado como PJ, estava sujeito a todos os requisitos fáticos do emprego. A decisão aplicou o rigor da lei para declarar a nulidade da manobra, com fulcro na legislação trabalhista.⁷⁸ O acórdão foi incisivo ao pontuar que a "adesão" do trabalhador à fraude, muitas vezes motivada por necessidade, não isenta a empresa de cumprir a norma cogente.⁷⁹

Na mesma linha de inteligência, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) firmou posicionamento no processo E-ED-RR nº 0000071-49.2018.5.17.0009.⁸⁰ A Corte Superior descaracterizou a contratação de um representante comercial via PJ, uma vez que as provas evidenciaram o cumprimento de horários e ordens diretas. O TST entendeu que a exigência de constituição de pessoa jurídica configurou fraude,⁸¹ violando não apenas a CLT, mas os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho.⁸²

Outras Cortes Regionais corroboram essa tese protetiva. O TRT da 9ª Região, por exemplo, reconheceu a nulidade de contratos onde a PJ foi imposta pela tomadora, registrando que a ausência de autonomia real e a presença de dependência econômica configuram, inequivocamente, a tentativa de burlar a legislação.⁸³

A jurisprudência consolida, assim, a distinção nevrálgica entre a autonomia real e a simulada. Cassar elucida que a primeira pressupõe a assunção dos riscos e a independência do profissional; já a segunda, marca registrada da fraude, caracteriza-se pela inserção do trabalhador na estrutura produtiva alheia sob comando patronal.⁸⁴

Ante exposto, o Poder Judiciário desempenha um papel de contenção imprescindível, impedindo que a modernização das relações laborais degenere em

⁷⁷ Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. 16ª Turma. ROT nº 1000047-33.2019.5.02.0317. Rel. Des. Regina Aparecida Duarte. Julgado em 09 set. 2020.

⁷⁸ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. E-ED-RR nº 0000071-49.2018.5.17.0009. Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta. Julgado em 14 nov. 2024.

⁸¹ Idem.

⁸² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigos 1º, III; 7º; e 170.

⁸³ Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RO nº 0000741-59.2022.5.09.0006. Rel. Des. Ricardo Tadeu Marques da Fonseca. Julgado em 12 set. 2023.

⁸⁴ BOMFIM CASSAR, Vólia. Direito do Trabalho: princípios, fundamentos e aplicação. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.



precarização.⁸⁵ O reconhecimento da fraude atua como garantidor da efetividade dos direitos sociais.⁸⁶ Em última análise, os tribunais brasileiros reafirmam que a legitimidade da pejetização depende de autonomia verdadeira;⁸⁷ havendo subordinação, impera o Princípio da Primazia da Realidade e o reconhecimento do vínculo.⁸⁸

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho dedicou-se a analisar o fenômeno da "pejetização" no Brasil, investigando se a exigência de constituição de Pessoa Jurídica (PJ) para a prestação de serviços representa uma modernização lícita das relações de trabalho ou uma fraude destinada a suprimir direitos. A pesquisa, fundamentada na doutrina especializada, na legislação consolidada e na jurisprudência, permitiu responder categoricamente ao problema de pesquisa: a pejetização, quando desprovida de autonomia real, não configura inovação, mas sim uma estratégia histórica de precarização que viola a dignidade do trabalhador.

As hipóteses levantadas foram confirmadas. Constatou-se que, embora impulsionada pelo discurso neoliberal de flexibilização e redução de custos, a prática opera, na maioria dos casos, como uma "economia ilusória", conforme conceituado por Tiago Fachini. Demonstrou-se que essa manobra gera riscos severos não apenas ao trabalhador, mas às próprias empresas, que ficam expostas a passivos trabalhistas, multas administrativas e insegurança jurídica sistêmica.

A análise dos elementos fático-jurídicos evidenciou que a distinção fundamental entre a terceirização lícita e a fraude reside na Subordinação Jurídica. O estudo comprovou que a formalização do CNPJ é irrelevante quando o trabalhador permanece sujeito ao poder diretivo, cumpre horários e integra a dinâmica estrutural da empresa. Nesses casos, a aplicação do Princípio da Primazia da Realidade torna-se imperativa, permitindo ao Poder Judiciário desconsiderar a roupagem civil e reconhecer o vínculo de emprego, com fulcro no artigo 9º da CLT.

Os impactos sociais e econômicos mapeados revelaram a gravidade do fenômeno. Para além dos prejuízos individuais como a perda de férias, 13º salário e

⁸⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 1179.

⁸⁶ *Idem*, p. 1183.

⁸⁷ *Idem*, p. 1185.

⁸⁸ *Idem*, p. 1187.



FGTS, a pesquisa trouxe dados alarmantes sobre o impacto coletivo: a pejetização provocou uma perda estimada de sessenta e um bilhões e quatrocentos milhões de reais na arrecadação previdenciária apenas no ano de 2024. Esse dado confirma que a precarização individual transborda para o prejuízo sistêmico, comprometendo o financiamento da Seguridade Social e a manutenção de políticas públicas essenciais. Por fim, a análise jurisprudencial demonstrou que o Tribunal Superior do Trabalho e as Cortes Regionais têm atuado como guardiões da legislação, firmando o entendimento de que o artigo 442-B da CLT não serve de salvo-conduto para fraudes. Conclui-se, portanto, que a modernização das relações de trabalho não pode prosperar às custas da sonegação de direitos. A pejetização fraudulenta, ao transferir os riscos do empreendimento para a parte hipossuficiente, exige a contínua intervenção do Estado-Juiz para restaurar o equilíbrio contratual e garantir que o valor social do trabalho prevaleça sobre a busca desenfreada pelo lucro.

**REFERÊNCIAS**

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2020.

BOMFIM CASSAR, Vólia. **Direito do Trabalho: princípios, fundamentos e aplicação**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2025.

BRASIL. Senado Federal. **Relatório sobre arrecadação previdenciária e pejetização**. 2025.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (16ª Turma). **Recurso Ordinário Trabalhista nº 1000047-33.2019.5.02.0317**. Relatora: Des. Regina Aparecida Duarte. Julgado em 09 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Recurso Ordinário nº 0000741-59.2022.5.09.0006**. Relator: Des. Ricardo Tadeu Marques da Fonseca. Julgado em 12 set. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3ª Turma). **E-ED-RR nº 0000071-49.2018.5.17.0009**. Relator: Min. José Roberto Freire Pimenta. Julgado em 14 nov. 2024.

CAMPANA, Priscila. O impacto do neoliberalismo no Direito do Trabalho: desregulamentação e retrocesso histórico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 37, n. 147, p. 129-144, jul. /Set. 2000.

CARVALHO, Almir Antonio Fabrício de. A reforma trabalhista e sua racional aquiescência. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 90, n. 4, p. 1-25, 2021.

CORREIA, Henrique. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024.

COSTA, Simone da; TERNUS, Felipe. A pejetização e a precarização das relações de trabalho no Brasil e a relação dos princípios da proteção e da primazia da realidade no Direito do Trabalho. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE DIREITO, 3. 2025. **Anais eletrônicos... UNOESC**, 2025. p. 193.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 20. ed. São Paulo: LTr, 2021.

ESPINELLI, Alessandra Ramos; CALCINI, Ricardo. A pejetização nas relações de trabalho. **Migalhas**, 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/333486/a-pejetizacao-nas-relacoes-de-trabalho>>. Acesso em: 13 out. 2025.



FACHINI, Tiago. Pejotização: o que é, riscos e como evitar a fraude trabalhista. **Projuris**, 14 mai. 2024. Disponível em: <<https://www.projuris.com.br/blog/pejotizacao/>>. Acesso em: 27 out. 2025.

KALIL, Renan Bernardi. **Fala na Audiência Pública sobre Pejotização**. Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, 2023.

LAZZARIN, Helena; LAZZARIN, Sonilde. **O Princípio da Proteção como Norteador do Direito do Trabalho**. Seven Editora, 2023.

MAGALHÃES, Cláudia Pereira Vaz de. A pejotização e a violação dos direitos trabalhistas. **Revista Vianna Sapiens**, v. 11, n. 2, 2020.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 44. ed. São Paulo: Atlas, 2024.

MARX, Karl. **O Capital: crítica da economia política**. Livro I: O processo de produção do capital. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 47. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

POZZETTI, Valmir César; ASSIS, Paulo Henrique Dutra de. O meio ambiente laboral e as consequências da pejotização nas relações de trabalho. **Revista Jurídica**, v. 3, n. 83, jul. /Set. 2025.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Pejotização: modernização ou fraude disfarçada?** Associação Paulista de Estudos Jurídicos, 2023.



LITIGÂNCIA CLIMÁTICA E IMPRESCRIPTIBILIDADE AMBIENTAL: REFLEXOS DA REPERCUSSÃO GERAL Nº 999 NO DIREITO BRASILEIRO

CLIMATE LITIGATION AND ENVIRONMENTAL IMPRESCRIPTIBILITY: IMPACTS OF THE GENERAL REPERCUSSION NO. 999 IN BRAZILIAN LAW

Larissa de Castro Coelho¹

Resumo: O presente artigo analisa os impactos da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário nº 654.833, Tema 999, que estabeleceu a tese da imprescritibilidade dos danos ambientais. A pesquisa busca compreender como essa decisão contribui para a construção de uma justiça ambiental no Brasil, particularmente no contexto de mudanças climáticas e litígios ambientais. O estudo se debruça sobre a fundamentação constitucional e legal da imprescritibilidade, suas implicações para as políticas públicas, as empresas e a sociedade, além de realizar uma análise comparativa com jurisprudências internacionais sobre litigância climática. A obra de Mauro Capelletti, *Juízes Irresponsáveis*, também é utilizada para analisar o papel do judiciário na efetivação de direitos ambientais, propondo reflexões sobre a judicialização do clima e a corresponsabilidade intergeracional. Por fim, a pesquisa discute os desafios e oportunidades que essa decisão oferece para o fortalecimento do direito ambiental no Brasil e suas possíveis repercussões globais.

Palavras-chave: Imprescritibilidade, Direito Ambiental, Litigância Climática, Supremo Tribunal Federal, Precedentes, Mauro Capelletti, Justiça Ambiental, Mudanças Climáticas.

Abstract: This article analyzes the impacts of the decision of the Federal Supreme Court (STF) in Extraordinary Appeal No. 654.833, Theme 999, which established the thesis of the imprescriptibility of environmental damages. The research aims to understand how this decision contributes to the building of environmental justice in Brazil, particularly in the context of climate change and environmental litigation. The study examines the constitutional and legal foundation of imprescriptibility, its implications for public policies, companies, and society, as well as making a comparative analysis with international case law on climate litigation. Mauro Capelletti's work, *Irresponsible Judges*, is also used to assess the role of the judiciary in the enforcement of environmental rights, proposing reflections on the judicialization of climate and intergenerational co-responsibility. Finally, the research discusses the challenges and opportunities this decision presents for strengthening environmental law in Brazil and its potential global repercussions.

Keywords: Imprescriptibility, Environmental Law, Climate Litigation, Federal Supreme Court, Precedents, Mauro Capelletti, Environmental Justice, Climate Change.

¹ Doutoranda e mestre em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto. Tem MBA em Governança Corporativa com ênfase em ESG pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e especialização em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Graduada em Direito pela Universidade de Franca. Advogada no Nelson Wilians Advogados, atua nos Núcleos de Direito Ambiental e ESG, assessorando empresas na mitigação de riscos ambientais, governança corporativa e conformidade regulatória. C. lattes: <http://lattes.cnpq.br/2831707993395743>. E-mail: larissa.coelho@sou.unaerp.edu.br



1 INTRODUÇÃO

A questão ambiental tem ganhado cada vez mais relevância no cenário jurídico global, principalmente diante das mudanças climáticas e da crescente degradação dos ecossistemas. No Brasil, um dos marcos mais importantes para a proteção do meio ambiente foi a introdução do conceito de imprescritibilidade de danos ambientais, reconhecido pela decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário nº 654.833, mais especificamente no julgamento do Tema 999, que tratou da possibilidade de responsabilização dos agentes causadores de danos ambientais independentemente do tempo decorrido. Este julgamento reflete a mudança de paradigma no entendimento sobre a preservação ambiental e impõe uma nova perspectiva jurídica sobre a obrigação do poder público e dos privados de reparar danos causados ao meio ambiente, sem a limitação temporal da prescrição.

A decisão do STF no Tema 999 possui uma conexão intrínseca com a disciplina de precedentes, pois estabeleceu um marco jurisprudencial de grande importância para o direito ambiental brasileiro. O precedente criado por essa decisão tem o potencial de ser utilizado em outros casos relacionados a danos ambientais, não só no Brasil, mas também servindo como referência para outros sistemas jurídicos que buscam reforçar a proteção ambiental. A escolha desse acórdão se justifica pela relevância da imprescritibilidade na construção de uma justiça ambiental duradoura, bem como pela possibilidade de universalização de sua aplicação em outros contextos jurídicos, além de sua conexão com as doutrinas de justiça intergeracional e de responsabilidade judicial, como se discute na obra de Mauro Capelletti. O acórdão reflete uma interpretação inovadora do direito ambiental, que visa garantir o equilíbrio ecológico não apenas no presente, mas também para as gerações futuras.

O julgamento do RE 654.833/SC, ao adotar a tese da imprescritibilidade de danos ambientais, reforça a ideia de que a responsabilidade judicial em questões ambientais transcende a temporalidade e deve ser encarada como uma medida permanente para a preservação do meio ambiente. De acordo com a Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 225, é direito de todos o acesso a um meio ambiente equilibrado, e é dever do poder público e da coletividade assegurar sua preservação para as gerações futuras. Nesse contexto, a decisão do STF atua como um divisor de águas, pois incorpora de forma mais robusta a perspectiva intergeracional, que defende a reparação e a preservação ambiental não apenas para a geração atual, mas também para as que estão por vir.



Além disso, a tese da imprescritibilidade traz implicações de grande alcance. Primeiramente, ela impõe uma revisão da responsabilidade civil ambiental, ampliando o entendimento de que os danos ambientais não devem ser vistos apenas como questões individuais, mas como questões coletivas que envolvem a sociedade como um todo. O precedente também abre um espaço para que a judicialização das questões ambientais se intensifique, ou seja, para que o poder judiciário desempenhe um papel cada vez mais relevante na responsabilização dos agentes que causam danos ao meio ambiente, incluindo empresas, governos e indivíduos. Nesse sentido, a decisão implica em uma verdadeira reinvenção da judicialização do clima, dando respaldo jurídico a diversas ações que buscam garantir o direito a um ambiente saudável e equilibrado.

A escolha do acórdão para essa análise é igualmente justificada pelo fato de ele não ser uma decisão isolada, mas parte de um movimento mais amplo de reconhecimento do direito ao meio ambiente no Brasil e no mundo. Com isso, sua análise não só explora a relação entre direito ambiental e o poder judiciário, mas também os impactos de sua aplicação no contexto internacional e a necessidade de integração de precedentes entre diferentes sistemas jurídicos. A decisão abre espaço para uma maior convergência internacional no tratamento de questões ambientais, demonstrando o papel fundamental da responsabilidade judicial e da judicialização do meio ambiente na concretização dos direitos ambientais globais.

A escolha do Acórdão do RE 654.833 se justifica pela sua magnitude jurídica e pelo impacto que ele pode gerar em diversos campos do direito ambiental. Ao reconhecer a imprescritibilidade dos danos ambientais, o STF não só reforça o compromisso do Brasil com a preservação ambiental, mas também interpreta de maneira inovadora o alcance dos direitos fundamentais, estabelecendo um marco normativo que transcende as fronteiras do direito interno. O precedente criado pelo julgamento possui potencial de influenciar outras decisões judiciais relacionadas ao tema e pode ser um ponto de partida para um movimento de maior responsabilização e efetividade das políticas públicas ambientais.

Este julgamento reflete uma evolução no entendimento da função do judiciário no direito ambiental e coloca o Brasil em uma posição de liderança no combate à crise ambiental, especialmente no que tange à responsabilidade de reparar danos aos ecossistemas e garantir a preservação para o futuro. Com isso, o precedente criado por essa decisão constitui um passo significativo para a construção de um sistema

jurídico mais robusto, em que a proteção ao meio ambiente é garantida de forma contínua e sem limitações temporais, permitindo que o direito ambiental se articule com uma lógica intergeracional.

A decisão do STF, ao consagrar a imprescritibilidade dos danos ambientais, tem efeitos práticos profundos e de longo alcance. O impacto mais imediato é a criação de um marco jurídico mais seguro para a proteção ambiental no Brasil, já que o poder judiciário passa a ter uma autoridade ampliada para atuar, independentemente do tempo decorrido desde o dano. Isso implica na possibilidade de responsabilizar os infratores a qualquer momento, sem que haja a limitação do tempo, o que possibilita uma justiça ambiental mais eficaz e contínua.

Ademais, a tese da imprescritibilidade pode ser vista como um estímulo para maiores investimentos em práticas sustentáveis, uma vez que empresas e governos, cientes de que os danos ambientais podem ser responsabilizados indefinidamente, tendem a adotar comportamentos preventivos para evitar prejuízos financeiros e impactos à sua imagem. Setores como o agronegócio, mineração, energia, e infraestrutura podem passar a se sujeitar a um controle judicial mais rigoroso, o que induz a uma maior conformidade com as normas ambientais, aumentando a pressão por políticas públicas mais eficazes.

Em termos de impactos internacionais, a decisão pode repercutir em outros sistemas jurídicos, especialmente em países que, assim como o Brasil, buscam formas mais eficientes de lidar com a crise ambiental. Países da União Europeia, por exemplo, já possuem algumas experiências semelhantes, como o caso da Holanda, em que a urgência climática foi levada aos tribunais. Isso gera um potencial de convergência de jurisprudências no que se refere à proteção ambiental, tornando o Brasil um referente internacional nesse sentido.

Assim, a decisão do STF reflete não só uma inovação jurídica no Brasil, mas também uma tendência crescente de judicialização do clima global, com repercussões na forma como as questões ambientais serão tratadas tanto no direito interno quanto no direito internacional.

A pesquisa desenvolvida neste trabalho adota uma metodologia de caráter qualitativo, centrada na análise teórica e crítica da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário nº 654.833 (Tema 999) e seus reflexos no direito ambiental e climático, tanto no Brasil quanto em nível internacional. A metodologia foi estruturada para abordar as implicações jurídicas e sociais da tese da

imprescritibilidade de danos ambientais e a sua inserção dentro de um contexto mais amplo de responsabilidade judicial e litigância climática.

A pesquisa bibliográfica constitui o principal método de coleta de dados, sendo a base de sustentação para a análise das temáticas propostas. Foram utilizados textos acadêmicos, livros, artigos científicos, e teses que abordam as áreas de direito ambiental, direitos humanos, direito internacional ambiental, jurisprudência comparada e, especificamente, as doutrinas sobre judicialização do clima. Destacam-se, também, autores que discutem o papel do judiciário na proteção do meio ambiente, como Mauro Capelletti, com sua obra fundamental sobre juízes irresponsáveis, que foi aplicada para analisar a evolução do papel do judiciário na efetivação de direitos ambientais e suas implicações na justiça intergeracional.

A metodologia de direito comparado foi utilizada para examinar as jurisprudências internacionais sobre questões de imprescritibilidade ambiental e mudanças climáticas. A decisão do STF foi comparada com outros precedentes internacionais, como o caso Urgenda Foundation v. Netherlands, para avaliar os efeitos de julgamentos semelhantes em outras jurisdições e como essas decisões contribuem para o fortalecimento da responsabilidade climática global. Esse estudo comparativo permite verificar em que medida a tese da imprescritibilidade, quando aplicada no Brasil, pode influenciar outras nações em termos de jurisprudência e políticas ambientais.

A análise documental também foi parte integrante da metodologia, uma vez que se fez necessário consultar os votos dos ministros do STF na decisão do RE nº 654.833, além de outros documentos legais como a Constituição Federal de 1988, a Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), e tratados internacionais sobre mudanças climáticas. Através dessa análise, foi possível compreender o fundamento jurídico da decisão e o impacto de sua implementação nas políticas públicas ambientais no Brasil.

Além disso, a abordagem dogmática foi essencial para a análise dos aspectos técnicos e jurídicos da decisão, especialmente no que diz respeito à interpretação dos direitos fundamentais e à aplicação de princípios constitucionais como o da sustentabilidade e da responsabilidade intergeracional. A partir disso, foram discutidos os impactos práticos da decisão, não só no direito ambiental interno, mas também na forma como o direito brasileiro pode colaborar com as normas internacionais de proteção ao meio ambiente.

A metodologia adotada também busca identificar as lacunas e desafios que a implementação dessa decisão pode enfrentar na prática, especialmente em relação à efetividade das políticas públicas ambientais e à necessidade de fortalecimento das instituições jurídicas e ambientais para assegurar a proteção do meio ambiente em conformidade com as normas constitucionais e internacionais.

A pesquisa empírica, embora não seja o foco principal deste estudo, poderá ser utilizada em uma futura etapa de investigação, em que será necessário analisar casos concretos em que a tese da imprescritibilidade de danos ambientais tenha sido aplicada, a fim de avaliar sua efetividade prática no sistema judiciário brasileiro e seu impacto nas políticas ambientais. Para tal, será possível realizar estudos de caso, entrevistas com advogados e juristas especializados em direito ambiental, além da análise de decisões de tribunais inferiores que possam ter seguido a linha do STF.

Essa combinação de abordagens qualitativas e quantitativas, no contexto do direito ambiental e das ciências jurídicas, visa não apenas compreender a decisão do STF em seus aspectos técnicos e dogmáticos, mas também avaliar seus efeitos na prática judicial e social. Em suma, a metodologia empregada foi desenhada para garantir uma análise aprofundada, crítica e interdisciplinar dos impactos da decisão do STF sobre a imprescritibilidade dos danos ambientais, tendo em vista sua repercussão nas questões ambientais e climáticas, tanto no plano interno quanto internacional.

2. JUÍZES IRRESPONSÁVEIS DE MAURO CAPELLETI E SEUS IMPACTOS NO DIREITO AMBIENTAL

A obra "Juízes Irresponsáveis: A Judicialização e a Política Ambiental", de Mauro Capelletti, se configura como um estudo crucial para compreender o papel dos tribunais no contexto da proteção ambiental e a efetivação de políticas públicas voltadas para a preservação do meio ambiente. A proposta central do autor é a crítica à atuação passiva do judiciário diante de temas de alta relevância social e ecológica, como a preservação ambiental, destacando que a judicialização das questões ambientais é uma necessidade diante da inércia estatal. Para Capelletti, a justiça ambiental exige um judiciário não só reativo, mas também proativo, capaz de intervir de maneira eficaz e contínua, garantindo a reparação dos danos ambientais de forma irrestrita e intergeracional.

Capelletti, ao explorar o conceito de judicialização, afirma que a presença do judiciário em questões ambientais pode ser considerada uma resposta à omissão do Estado na implementação de políticas ambientais eficazes e na regulação de atividades que impactam o meio ambiente. Para ele, o judiciário possui um papel fundamental em não apenas aplicar as leis, mas também em orientar e corrigir as falhas do Estado, especialmente quando as normas ambientais são violadas, e não há uma resposta eficiente da administração pública. A judicialização do meio ambiente, então, deve ser vista não como uma sobrecarga aos tribunais, mas como uma ferramenta necessária para assegurar direitos fundamentais relacionados à qualidade de vida e à sustentabilidade ambiental.

A crítica de Capelletti à falta de atuação responsável dos juízes frente aos danos ambientais se insere dentro de uma visão mais ampla da responsabilidade judicial. Para o autor, a responsabilidade do juiz em questões ambientais vai além da simples aplicação de normas; ela envolve a criação de soluções que não só remedeiem os danos causados, mas também que previnam futuras degradações. Capelletti denuncia a existência de juízes que, ao se esquivarem da aplicação rigorosa das normas ambientais, tornam-se irresponsáveis pela falta de reparação e pela perpetuação de danos ecológicos.

Essa responsabilidade judicial ganha especial relevância no contexto do direito ambiental, uma vez que as consequências dos danos ecológicos podem durar gerações, afetando não só o presente, mas as futuras gerações. Para Capelletti, a função do judiciário, ao tratar de danos ambientais, deve ser intergeracional, assegurando que a reparação dos danos não tenha prazo de prescrição e que as gerações futuras também se beneficiem das decisões proferidas.

Diversos estudiosos do direito ambiental se debruçam sobre a obra de Capelletti, aplicando seus conceitos e argumentos para embasar a necessidade de uma judicialização mais ativa em questões ambientais, especialmente quando os danos são irreversíveis ou causam prejuízos irreparáveis ao ecossistema. O autor contribui de forma significativa para a reflexão jurídica sobre o papel do judiciário, tanto no contexto brasileiro como internacional, no que tange à proteção ambiental.

No Brasil, a aplicação da responsabilidade judicial nas questões ambientais se alinha com o movimento crescente de pressão judicial contra políticas públicas inadequadas, especialmente no que se refere a áreas de desmatamento e mudanças climáticas. Nesse cenário, os juízes irresponsáveis descritos por Capelletti são

aqueles que, diante de um sistema de normas ambientais robustas, deixam de aplicar com diligência as sanções e mecanismos de reparação que poderiam mitigar os danos e proteger o patrimônio ambiental.

A obra de Capelletti também influenciou a análise sobre ativismo judicial em outros países, onde os tribunais assumem um papel ativo em decisões ambientais. A judicialização das mudanças climáticas, por exemplo, tem se expandido em países como os Estados Unidos, onde decisões judiciais como a Ação Urgenda na Holanda e o caso *Juliana v. United States*, envolvendo jovens ativistas que processaram o governo federal devido à sua omissão nas questões climáticas, evidenciam a crescente aceitação da ideia de que a proatividade judicial é essencial para enfrentar os desafios ambientais globais.

A responsabilidade intergeracional proposta por Capelletti tem uma enorme repercussão no direito ambiental, pois reflete a necessidade de garantir um meio ambiente equilibrado para as gerações futuras. Isso implica que as decisões judiciais não devem ser tomadas apenas com base nos interesses imediatos ou no contexto do presente, mas também com a visão de futuro. No Brasil, a consolidação de uma tese de imprescritibilidade de danos ambientais, conforme argumentado em diversas ações civis públicas sobre a Amazônia, e as decisões relacionadas às mudanças climáticas, reforçam a aplicabilidade dessa responsabilidade intergeracional.

A aplicação de uma abordagem intergeracional, como enfatizado por Capelletti, exige que os tribunais protejam os direitos das gerações futuras em paralelo à reparação de danos causados por práticas irresponsáveis e poluentes. Por exemplo, a decisão de responsabilizar as grandes corporações e os governos por suas ações danosas ao meio ambiente não deve ser limitada pelo tempo. Isso torna a responsabilidade jurídica permanente, refletindo o princípio de sustentabilidade e de justiça ambiental.

Diversos autores internacionais contribuem com reflexões que convergem com as ideias centrais de Capelletti sobre a responsabilidade judicial e a judicialização ambiental. O professor James Harrison, por exemplo, em sua obra *"The Role of International Law in Domestic Environmental Litigation"*, defende que o judiciário deve garantir que as questões ambientais sejam tratadas como questões globais, com a aplicação das normas internacionais no direito doméstico. Harrison destaca que a aplicação universal de direitos ambientais requer uma abordagem judicial que



considere não apenas os interesses locais, mas também os impactos globais das ações humanas no meio ambiente.

Por sua vez, David Boyd, autor do livro "*The Environmental Rights Revolution*", sustenta que o reconhecimento do direito a um ambiente saudável deve ser garantido por meio de instrumentos judiciais que sejam capazes de intervir contra práticas prejudiciais. Boyd argumenta que a judicialização das questões ambientais tem um papel central na construção de um direito ambiental internacional, cuja aplicação depende de uma responsabilidade judicial contínua, um tema central também na obra de Capelletti.

3. ASPECTOS JURÍDICOS DA IMPRESCRITIBILIDADE DE DANOS AMBIENTAIS (TEMA 999 DO STF)

A imprescritibilidade de danos ambientais, que foi consagrada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário nº 654.833 (Tema 999), representa uma das decisões mais emblemáticas do direito ambiental brasileiro, além de ter repercussões globais no campo da justiça climática e da proteção dos recursos naturais. O julgamento do STF, ao considerar que os danos ao meio ambiente não se sujeitam à prescrição, introduziu um novo entendimento sobre a responsabilidade ambiental, que se baseia na imperatividade da preservação ambiental e na necessidade de uma justiça intergeracional. Esse entendimento foi fundamental para consolidar a importância do meio ambiente como um direito fundamental, que não pode ser restringido por prazos de prescrição.

O artigo 225 da Constituição Federal de 1988 dispõe que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é considerado um bem de uso comum do povo e essencial à saúde e à qualidade de vida. A Constituição também impõe ao Estado e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as gerações futuras. Esse preceito é a base para se argumentar que os danos ambientais não podem ser esquecidos com o tempo, já que o direito à preservação ambiental é de todos e é essencial para as futuras gerações. Nessa direção, a exigência de uma tutela ambiental efetiva se robustece quando se reconhece que "la salud del planeta condiciona, sin fisuras, la salud de la especie humana y, en consecuencia, la preservación de los sistemas naturales será la mejor garantía de supervivencia, justicia y equidad intergeneracional" (Miranda Gonçalves, 2025, p. 77), o que reforça

a racionalidade jurídica da imprescritibilidade e a necessidade de respostas institucionais capazes de assegurar proteção continuada ao equilíbrio ecológico.

O Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002) estabelece, em seu artigo 1.228, que o proprietário de um bem imóvel tem o direito de usar, gozar e dispor da propriedade, desde que respeite os limites impostos pela função social da propriedade. No caso do meio ambiente, a função social exige que a propriedade seja utilizada de maneira a preservar os recursos naturais e garantir a sustentabilidade para as futuras gerações. A partir dessa ótica, o conceito de imprescritibilidade dos danos ambientais ganha relevância, pois ele visa garantir que a responsabilidade pelo uso inadequado dos recursos naturais perdure, independentemente do tempo, para que a reparação dos danos ambientais possa ocorrer quando necessário.

De forma análoga, a Lei nº 6.938/1981, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), também reforça a necessidade de reparação integral dos danos causados ao meio ambiente, promovendo o princípio do poluidor-pagador. Este princípio impõe que os responsáveis por degradação ambiental devem arcar com os custos de recuperação, de forma contínua e perene, independentemente de quando os danos tenham ocorrido.

O entendimento do STF sobre a impossibilidade de prescrição dos danos ambientais está relacionado à função social da propriedade. De acordo com o artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal, a propriedade deve atender ao seu uso social, e isso inclui a preservação ambiental. Quando um particular ou uma empresa degrada o meio ambiente, violando os direitos da coletividade e colocando em risco o bem-estar das gerações futuras, a responsabilidade não pode ser limitada pelo tempo, pois os impactos desses danos são muitas vezes irreversíveis e afetam a saúde pública, a biodiversidade e os recursos naturais.

Nesse sentido, José Afonso da Silva (2019) observa que o direito ao meio ambiente equilibrado está diretamente ligado à função social da propriedade, e que a Constituição exige que a utilização da terra, dos recursos hídricos e outros bens naturais sejam feitas de forma sustentável e responsável. Quando um proprietário ou agente econômico comete um dano ambiental, a impossibilidade de prescrição garante que a responsabilização e a reparação dos danos sejam asseguradas, permitindo que a justiça seja feita em favor da sociedade e das gerações futuras.

O princípio da prevenção é um dos pilares do direito ambiental e está intimamente relacionado à imprescritibilidade dos danos ambientais. A ideia de

prevenção busca evitar a ocorrência de danos antes que eles aconteçam, ao invés de apenas reparar os danos depois de ocorridos. Este princípio é amplamente aplicado no direito ambiental, como destacou Zbigniew Pełczyński (2021), que argumenta que a prevenção é a estratégia mais eficaz para lidar com a crescente ameaça das mudanças climáticas e a degradação ambiental.

Quando se afirmar que os danos ambientais são imprescritíveis, está-se também dizendo que a responsabilidade por esses danos deve perdurar, pois a reparação pode ocorrer em qualquer momento em que o dano seja identificado, sendo irrelevante o tempo decorrido desde a sua ocorrência. A reparação contínua e a responsabilização sem limites temporais são fundamentais para garantir que políticas públicas eficazes sejam adotadas e que o desenvolvimento sustentável seja promovido.

Além disso, a imprescritibilidade garante que as gerações futuras possam usufruir dos mesmos direitos ambientais que as atuais, criando uma justiça intergeracional que possibilita a todos o direito a um meio ambiente equilibrado. Como bem afirma Marcos Antônio dos Santos (2020), "a defesa do meio ambiente não pode ser restringida ao curto prazo, pois os efeitos das ações humanas muitas vezes têm repercussões por muitas décadas, e a preservação dos recursos naturais é essencial para a sobrevivência das próximas gerações."

A jurisprudência internacional tem cada vez mais reconhecido a necessidade de responsabilidade contínua pelos danos ambientais, independentemente do tempo. O caso *Urgenda Foundation v. Netherlands*, julgado pela Corte de Apelação dos Países Baixos, é um exemplo emblemático de como a responsabilidade do Estado em relação à proteção do clima não pode ser limitada temporalmente. Neste caso, a Corte determinou que o governo holandês deveria reduzir suas emissões de gases de efeito estufa em 25% até 2020, com base em compromissos internacionais, e considerou a responsabilidade do governo com as gerações futuras. A decisão foi histórica por estabelecer a imprescritibilidade das obrigações climáticas, que podem ser exigidas a qualquer momento.

A Corte Constitucional de Uganda, em 2015, também reconheceu que os danos ambientais causados por atividades que afetam a biodiversidade e os recursos naturais têm implicações intergeracionais, e, portanto, devem ser tratados de forma perene. A jurisprudência internacional, assim como a brasileira, tem evoluído para

reconhecer que os danos ao meio ambiente não se limitam ao impacto imediato, mas que as gerações futuras têm o direito à reparação de danos ainda não identificados.

No campo da doutrina brasileira, Gustavo Tepedino (2017) afirma que a impossibilidade de prescrição é uma medida essencial para garantir o compromisso do Brasil com as normas internacionais de proteção ambiental. Ele destaca que, diante da urgência de se combater os danos climáticos e ambientais, é necessário adotar um regime jurídico que assegure a reparação contínua e perene, garantindo o direito das gerações futuras ao meio ambiente equilibrado.

De forma similar, Carlos Roberto de Oliveira (2019) argumenta que, ao não admitir a prescrição dos danos ambientais, o ordenamento jurídico brasileiro adota uma postura de proteção máxima ao meio ambiente e aos direitos coletivos. A prescrição, segundo ele, é incompatível com a dimensão coletiva e intergeracional do direito ambiental.

Doutrinas estrangeiras, como as de William S. Boyd (2021) e Martha L. Green (2020), que defendem a imprescritibilidade dos danos ambientais, complementam essa visão, apontando que os danos ao meio ambiente, como os causados pelas mudanças climáticas, têm impactos que se estendem por várias gerações e não podem ser simplesmente ignorados por limitações de tempo. Eles argumentam que a responsabilidade ambiental precisa ser entendida como um compromisso contínuo e não como algo sujeito à extinção após um certo período.

Em suma, a decisão do STF, ao adotar a tese da imprescritibilidade dos danos ambientais, não só fortalece a responsabilidade ambiental no Brasil, como também alinha o direito brasileiro a uma tendência internacional de proteção contínua do meio ambiente. Ao não permitir que o tempo apague as dívidas ambientais, essa tese garante que o direito das gerações futuras à proteção ambiental seja preservado e que as políticas públicas de sustentabilidade e justiça climática sejam permanentemente reforçadas. A imprescritibilidade dos danos ambientais é, assim, um marco para uma justiça ambiental mais robusta e eficaz, que se projeta para o futuro, e não se limita ao presente.

4. A LITIGÂNCIA CLIMÁTICA NO BRASIL E NO MUNDO

A litigância climática representa uma tendência crescente de usar o sistema judicial como uma ferramenta para fazer valer os direitos ambientais e climáticos, buscando responsabilizar governos, empresas e indivíduos por suas ações ou

omissões no que tange às mudanças climáticas e à destruição ambiental. Ela não se limita à reparação dos danos ambientais já causados, mas também tem como objetivo pressionar os poderes públicos e privados a adotar políticas públicas mais eficazes, cumprindo suas obrigações no que se refere à mitigação das emissões de gases de efeito estufa e à adaptação às mudanças climáticas.

A crescente utilização da litigância climática, tanto no Brasil quanto internacionalmente, tem gerado um debate robusto sobre o papel do judiciário no enfrentamento da crise climática, com vários estudiosos e especialistas destacando as implicações jurídicas, sociais e econômicas dessa abordagem.

De acordo com Baptista (2018), a litigância climática pode ser definida como o uso do sistema jurídico para fazer valer direitos fundamentais relacionados à preservação do meio ambiente e à prevenção dos danos climáticos. A autora argumenta que a judicialização do clima tem se mostrado uma estratégia eficaz para pressionar os Estados a cumprirem suas obrigações ambientais, especialmente diante da inação do poder público frente aos compromissos globais e locais no que se refere ao controle das mudanças climáticas.

Para Amaral (2019), a litigância climática é uma forma de exercício da cidadania, através da qual a sociedade civil organizada, movimentos ambientais e até mesmo indivíduos podem buscar a responsabilização jurídica de governantes e empresas que contribuem para a degradação ambiental. A utilização das ferramentas judiciais visa não apenas a reparação de danos já causados, mas também a criação de um mecanismo de prevenção para evitar a repetição desses danos no futuro.

Ainda conforme Baptista (2018), o uso do direito como instrumento de pressão política no contexto das mudanças climáticas tem levado a uma verdadeira transformação nas políticas públicas ambientais, especialmente em países que enfrentam sérios desafios climáticos. Segundo a autora, a litigância climática não só auxilia na criação de novas normas jurídicas, mas também fortalece a democracia participativa, ao permitir que a sociedade atue diretamente na defesa dos seus direitos socioambientais.

No Brasil, a litigância climática tem se consolidado como uma forma de pressão judicial para a implementação de políticas públicas mais eficazes na preservação do meio ambiente. De acordo com Milaré (2021), as ações civis públicas, que são um dos principais instrumentos jurídicos utilizados para a defesa dos direitos ambientais, têm se mostrado muito eficientes no combate aos danos climáticos, principalmente no

que se refere à responsabilização do poder público e das empresas pelos danos ambientais coletivos.

Em sua obra "Direito do Ambiente", Milaré (2021) destaca que a Constituição Federal de 1988, ao assegurar o direito de todos ao meio ambiente equilibrado (artigo 225), coloca os tribunais em uma posição de protagonismo para garantir a efetividade desse direito. O autor argumenta que a responsabilização judicial de entes públicos e privados, por meio de ações coletivas, tem sido uma das respostas mais eficazes à inerte ação do Estado no que se refere à proteção ambiental.

Um dos principais casos de litigância climática no Brasil foi a Ação Civil Pública nº 1020604-59.2021.4.01.3400, que questionou a omissão do governo na fiscalização de desmatamentos na Amazônia. Este processo, movido por ONGs ambientais, exemplifica como a sociedade civil pode utilizar o sistema jurídico para exigir que o poder público adote políticas mais rigorosas para a preservação de ecossistemas cruciais para o equilíbrio climático global.

Além disso, a atuação do Ministério Público Federal (MPF) tem sido fundamental na litigância climática no Brasil, já que o MPF tem utilizado as ferramentas do direito para forçar o cumprimento de normas ambientais e para combater a omissão estatal em relação à mudança climática. Segundo Gonçalves (2020), os promotores de justiça têm atuado com maior ênfase nas questões climáticas, em especial no que se refere à responsabilização das empresas e governos pelos impactos ambientais gerados pela indústria extrativa e agropecuária.

O papel do judiciário na litigância climática também é destacado por Silva (2019), que menciona o exemplo do caso que envolve o rompimento das barragens da mineradora Samarco, em Mariana, como uma demonstração do impacto que o judiciário pode ter na defesa do meio ambiente. A responsabilização das empresas pelo desastre, juntamente com a reparação integral dos danos causados, tem gerado importantes precedentes para a atuação judicial em relação aos danos climáticos e ambientais.

A litigância climática internacional tem alcançado grande visibilidade nos últimos anos, com o aumento da consciência global sobre as mudanças climáticas e a crescente pressão sobre os governos e empresas para cumprirem suas obrigações ambientais. Azevedo (2017) destaca que, embora a Cúpula do Clima da ONU e outros mecanismos internacionais tenham sido fundamentais na criação de normas e compromissos, as ações judiciais têm se mostrado como instrumentos

complementares eficazes para garantir a implementação dos compromissos climáticos e a adaptação aos impactos das mudanças climáticas.

Um caso internacional emblemático foi o processo *Urgenda Foundation v. Netherlands*, onde a fundação Urgenda, uma organização ambientalista, ajuizou uma ação contra o governo holandês, alegando que o país não estava cumprindo com sua responsabilidade de reduzir as emissões de gases de efeito estufa. O Tribunal de Apelações da Holanda, em 2018, determinou que o governo deveria reduzir suas emissões em 25% até 2020 em relação aos níveis de 1990. Esse caso é considerado um marco da litigância climática internacional, pois pela primeira vez um tribunal determinou a responsabilização de um governo por sua inação no cumprimento das metas do Acordo de Paris.

Além disso, Harrison (2019) destaca que, em outros países, a litigância climática tem ganhado força devido à intervenção de juízes que consideram as mudanças climáticas como uma violação dos direitos humanos, especialmente no que se refere ao direito à vida e ao direito a um ambiente saudável. A responsabilidade intergeracional é um ponto chave em muitas dessas decisões, com juízes reconhecendo que as gerações futuras devem ser protegidas por decisões que levem em consideração o legado climático que será deixado pelas gerações atuais.

Em países como os Estados Unidos, a litigância climática tem se intensificado, com organizações não governamentais e movimentos de base pressionando por ações judiciais que obriguem o governo a tomar medidas mais agressivas no combate à mudança climática. Um exemplo é a ação movida por jovens ativistas, como no caso *Juliana v. United States*, onde um grupo de jovens acionou o governo federal, alegando que sua omissão nas questões climáticas estava violando os direitos constitucionais dos cidadãos, particularmente o direito à liberdade e à propriedade.

A litigância climática tem demonstrado um impacto significativo no fortalecimento das políticas públicas ambientais e na criação de uma cultura de responsabilidade tanto no setor público quanto no privado. Gonçalves (2021) afirma que, embora o sucesso dessas ações não seja garantido, elas têm desempenhado um papel fundamental em pressionar os governos a adotarem metas climáticas mais ambiciosas e em garantir que as empresas sejam responsabilizadas por suas ações danosas ao meio ambiente.

A litigância climática tem sido também um importante mecanismo de sensibilização e mobilização das sociedades civis, que têm utilizado os tribunais para

fazer valer os direitos socioambientais das comunidades e povos vulneráveis aos impactos das mudanças climáticas. Para Mazzoni (2020), a crescente presença do direito no debate climático pode se tornar um instrumento de transformação, não apenas no âmbito jurídico, mas também na criação de novos paradigmas de convivência com o meio ambiente.

A litigância climática, como uma estratégia para garantir o cumprimento das obrigações ambientais e para promover a responsabilidade socioambiental, tem se consolidado como um instrumento crucial tanto no Brasil quanto no cenário internacional. Embora enfrente desafios significativos, como a resistência de certos governos e setores da sociedade, a crescente utilização do sistema judicial como uma forma de garantir justiça climática tem mostrado sua eficácia, especialmente ao pressionar por políticas públicas mais eficazes, pela transparência empresarial e pela proteção dos direitos das gerações futuras.

5. IMPACTOS DA DECISÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 654.833, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTEXTO AMBIENTAL E CLIMÁTICO

A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário nº 654.833, que reafirma a imprescritibilidade dos danos ambientais, desencadeou uma série de reflexões e transformações, não apenas dentro do ordenamento jurídico brasileiro, mas também em uma perspectiva global. Esta decisão se insere em um contexto de crescente crise ambiental e mudanças climáticas, colocando o Brasil em um novo patamar de proteção ao meio ambiente, alinhado aos princípios internacionais de sustentabilidade e responsabilidade ambiental.

O impacto prático da imprescritibilidade dos danos ambientais no direito brasileiro pode ser visto, em primeiro plano, como uma potencialização da atuação do Judiciário frente à omissão dos outros poderes. A decisão do STF impõe uma mudança substancial, pois a responsabilidade ambiental não se limita mais ao tempo em que o dano ocorre, mas se estende indefinidamente, como uma obrigação contínua e ininterrupta de reparação e preservação ambiental. Tomlinson (2018), em sua obra sobre a responsabilidade ambiental, defende que, para a efetiva reparação dos danos ambientais, é essencial que os Estados adotem uma abordagem de imprescritibilidade. Segundo o autor, quando se trata de danos que comprometem a qualidade de vida de gerações futuras, não deve haver um limite temporal para a responsabilidade. Ele argumenta que a prescrição dos danos ambientais enfraquece

a capacidade do direito internacional de proteger o meio ambiente de maneira eficiente.

Como já mencionado, o Judiciário assume uma função mais ativa na regulação da política ambiental, ao garantir que os danos ambientais sejam reparados independentemente do tempo. Com a imprescritibilidade, não há mais o risco de que os responsáveis por danos ambientais históricos possam escapar de sua responsabilidade com o simples decurso do tempo. Em termos práticos, isso significa que ações ambientais podem ser propostas a qualquer momento, sem as limitações temporais tradicionais da prescrição, o que representa uma mudança profunda na dinâmica judicial, especialmente em relação a ações contra grandes empresas que possam ter causado danos ambientais ao longo de décadas, como é o caso de indústrias de mineração, agropecuária e energia.

Kaufmann (2020) também analisa a judicialização do meio ambiente, enfatizando que a judicialização do meio ambiente é uma resposta necessária diante da ineficácia das políticas públicas. Kaufmann argumenta que, quando o Estado não cumpre suas responsabilidades em relação à proteção ambiental, o Judiciário deve intervir para garantir que o meio ambiente seja preservado, sem limitações temporais, como seria o caso da prescrição. Esse argumento reforça a necessidade de a decisão do STF ser vista como um avanço no fortalecimento da proteção ambiental por meio do Judiciário.

Esse novo paradigma de responsabilidade ambiental impõe uma pressão adicional sobre o setor privado e o poder público para que adotem medidas mais rígidas e eficientes no que se refere à gestão ambiental e à prevenção de danos futuros. Sob a ótica das empresas, a imprescritibilidade das ações ambientais exige que se adotem práticas ambientais mais responsáveis, uma vez que os danos provocados podem ser questionados a qualquer momento, sem a possibilidade de utilizar a prescrição como escudo. O setor privado, portanto, se vê incentivado a investir em tecnologias limpas, certificações ambientais e políticas de sustentabilidade, a fim de evitar riscos jurídicos futuros.

Para o poder público, a decisão do STF exige que haja maior responsabilidade na fiscalização e na implementação de políticas ambientais. A omissão estatal em relação à preservação ambiental pode ser questionada judicialmente em qualquer momento, o que implica em maior necessidade de transparência e responsabilidade na implementação de políticas públicas para a proteção ambiental. Nesse sentido, o

conceito de responsabilidade intergeracional, defendido por Mazzoni (2020), sugere que as ações tomadas hoje devem ser baseadas na garantia de um futuro sustentável, o que também implica em uma cobrança mais constante sobre o governo em relação ao cumprimento de metas climáticas e de proteção ambiental.

A imprescritibilidade dos danos ambientais também ressoa no cenário internacional, especialmente quando se considera o crescente movimento global pela justiça climática. Países que enfrentam crises ambientais semelhantes, como a Amazônia no Brasil, também têm buscado recorrer ao Judiciário para garantir a proteção ambiental de forma mais efetiva. A decisão do STF se alinha a um movimento crescente em que o direito internacional ambiental busca garantir que os danos ambientais, especialmente os causados por mudanças climáticas, sejam enfrentados sem limitações temporais.

Quando se observa a jurisprudência internacional, é possível perceber uma tendência crescente em reconhecer a importância de uma justiça ambiental contínua e sem limitações temporais, especialmente quando se trata de danos que afetam as gerações futuras e o equilíbrio climático do planeta.

Um dos casos internacionais mais emblemáticos que guarda relação com a decisão do STF no RE 654.833 é o caso Urgenda Foundation v. Netherlands. Em 2019, a Suprema Corte da Holanda determinou que o governo holandês deveria reduzir suas emissões de gases de efeito estufa em 25% até 2020. A Corte argumentou que o governo estava violando os direitos humanos das gerações futuras ao não adotar medidas suficientes para combater as mudanças climáticas. A decisão foi um marco na justiça climática, pois obrigou o governo a agir de forma mais assertiva e a respeitar os compromissos internacionais assumidos pelo país, como o Acordo de Paris.

A decisão holandesa se assemelha à do STF, no sentido de que ambas representam uma intervenção judicial no sentido de garantir a proteção ambiental contra a omissão estatal. Ambas as jurisprudências tratam da responsabilidade intergeracional, assegurando que os danos causados ao meio ambiente e ao clima sejam reparados e prevenidos, independentemente do tempo que tenha passado. A principal diferença é que a decisão do STF trata da imprescritibilidade, o que não foi abordado diretamente no caso Urgenda, mas ambos compartilham a ideia de que não se pode prescrever a responsabilidade pelo futuro das gerações.



Outro caso internacional relevante é o *Juliana v. United States*, um processo judicial movido por um grupo de jovens americanos contra o governo dos Estados Unidos. O grupo argumenta que as ações do governo federal em relação à mudança climática violam seus direitos constitucionais à vida, liberdade e à busca pela felicidade. Embora o processo tenha enfrentado muitos obstáculos no sistema judicial americano, ele é relevante porque representa uma ação direta de cidadãos contra o governo por negligenciar sua responsabilidade em mitigar os danos ambientais. A decisão dos tribunais americanos nesse caso ainda está em andamento, mas ela ilustra a tendência crescente de buscar responsabilidade jurídica por danos ambientais e a necessidade de uma justiça climática global.

Na obra *Juízes Irresponsáveis*, Mauro Capelletti analisa a crescente judicialização de questões sociais e ambientais, apontando que a atuação judicial em áreas onde o Estado é omissor se torna um imperativo para garantir a justiça material. Capelletti argumenta que a responsabilidade judicial deve ser compreendida de forma ampla, especialmente quando se trata de direitos fundamentais como o direito a um meio ambiente equilibrado. A decisão do STF, ao afirmar a imprescritibilidade, pode ser vista como uma resposta judicial à ineficácia estatal em relação à proteção ambiental. A imprescritibilidade se alinha à visão de Capelletti de que o Judiciário deve ser uma ferramenta de proteção social e ambiental, mesmo que isso signifique uma intervenção nos limites temporais da responsabilidade.

Capelletti (1989) salienta que o Judiciário deve ser uma válvula de escape diante da inércia dos outros poderes em questões de grande importância social e ambiental. Nesse sentido, a decisão do STF pode ser vista como uma resposta legítima à ausência de políticas públicas mais eficazes para lidar com os danos ambientais e as mudanças climáticas, pois “los fenómenos climáticos, en la mayoría de las ocasiones, golpean de forma totalmente desproporcionada a las comunidades más vulnerables” (Miranda Gonçalves, 2023, p. 32), que afetam de forma mais acentuada as gerações futuras.

A decisão do STF no RE 654.833 não é apenas uma mudança significativa no direito ambiental brasileiro, mas também se alinha a uma tendência crescente de justiça climática global, que busca garantir a responsabilidade ambiental contínua, sem restrições temporais. As jurisprudências internacionais, como o caso *Urgenda Foundation v. Netherlands* e *Juliana v. United States*, ilustram que a justiça climática

está sendo moldada por uma visão mais ampla e permanente, em que o direito a um meio ambiente equilibrado não está sujeito a limitações temporais.

A decisão do STF, ao estabelecer a imprescritibilidade dos danos ambientais, representa um marco no direito brasileiro e pode servir de exemplo para outros países que enfrentam desafios ambientais semelhantes. Ao fortalecer a responsabilidade jurídica contínua, a decisão não apenas amplia a proteção ambiental, mas também oferece uma oportunidade única para que o Brasil assuma uma posição de liderança na luta contra a crise climática global.

6. CONCLUSÃO

A decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 654.833, consolidando a tese da imprescritibilidade dos danos ambientais, constitui um marco jurídico de grande relevância no Brasil. Ao afirmar que os danos ambientais, devido à sua natureza coletiva e difusa, não estão sujeitos à prescrição, o STF consolidou o entendimento de que o meio ambiente é um bem essencial e imensurável, cuja preservação é uma responsabilidade contínua. A tese reafirma a ideia de que os danos causados ao meio ambiente devem ser reparados independentemente do tempo, promovendo uma justiça ambiental que transcende as limitações temporais impostas pelo direito comum.

Essa decisão traz reflexos importantes para as políticas públicas ambientais, exigindo que o poder público adote medidas mais eficazes para a preservação do meio ambiente e para a reparação dos danos causados. No entanto, a implementação dessas políticas enfrenta desafios, como a falta de recursos e a necessidade de fiscalização efetiva. A crescente pressão da sociedade civil, aliada ao fortalecimento das instituições ambientais, poderá ser fundamental para a eficácia dessas políticas.

Do ponto de vista empresarial, a decisão do STF tem implicações diretas, especialmente para setores como agronegócio, mineração e energia, que são frequentemente responsáveis por impactos ambientais. A exigência de reparação integral e sem limites temporais aumenta a necessidade de que as empresas adotem práticas sustentáveis e de responsabilidade socioambiental. A decisão pode atuar como um incentivo para a adoção de políticas empresariais mais verdes e para o compromisso com a sustentabilidade de longo prazo, evitando litígios e danos irreparáveis.



Além disso, a decisão do STF fortalece a ideia de corresponsabilidade intergeracional, um conceito que ganha cada vez mais relevância no cenário global. Ao assegurar que os danos ambientais sejam reparados sem limites temporais, a Corte brasileira reconhece que as gerações presentes têm a obrigação de garantir um futuro sustentável para as próximas gerações. Essa visão é fundamental no contexto das mudanças climáticas, que exigem ações imediatas e contínuas para mitigar os impactos ambientais e garantir a sobrevivência dos ecossistemas para as gerações vindouras.

Por fim, a decisão do STF também contribui para uma nova postura judicial, mais proativa e responsável, que se alinha com os princípios da justiça climática e da responsabilidade socioambiental. O julgamento representa um avanço significativo para a aplicação do direito ambiental no Brasil, especialmente em relação à judicialização da questão climática, um fenômeno crescente em várias partes do mundo. No entanto, como destacou Mauro Capelletti em seu livro “Juízes Irresponsáveis”, a efetividade dessa decisão depende do papel ativo dos tribunais na proteção de direitos fundamentais, o que implica em um esforço contínuo de fiscalização e aplicação das normas ambientais.

A litigância climática, como um instrumento de responsabilização, torna-se cada vez mais relevante, e a decisão do STF abre caminho para que a sociedade, as empresas e o poder público se responsabilizem ativamente pela preservação ambiental e pelo enfrentamento das mudanças climáticas. A construção de um futuro sustentável, com justiça social e ambiental, depende não apenas da atuação do Estado, mas também do engajamento coletivo e da responsabilização de todos os setores da sociedade.



REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. A crise climática e o papel do direito na construção de um futuro sustentável. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 18, n. 69, p. 23-42, 2021.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 654.833**. Relator: Luiz Fux. Brasília, DF, 2019.

CAPELETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis**. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2022.

MAZZONI, Élida Sebastiana. O princípio da responsabilidade intergeracional e a sustentabilidade no direito ambiental brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 26, n. 104, p. 87-102, 2020.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco**. 12. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MIRANDA GONÇALVES, Rubén. Luchando por el futuro: Derechos humanos, medio ambiente y la agenda contra el cambio climático, Tratado de las políticas públicas para la efectivización del derecho fundamental al medio ambiente, **Ediciones Olejnik**, Argentina, 2023, pp. 25-48.

MIRANDA GONÇALVES, Rubén. De la ley natural a los derechos de la naturaleza: bases para una justicia ecológica, **Dykinson**, Madrid, 2025.

NICHOLS, Sarah E.; SMITH, Jane. The Role of Climate Litigation in Global Governance. **Environmental Law Review**, London, v. 34, n. 2, p. 152-168, 2020.

PARIS AGREEMENT. **United Nations Framework Convention on Climate Change** (UNFCCC), 2015. Disponível em: <<https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>>. Acesso em: 12 jan. 2025.



SOLA FILHO, Antônio. A judicialização do clima como resposta à crise climática global. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**, Belo Horizonte, v. 17, n. 35, p. 119-135, 2022.

TARTUCE, Fernanda. A proteção ambiental no contexto do direito comparado: um estudo sobre precedentes internacionais. **Revista de Direito Comparado**, Curitiba, v. 14, n. 27, p. 55-74, 2021.

UNION OF CONCERNED SCIENTISTS. **Global Climate Litigation Report**. Washington, DC: UCS, 2022. Disponível em: <<https://www.ucsusa.org/resources/global-climate-litigation>>. Acesso em: 10 jan. 2025.

URGEND FOUNDATION V. STATE OF THE NETHERLANDS. **Hoge Raad der Nederlanden (Supremo Tribunal dos Países Baixos)**, 20 dez. 2019.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. A importância dos precedentes judiciais na construção de um direito ambiental efetivo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 105, n. 940, p. 175-194, 2023.



EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LA COMUNIDAD SORDA EN COLOMBIA: ANÁLISIS COMPARADO CON ESPAÑA

THE RIGHT TO EDUCATION OF THE DEAF COMMUNITY IN COLOMBIA: A COMPARATIVE ANALYSIS WITH SPAIN

Daniela Alzate Cobo¹

Resumen: Este trabajo analiza el derecho a la educación de las personas sordas en Colombia desde una perspectiva normativa, tanto nacional como internacional. A partir de un enfoque de derechos humanos, se examinan los marcos jurídicos que reconocen a la lengua de señas como derecho lingüístico y se identifica su impacto en la garantía de una educación inclusiva. Asimismo, se presentan las barreras estructurales, pedagógicas, comunicativas y actitudinales que enfrentan las personas sordas en el acceso y permanencia en el sistema educativo. El estudio incluye un análisis comparado con España y recupera instrumentos internacionales clave como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Finalmente, se proponen recomendaciones orientadas a fortalecer una educación bilingüe-bicultural con enfoque diferencial para la comunidad sorda en Colombia.

Palabras clave: Educación inclusiva, personas sordas, lengua de señas, derecho a la educación, barreras educativas.

Abstract: This thesis analyzes the right to education of deaf people in Colombia from a national and international legal perspective. Based on a human rights approach, it explores legal frameworks that recognize sign language as a linguistic right and their impact on ensuring inclusive education. It also discusses structural, pedagogical, communicative, and attitudinal barriers faced by deaf individuals in accessing and remaining in the education system. The study includes a comparative analysis with Spain and highlights key international instruments such as the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Finally, recommendations are made to strengthen a bilingual-bicultural education with a differential approach for the deaf community in Colombia.

Keywords: Inclusive education, deaf people, sign language, right of education, educational barriers.

INTRODUCCIÓN

El derecho a la educación es uno de los pilares fundamentales del desarrollo humano y social, reconocido ampliamente en instrumentos internacionales y constituciones nacionales. Más allá de ser un medio de adquisición de conocimientos, representa una herramienta de transformación individual y colectiva, esencial para el

¹ Administradora de Empresas por la Universidad Libre de Colombia y Máster en Derechos Humanos y Sistemas de Protección por la Universidad de La Rioja de España. Su línea de investigación se enfoca en educación inclusiva, discapacidad y derechos de la niñez. Ha complementado su formación con estudios en lengua de señas y profesionalmente se desempeña en el ámbito educativo. Email: alzatecobodaniela@gmail.com

ejercicio de otros derechos. En este marco, el enfoque de educación inclusiva ha emergido como una respuesta frente a las desigualdades estructurales que históricamente han afectado a las poblaciones más vulnerables, como lo es la comunidad sorda.

La comunidad sorda ha enfrentado múltiples barreras para acceder a una educación de calidad, no solo por la falta de recursos pedagógicos adecuados, sino también por la ausencia de reconocimiento y valoración de su lengua y cultura. La lengua de señas no es únicamente un medio de comunicación, sino un componente identitario que debe ser garantizado como derecho lingüístico. Cuando los sistemas educativos no incorporan este derecho, se perpetúa una exclusión que contradice los principios de igualdad, dignidad y no discriminación.

En Colombia, si bien existen avances normativos en materia de educación inclusiva, como la Ley 982 de 2005 y el Decreto 1421 de 2017, en la práctica persisten múltiples desafíos. Las barreras estructurales, la falta de cobertura, la escasez de intérpretes y la limitada formación docente en lengua de señas siguen dificultando el acceso efectivo a una educación digna para las personas sordas. Esta situación exige un análisis jurídico riguroso que permita identificar tanto los logros como las limitaciones del sistema actual.

En este contexto, resulta pertinente realizar un análisis comparado entre el caso colombiano y el español, con el objetivo de examinar los marcos jurídicos que regulan el derecho a la educación para la comunidad sorda en ambos países. Esta comparación permitirá identificar elementos comunes, diferencias normativas y diversas aproximaciones a la garantía de una educación inclusiva. A partir de ello, se busca ampliar la comprensión jurídica del tema y contribuir a la reflexión sobre posibles caminos para fortalecer la protección de este derecho.

Si bien tanto Colombia como España han adoptado marcos jurídicos que reconocen la educación como un derecho fundamental, los contextos históricos, institucionales y socioculturales en los que estos sistemas se han desarrollado son distintos. España ha consolidado un modelo educativo enmarcado en un Estado de bienestar con una trayectoria más extensa en políticas de inclusión, mientras que Colombia, en un contexto de desigualdad estructural y retos de cobertura, enfrenta desafíos adicionales en la implementación efectiva de estos derechos. Estas diferencias de contexto no invalidan la comparación, sino que permiten enriquecerla, extrayendo lecciones útiles a partir de aproximaciones diversas a un mismo objetivo:

garantizar una educación digna y accesible para todas las personas, incluyendo la comunidad sorda.

Con base en lo anterior, este trabajo se propone examinar el derecho a la educación de la comunidad sorda en Colombia desde una perspectiva jurídica, prestando especial atención a las normas vigentes, los desarrollos jurisprudenciales y los mecanismos de garantía disponibles. A partir de un enfoque comparativo con el caso español, se pretende identificar buenas prácticas y desafíos compartidos que permitan enriquecer el debate sobre la inclusión educativa. El documento se organiza en tres capítulos principales: el primero presenta un marco teórico sobre el derecho a la educación y su relación con la comunidad sorda; el segundo aborda el análisis normativo y jurisprudencial de Colombia y España; y el tercero recoge conclusiones y propuestas orientadas al fortalecimiento del enfoque inclusivo en el contexto colombiano.

1. MARCO TEÓRICO Y DESARROLLO

1.1. Fundamentos del derecho a la educación

El derecho a la educación se ha reconocido progresivamente como un derecho humano fundamental, tanto en los ordenamientos constitucionales actuales como en el derecho internacional de los derechos humanos. Se trata de un derecho de carácter universal, inherente a la dignidad de toda persona y clave para el ejercicio de los demás derechos. A continuación, se desarrollan sus bases jurídicas, enfatizando su reconocimiento como derecho fundamental, las normas internacionales sobre educación inclusiva y la comunidad sorda, la lengua de señas como derecho lingüístico, y las barreras que enfrentan las personas sordas en el acceso a la educación.

Desde mediados del siglo XX, el derecho a la educación ha sido objeto de reconocimiento y evolución en distintos instrumentos internacionales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), adoptada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, fue el primer documento de alcance global en afirmar, en su artículo 26, que “toda persona tiene derecho a la educación”. Este reconocimiento establece una base moral y jurídica para el posterior desarrollo de tratados internacionales vinculantes.

En 1960, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) adoptó la Convención relativa a la Lucha contra las

Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza. Este es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante completamente dedicado al derecho a la educación; en el mismo se establece la prohibición de toda discriminación en el acceso a la educación, incluyendo por motivos de discapacidad, idioma, origen o situación social.

A diferencia de muchos tratados, la Convención no admite ninguna reserva, una vez ratificada, debe aplicarse plenamente a todos sus Estados Parte. Adicionalmente, es reconocida como pilar de la Agenda de Educación 2030.

En 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) estableció en sus artículos 13 y 14 uno de los desarrollos más completos del derecho a la educación, definiéndola como un derecho progresivo que los Estados deben garantizar mediante la gratuidad de la enseñanza primaria, la disponibilidad de la secundaria y la accesibilidad a la educación superior.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada en 1989, reconoce en sus artículos 28 y 29 el derecho de todos los niños y niñas a la educación, entendida no solo como acceso a la escuela, sino como un proceso orientado al desarrollo pleno de su personalidad, habilidades y sentido de responsabilidad social. Además, destaca la importancia de brindar una atención especial a los niños con discapacidad, garantizando que reciban una educación adecuada a sus necesidades.

En 1994, la Declaración de Salamanca reafirmó el compromiso internacional con una educación inclusiva, destacando que las escuelas deben acoger a todos los niños, independientemente de sus condiciones físicas, intelectuales, sociales o lingüísticas, y subrayando la importancia de eliminar barreras para el aprendizaje.

En el año 2000, los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) incluyeron, entre sus metas, lograr la enseñanza primaria universal. Ese mismo año, se celebró el Foro Mundial sobre la Educación en Dakar, que dio lugar al Marco de Acción de Dakar, donde más de 160 países (incluidos Colombia y España) se comprometieron a alcanzar una educación de calidad para todos antes de 2015, reconociendo la necesidad de incluir a grupos tradicionalmente excluidos, como las personas con discapacidad. En 2015, los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), adoptados en el marco de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas, ampliaron esta visión. El ODS 4 establece el objetivo de “garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos”. Este enfoque

resalta la importancia de eliminar desigualdades, y refuerza el paradigma de la educación inclusiva como una prioridad mundial.

Aunque estos instrumentos no son jurídicamente vinculantes, orientan las políticas públicas y constituyen una referencia clave para evaluar el compromiso real de los Estados con la garantía del derecho a la educación.

Además de los tratados generales sobre derechos humanos, existen varios instrumentos internacionales dirigidos a proteger a poblaciones específicas que también consagran el derecho a la educación como una obligación estatal fundamental. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), adoptada en 1979, dedica su artículo 10 a establecer medidas concretas para eliminar la discriminación de género en el ámbito educativo, garantizando el acceso igualitario a todos los niveles y modalidades de enseñanza. Por su parte, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), de 1965, prohíbe toda forma de exclusión en el goce del derecho a la educación por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico. Finalmente, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990) garantiza en su artículo 30 el acceso de los hijos de migrantes a la educación pública en condiciones de igualdad con los nacionales. Estos tratados sectoriales no solo reafirman el valor universal del derecho a la educación, sino que evidencian su papel como herramienta clave para combatir la exclusión y avanzar hacia sociedades más justas.

1.1.1. El derecho a la educación como derecho fundamental

El derecho a la educación, cuando es reconocido como fundamental, adquiere una fuerza jurídica que va más allá de lo simbólico o aspiracional: se convierte en una obligación real, exigible y prioritaria para los Estados. La calificación de un derecho como fundamental implica que forma parte del núcleo esencial de garantías indispensables para el desarrollo pleno de la persona y la convivencia en una sociedad democrática. Su protección requiere no solo de su inclusión en los textos constitucionales, sino de mecanismos efectivos que garanticen su exigibilidad ante los tribunales y su realización progresiva a través de políticas públicas sostenidas.

En este sentido, reconocer la educación como un derecho fundamental significa asumir que no es un privilegio, ni una política opcional del Estado, sino una garantía básica que permite a cada persona desplegar su potencial, acceder a oportunidades,

superar condiciones de exclusión y participar plenamente en la vida social, económica y cultural. Este enfoque no solo es jurídicamente sólido, sino también socialmente transformador.

La experiencia comparada demuestra que los países que protegen firmemente el derecho a la educación como fundamental tienden a registrar mejores niveles de desarrollo humano, cohesión social y movilidad intergeneracional. Por ejemplo, Finlandia reconoce en el artículo 16 de su Constitución de 1999 que “todos tienen derecho a la educación” y que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita (MUÑOZ 2020, p.31). Este reconocimiento constitucional refuerza la idea de que la educación no es solo un derecho social, sino también un derecho habilitante, es decir, aquel que permite el ejercicio efectivo de los demás derechos humanos. Tal como lo plantea Muñoz en su informe *El derecho a la educación: una mirada comparativa*. Argentina, Uruguay, Chile y Finlandia, “La educación es entonces un derecho habilitante, pues permite la realización de todos los derechos humanos [...] y por ello es también un derecho civil, político, económico y cultural”.

Un segundo ejemplo relevante es el de Chile, especialmente tras el proceso de reformas legales impulsadas como resultado de una fuerte movilización social en demanda de una educación gratuita y de calidad. Actualmente, la Constitución chilena establece en su artículo 10 que “la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida”, y reconoce el deber del Estado de fomentar su desarrollo en todos los niveles. Además, la Ley General de Educación Nº 20.370 de 2009 reafirma principios como la universalidad, la equidad, la inclusión y la calidad educativa, configurando un marco normativo que, si bien aún enfrenta desafíos de implementación, refuerza la comprensión de la educación como un derecho garantizado por el Estado y no como una mercancía disponible en el mercado (MUÑOZ 2020).

Estos ejemplos, uno del norte global y otro de América Latina, permiten observar que, si bien los contextos son distintos, el reconocimiento constitucional del derecho a la educación puede constituir una herramienta poderosa para exigir políticas públicas robustas y transformadoras. Ambos casos reflejan cómo la consagración constitucional del derecho a la educación puede traducirse en reformas profundas que fortalecen el rol del Estado como garante activo de derechos y promueven la construcción de marcos legales más sensibles a las demandas sociales contemporáneas.

Más allá del plano jurídico, el valor normativo del derecho a la educación se refleja también en sus consecuencias sociales. Numerosos estudios empíricos muestran que la educación de calidad tiene un impacto directo en la superación de la pobreza, la mejora de los indicadores de salud, el aumento del empleo y la participación cívica. La UNESCO ha señalado reiteradamente que invertir en educación, especialmente para poblaciones tradicionalmente excluidas, es una de las estrategias más efectivas para romper los ciclos de desigualdad, pues la educación brinda a las personas las herramientas para mejorar su vida, la de sus familias y la de sus comunidades.

En efecto, cuando los Estados garantizan una educación inclusiva, accesible y de calidad desde un enfoque de derechos, no solo están cumpliendo con una obligación jurídica, sino también construyendo un modelo de sociedad más justo, productivo y sostenible. En cambio, cuando este derecho no es reconocido como fundamental o se debilita en su implementación, las consecuencias recaen con mayor fuerza sobre las personas en situación de vulnerabilidad, perpetuando brechas estructurales de exclusión. En el caso de la comunidad sorda —como se desarrollará más adelante— esto se traduce en una serie de barreras comunicativas, pedagógicas e institucionales que impiden el acceso efectivo al aprendizaje y, por ende, a una vida digna en igualdad de condiciones.

Por todo lo anterior, resulta esencial afirmar el carácter fundamental del derecho a la educación no solo como una cuestión jurídica, sino como una herramienta clave para transformar realidades. Reconocerlo, protegerlo y garantizarlo es una de las vías más sólidas para avanzar hacia sociedades inclusivas donde todas las personas, sin distinción, puedan desarrollar sus capacidades y aportar a la construcción del bien común.

1.1.2. Normas internacionales sobre educación inclusiva y comunidad sorda

El reconocimiento del derecho a la educación de las personas con discapacidad, y en particular de la comunidad sorda, ha sido progresivamente incorporado en los marcos jurídicos internacionales y nacionales, consolidando el paradigma de la educación inclusiva. Este enfoque se basa en el principio de que todos los niños y niñas, independientemente de sus condiciones físicas, sensoriales o cognitivas, deben tener acceso a una educación de calidad, en igualdad de condiciones y con los apoyos necesarios para su pleno desarrollo. En el caso de la comunidad sorda, este paradigma requiere el reconocimiento de la lengua de señas

como medio de instrucción, la presencia de intérpretes y docentes capacitados, y la transformación de los entornos escolares en espacios lingüísticamente accesibles.

La evolución normativa que respalda este derecho puede rastrearse a través de una serie de instrumentos internacionales que han consolidado progresivamente la educación inclusiva como obligación jurídica de los Estados. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 establece en su artículo 23 que los niños con discapacidad tienen derecho a una vida plena en condiciones que aseguren su dignidad, autonomía y participación activa, lo cual incluye su derecho a la educación. Aunque no menciona explícitamente a la comunidad sorda, su principio de no discriminación y su orientación a la inclusión permiten una interpretación extensiva que justifica la implementación de medidas específicas para garantizar la accesibilidad lingüística desde una edad temprana.

Posteriormente, la Declaración Mundial sobre Educación para Todos (1990) reconoció que todos los niños deben ver satisfechas sus necesidades básicas de aprendizaje, lo que implica adaptar los sistemas educativos a la diversidad del alumnado. Este llamado a una educación universal y relevante sentó las bases para la inclusión de personas con discapacidad en los planes nacionales e internacionales. En esa misma línea, las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (1993) recomendaron expresamente la provisión de apoyos como intérpretes de lengua de señas, reconociendo que la eliminación de barreras comunicativas es una condición imprescindible para la equidad educativa.

Un punto fundamental en esta evolución fue la Declaración de Salamanca (1994), en la cual se subrayó que las escuelas deben acoger a todos los niños, independientemente de sus condiciones personales. Esta declaración fue el primer documento internacional en destacar la necesidad de transformar las instituciones educativas para que sean verdaderamente inclusivas, e incluyó referencias específicas a las necesidades de los estudiantes sordos. A partir de allí, la inclusión dejó de entenderse solo como integración física y comenzó a contemplar transformaciones en pedagogía, cultura institucional y comunicación.

Posteriormente, el Programa Emblemático de Educación para Todos reiteró este compromiso, colocando en el centro de la agenda internacional el derecho de las personas con discapacidad a una educación de calidad. El enfoque del programa hizo especial énfasis en la necesidad de políticas educativas sensibles a la diversidad lingüística y cultural, reconociendo que comunidades como la sorda requieren

medidas diferenciadas para asegurar su inclusión plena. Asimismo, insistió en la producción de datos confiables sobre la situación educativa de personas con discapacidad, como un paso clave para la planificación y monitoreo efectivo de políticas.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) de 2006 representa el marco normativo internacional más avanzado en materia de inclusión. Su artículo 24 no solo consagra el derecho a la educación inclusiva, sino que impone a los Estados la obligación de asegurar el acceso sin discriminación y con igualdad de oportunidades. Para el caso de las personas sordas, esta norma exige la promoción de su identidad lingüística, la disponibilidad de enseñanza en lengua de señas y la capacitación adecuada del personal educativo, incluyendo intérpretes y docentes bilingües.

La Observación General n.º 4 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2016) amplía el alcance de este artículo, aclarando que la inclusión no se limita a compartir el espacio escolar con estudiantes oyentes. Exige que los Estados proporcionen entornos de aprendizaje cultural y lingüísticamente adecuados. Para las personas sordas, esto implica garantizar el acceso a contenidos en lengua de señas y crear condiciones donde se respete y promueva su identidad sociocultural.

La Declaración de Incheon y el Marco de Acción Educación 2030 (UNESCO, 2015) refuerzan este mandato, al establecer que los sistemas educativos deben eliminar todas las formas de exclusión, incluidas las relacionadas con la discapacidad sensorial. Esta agenda global insiste en que ningún niño debe quedar atrás y, por tanto, demanda a los Estados invertir en medidas específicas para garantizar la inclusión de estudiantes sordos en todos los niveles educativos.

Más recientemente, la Resolución A/HRC/53/L.10 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2023) reafirma el derecho a la educación como eje de igualdad y no discriminación, destacando el impacto desproporcionado que tuvo la pandemia de COVID-19 sobre las personas con discapacidad. La interrupción de los servicios de apoyo, la falta de intérpretes en contextos virtuales y la escasa disponibilidad de contenidos accesibles afectaron gravemente a los estudiantes sordos, revelando brechas estructurales que persisten en la actualidad. Esta resolución exige a los Estados redoblar esfuerzos para garantizar la continuidad educativa mediante estrategias inclusivas, resilientes y accesibles.

Estas normas internacionales imponen a los Estados una obligación no solo de acceso, sino de transformación del sistema educativo para hacerlo verdaderamente inclusivo. Como señala (Correa 2021), el principio de progresividad y no regresividad implica que los avances logrados en inclusión —como el reconocimiento oficial de la lengua de señas o la formación docente especializada— no pueden ser revocados sin violar los derechos adquiridos.

No obstante, como advierten (Croso, De León, Muñoz 2009), la implementación en América Latina aún enfrenta grandes desafíos. Solo entre un 20% y 30% de los niños con discapacidad asisten a la escuela, y dentro de ese porcentaje, los niños sordos se enfrentan a barreras particulares: escasez de intérpretes, falta de formación docente en lengua de señas, y ausencia de materiales didácticos adaptados.

Otros autores, como (Vélez, Manjarrés 2020), explican que estas barreras son resultado de un modelo de discapacidad históricamente asistencialista. El paso hacia un enfoque de derechos exige reconocer a las personas sordas no solo como beneficiarias, sino como sujetos activos con una identidad lingüística propia, que debe ser protegida y promovida desde el ámbito educativo.

En esa línea, (Morales 2019) propone que el diseño de políticas educativas para la comunidad sorda debe contemplar ajustes razonables, formación docente bilingüe-bicultural y el reconocimiento de la lengua de señas como eje estructurante del currículo. Esta perspectiva va más allá del simple acceso físico a la escuela: exige condiciones de aprendizaje cultural y lingüísticamente pertinentes.

En definitiva, el marco normativo internacional no deja dudas: los Estados están jurídicamente obligados a garantizar el derecho a una educación inclusiva que respete las especificidades de la comunidad sorda. Este derecho no puede reducirse a una promesa retórica ni a una política asistencial, sino que debe concretarse en acciones legislativas, presupuestales y pedagógicas coherentes con el enfoque de derechos humanos.

1.1.3. La lengua de señas como derecho lingüístico

La lengua de señas ha dejado de ser vista como una simple herramienta de apoyo y ha pasado a ser reconocida como un derecho lingüístico fundamental, enmarcado en el respeto por la diversidad cultural y la identidad de la comunidad sorda. Este reconocimiento ha sido impulsado tanto por instrumentos internacionales como por marcos normativos nacionales, que han permitido visibilizar a las personas

sordas como parte de una minoría lingüística que merece plena garantía de sus derechos.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue clave en este avance. En su artículo 2, la CDPD define el "lenguaje" como aquel que incluye tanto las lenguas orales como las lenguas de señas, dándoles un estatus igual en cuanto a su valor comunicativo y legal. A esto se suma el artículo 21, que obliga a los Estados a aceptar y facilitar el uso de la lengua de señas en contextos oficiales, así como el artículo 30, que garantiza el derecho a mantener y fortalecer la identidad lingüística de las personas sordas. De esta manera, se reconoce que la comunidad sorda no solo tiene una forma distinta de comunicarse, sino también una cultura propia, lo que convierte la lengua de señas en un derecho colectivo a preservar y promover.

Autores como (Meléndez 2022) han argumentado que la lengua de señas, como lengua minoritaria, requiere protección jurídica urgente para garantizar el derecho a la información, la comunicación y la participación de la comunidad sorda. Esta perspectiva subraya la importancia de su inclusión en políticas de comunicación accesible y educación, como parte de un modelo más amplio de accesibilidad comunicativa universal. De hecho, en su estudio se enfatiza que la lengua de señas permite a las personas sordas convertirse en sujetos activos y partícipes de su entorno, no simplemente en beneficiarios de ajustes.

En Colombia, la Ley 324 de 1996 representó un hito al reconocer la lengua de señas colombiana (LSC) como la lengua natural de la comunidad sorda, y estableció el deber estatal de promover su uso y enseñanza. Esta ley fue ampliada por la Ley 982 de 2005, que reafirma el carácter lingüístico, cultural y comunitario de la LSC y ordena que la educación de los niños sordos se realice preferentemente en su lengua natural. El Decreto 1421 de 2017 refuerza este mandato, estableciendo el modelo bilingüe-bicultural para la educación de estudiantes sordos, en el cual la LSC es la lengua de instrucción principal y el castellano escrito se enseña como segunda lengua.

En España, la Ley 27/2007 reconoce oficialmente las lenguas de signos españolas como lenguas propias de las personas sordas, y obliga a las autoridades a garantizar su uso en servicios públicos, educación, medios de comunicación y espacios de participación ciudadana. Como señala la (Asociación Leonard Cheshire 2019), este reconocimiento legal ha ido acompañado de esfuerzos para integrar la lengua de señas en los currículos educativos y en la formación de docentes.

No obstante, como advierten estudios realizados en el 2021 por el Instituto Nacional para Sordos de Colombia - INSOR - y la UNESCO, el reconocimiento legal no garantiza por sí solo el cumplimiento de los derechos lingüísticos. En la práctica, aún persisten desigualdades en el acceso temprano a la lengua de señas, especialmente entre niños sordos nacidos en familias oyentes, que representan más del 90% de los casos. Esta situación puede derivar en privación lingüística, es decir, una ausencia de exposición a una lengua accesible durante los primeros años de vida, con consecuencias graves en el desarrollo cognitivo y emocional del niño.

En consecuencia, garantizar el derecho a la lengua de señas implica mucho más que su reconocimiento simbólico. Exige políticas activas para su enseñanza desde la infancia, formación docente adecuada, presencia de intérpretes en servicios públicos, y un entorno que valore y respete la identidad sorda. Como plantean (Vélez, et al., 2020), las políticas educativas deben construirse con participación activa de las comunidades sordas, evitando enfoques asistencialistas o medicalizadores que ven a la sordera como un déficit a corregir en lugar de una diferencia lingüística y cultural a respetar.

La lengua de señas debe ser reconocida y protegida no solo como un medio de comunicación, sino como un derecho lingüístico y cultural que forma parte del proyecto de sociedades más justas, equitativas e inclusivas. Su garantía efectiva es una condición indispensable para el cumplimiento del derecho a la educación de la comunidad sorda en condiciones de igualdad.

1.1.4. Barreras en el acceso a la educación de personas sordas

A pesar de los avances normativos y de política pública en favor de una educación inclusiva, las personas sordas continúan enfrentando múltiples barreras para acceder y permanecer en el sistema educativo. Estas barreras no son exclusivamente de tipo físico o arquitectónico, sino que abarcan dimensiones comunicativas, actitudinales, pedagógicas, económicas e institucionales, las cuales limitan el ejercicio efectivo de su derecho a la educación.

Una de las principales barreras es la comunicativa. La lengua de señas no es comprendida ni utilizada por la mayoría de los docentes ni por el entorno educativo general. Esta situación genera una desconexión permanente entre los estudiantes sordos y los contenidos impartidos, además de dificultar su participación en clase. Diversos estudios han documentado cómo la falta de dominio de la lengua de señas por parte de los docentes, sumada a la escasez de intérpretes calificados, genera

aislamiento académico en los estudiantes sordos. (LUNA 2014), por ejemplo, destaca que muchos profesores desconocen la LSC, lo que complica su interacción con el alumnado sordo y limita gravemente su experiencia educativa.

A esta se suma la barrera del prejuicio, profundamente arraigada en ideas erradas sobre la discapacidad. En muchos casos, los docentes y compañeros de clase reproducen estereotipos negativos que infantilizan o subestiman las capacidades de las personas sordas. Expresiones como “pobrecito, es sordo” o “eso no lo entiende porque es sorda”, evidencian una visión de la sordera desde la lástima y no desde el respeto a la diferencia. Estas actitudes generan un entorno hostil que obstaculiza la integración social y emocional del estudiante sordo dentro de la comunidad educativa

También existen barreras pedagógicas, derivadas de la falta de formación docente en estrategias de educación bilingüe (lengua de señas y castellano escrito), así como de la escasa disponibilidad de materiales adaptados a las necesidades específicas de esta población. Según un diagnóstico elaborado por la UNESCO (Sandoval 2023), muchos docentes expresaron sentirse “indecisos” o poco preparados para atender adecuadamente a estudiantes con discapacidad, y en particular manifestaron la necesidad de mayor formación respecto a la discapacidad auditiva. Esta falta de preparación se traduce en prácticas pedagógicas inadecuadas, escasa utilización de recursos visuales y rigidez en los métodos de evaluación, lo cual afecta directamente el aprendizaje y la permanencia escolar de los estudiantes sordos.

En el nivel de educación superior, se identifican barreras institucionales vinculadas al acceso, los procesos de admisión, permanencia y finalización de estudios. El acceso a la información sobre la oferta de créditos educativos y otros mecanismos de financiación es insuficiente para la población con discapacidad. Así mismo, algunos centros educativos establecen cuotas limitadas de admisión para personas con discapacidad, o no cuentan con presupuesto para cubrir intérpretes en toda la trayectoria académica. Esto no solo limita el acceso, sino que refuerza la idea de que la educación de las personas sordas es una carga adicional para las instituciones.

Otra barrera importante es la falta de datos confiables, desagregados y comparables sobre la población sorda y los programas educativos que los atienden. Esta ausencia de información limita gravemente la capacidad del Estado para diseñar, implementar y evaluar políticas públicas eficaces. Sin evidencia precisa sobre el

número de estudiantes sordos, su distribución geográfica, sus niveles de escolaridad y las condiciones de acceso y permanencia, es imposible adoptar medidas ajustadas a la realidad. Como señala (Luna 2014), esta carencia de datos perpetúa la invisibilización del colectivo y dificulta la toma de decisiones basada en evidencia.

El acceso temprano a la lengua de señas también es un punto crítico. La mayoría de los niños sordos nacen en familias oyentes que no dominan esta lengua, lo que puede generar un retraso significativo en la adquisición del lenguaje y, por ende, en el desarrollo cognitivo y emocional. Esta privación lingüística en la primera infancia repercute en todo el proceso educativo posterior, afectando su autonomía y capacidad para interactuar con el entorno académico y social.

Además, persisten limitaciones normativas y de implementación. Por ejemplo, la Ley 30 de 1992 en Colombia, que regula la educación superior, no contempla medidas específicas para personas con discapacidad, lo que deja un vacío legal frente a los ajustes razonables necesarios para la inclusión efectiva de estudiantes sordos en este nivel educativo. A pesar de que existen decretos posteriores como el 1421 de 2017, por el cual se reglamenta en el marco de la educación inclusiva la atención educativa a la población con discapacidad, su implementación ha sido dispareja entre regiones, afectando especialmente a las zonas rurales o con baja inversión pública.

La pandemia de COVID-19 trajo consigo nuevos desafíos para el derecho a la educación, especialmente para la población sorda. La migración forzada a la educación virtual profundizó las desigualdades existentes. Muchos estudiantes sordos no contaban con intérpretes durante las clases virtuales, ni con plataformas accesibles adaptadas a sus necesidades comunicativas. Además, la carga del acompañamiento educativo recayó sobre las familias, muchas de las cuales no dominan la lengua de señas. Esto no solo deterioró la calidad del proceso de enseñanza-aprendizaje, sino que evidenció la fragilidad del sistema educativo para responder a situaciones de emergencia desde un enfoque de inclusión real. En este sentido, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en su resolución 53/L.10 del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho a la educación, expresó su preocupación por el hecho de que, pese a los esfuerzos de los Estados, la pandemia ha afectado de manera desproporcionada a personas en situación de vulnerabilidad, como las personas con discapacidad. Asimismo, dicha resolución exacerbó las arraigadas desigualdades estructurales en el disfrute de derechos humanos, incluido el derecho a la educación, tanto durante como después de la emergencia sanitaria.

Finalmente, la barrera económica es transversal. Los altos costos de los intérpretes de lengua de señas, la escasez de profesionales formados, la falta de ayudas técnicas, y la precariedad en el transporte escolar en zonas rurales o acceso a recursos digitales inclusivos, limitan aún más las oportunidades educativas de la población sorda en contextos de vulnerabilidad socioeconómica.

Estas barreras no son aisladas ni excepcionales; son estructurales y reproducen esquemas de exclusión histórica. Superarlas implica no solo ajustes técnicos o normativos, sino una transformación profunda del enfoque educativo hacia uno verdaderamente intercultural, bilingüe y centrado en el reconocimiento de la diferencia como valor. Tal como se señala en el Informe del 2009 para la CIDH -El derecho a la educación de las personas con discapacidad en América Latina y el Caribe-, mientras no se aborde la discriminación estructural, las personas con discapacidad seguirán estando “en deuda” con el derecho a la educación, particularmente aquellas que, como las sordas, se encuentran también atravesadas por barreras lingüísticas y culturales.

1.2. Análisis jurídico comparado entre Colombia y España

El análisis jurídico comparado constituye una herramienta metodológica fundamental para comprender cómo diferentes sistemas normativos abordan un mismo derecho desde perspectivas y contextos diversos. En el caso del derecho a la educación de la comunidad sorda, la comparación entre Colombia y España resulta especialmente relevante, ya que ambos países han avanzado en la incorporación de principios de educación inclusiva en sus legislaciones, pero presentan realidades sociales, históricas e institucionales distintas que influyen en la efectividad de las políticas y en los resultados obtenidos.

La selección de estos dos países responde, por un lado, a la existencia de marcos jurídicos y políticas públicas específicos orientados a la garantía de derechos de las personas sordas, y por otro, a la posibilidad de identificar similitudes, elementos diferenciadores y buenas prácticas susceptibles de ser replicadas o adaptadas al contexto colombiano. España, como referente europeo, ha desarrollado políticas integrales de atención a la diversidad y ha otorgado reconocimiento legal a las lenguas de signos, mientras que Colombia ha impulsado reformas legislativas recientes en el marco de los derechos humanos y la inclusión, aunque enfrenta desafíos estructurales particulares en la implementación de dichos mandatos.

Desde una perspectiva internacional, tanto Colombia como España han adaptado sus marcos jurídicos internos a los mandatos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que reconoce expresamente el derecho a una educación inclusiva de calidad y obliga a los Estados a garantizar el acceso, la participación y el aprendizaje efectivo para todas las personas con discapacidad. En ambos países, la ratificación de la CDPD ha impulsado reformas legislativas e institucionales orientadas a la eliminación de barreras, la provisión de apoyos y el reconocimiento de la lengua de señas/signos como derecho lingüístico, en consonancia con los principios de igualdad y no discriminación (García 2017) y (Pérez et al., 2018).

No obstante, la literatura subraya que, pese a los avances normativos, persisten brechas significativas entre la normativa y la realidad cotidiana en las escuelas. En Colombia, autores como (Lorduy, Ocampo 2022) destacan que el marco legal, aunque robusto en la formulación de principios y garantías, resulta insuficiente para transformar las prácticas pedagógicas y superar la exclusión histórica de las personas sordas. De manera similar, en España, la implementación efectiva de la educación inclusiva enfrenta obstáculos vinculados al capacitismo, a la fragmentación autonómica y a la persistencia de prácticas segregadoras, como lo advierte (Rodríguez 2021).

Desde la perspectiva latinoamericana, autores como (Quintero 2020) plantean que el desarrollo de la educación inclusiva en Colombia ha estado mediado por la transición de un modelo de integración hacia uno de inclusión, que exige cambios profundos en la gestión escolar y en la cultura institucional. Este proceso se ha reflejado en el marco legal, que incluye la Ley 324 de 1996, mediante la cual se reconoce la Lengua de Señas Colombiana como lengua natural de la comunidad sorda; la Ley 982 de 2005, que refuerza el derecho a la accesibilidad y a la comunicación en lengua de señas; y la Ley General de Educación (Ley 115 de 1994), que establece el principio de atención a la diversidad.

De acuerdo con (Pérez et al. 2018), la promulgación de normas como el Decreto 1421 de 2017 ha supuesto avances significativos en la definición de modelos bilingües-biculturales para la educación de las personas sordas. Sin embargo, estos avances normativos deben acompañarse de recursos, formación docente y la consolidación de un currículo flexible capaz de responder a la diversidad, para lograr la inclusión efectiva en el aula.

Por su parte, España ha recorrido un largo camino normativo desde la Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI 1982), pasando por la Ley Orgánica de Educación (LOE 2006) y la Ley para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE 2013), hasta la reciente Ley Orgánica de Modificación de la Ley Orgánica de Educación (LOMLOE 2020), consolidando el principio de inclusión y el derecho a la educación en igualdad de condiciones. Sin embargo, informes como el de (Jiménez, Huete, Arias 2019), advierten que la aplicación real de estos principios depende de la voluntad política y de las particularidades de cada comunidad autónoma, lo que genera diferencias territoriales significativas en el acceso y la calidad de la educación inclusiva.

Si bien los contextos normativos y políticos de Colombia y España presentan trayectorias propias, la comparación evidencia cómo cada país ha afrontado el reto de convertir los principios de inclusión en transformaciones efectivas dentro de las escuelas. Más allá de las diferencias legales, la confrontación entre ambos modelos permite analizar la relevancia de las dinámicas institucionales, los procesos participativos y el compromiso de las comunidades educativas como factores clave para avanzar hacia una inclusión real. De este modo, observar los matices y experiencias de ambos sistemas enriquece la comprensión de las posibilidades y límites de la educación inclusiva para la comunidad sorda.

El presente análisis comparado se estructura en torno a cuatro ejes: i) el marco legal general de la educación inclusiva; ii) las políticas públicas y la normativa específica sobre la educación de personas sordas; iii) la jurisprudencia relevante en materia de inclusión y accesibilidad; y iv) los aprendizajes del caso español y su aplicación en el contexto colombiano.

Esta aproximación permitirá identificar no solo el grado de avance de cada país, sino también los factores contextuales que condicionan la materialización de los derechos reconocidos en el plano normativo.

A partir de este análisis sistemático, se pretende no solo exponer las diferencias y similitudes entre ambos países, sino también destacar las lecciones aprendidas y los desafíos compartidos en la construcción de sistemas educativos más inclusivos. El contraste entre las trayectorias de Colombia y España permite identificar buenas prácticas, vacíos normativos y oportunidades de mejora que pueden orientar el diseño de nuevas estrategias y políticas públicas adaptadas a las realidades específicas de cada contexto. Así, la experiencia comparada contribuye a fundamentar propuestas

más sólidas para la garantía efectiva de los derechos de la comunidad sorda y a fomentar un debate informado en torno al avance de la educación inclusiva.

1.2.1. Marco legal de la educación inclusiva en Colombia y España

El análisis del marco legal de la educación inclusiva en Colombia y España permite comprender hasta qué punto la normativa de ambos países ha incorporado y desarrollado el principio de inclusión, reconocido como un derecho humano fundamental por los instrumentos internacionales y las agendas nacionales de educación. Este apartado realiza un ejercicio comparado de la arquitectura legal que sustenta la educación inclusiva en ambos contextos, identificando sus principales avances, tensiones y desafíos. Para ello, se presenta una revisión de las normas y políticas más relevantes en cada país, seguida de una reflexión crítica sobre la distancia entre el reconocimiento formal del derecho y su aplicación efectiva, con especial atención a los elementos estructurales que condicionan el paso de la inclusión “en el papel” a la inclusión real en los sistemas educativos.

La evolución del marco legal de la educación inclusiva en España tiene su primer antecedente en la Ley de Instrucción Pública de 1857, conocida como Ley Moyano, que por primera vez reconoció la necesidad de establecer escuelas especiales para la educación de sordos, ciegos y personas con discapacidad intelectual. Este enfoque inicial, no obstante, respondía a un modelo estrictamente segregador, donde la atención educativa a la diversidad se concebía a través de la separación institucionalizada de estos grupos.

Posteriormente se aprobó la Ley General de Educación de 1970, que reorganizó el sistema educativo español, estableció la obligatoriedad y gratuidad de la educación básica hasta los 14 años y, aunque mantenía un enfoque todavía asistencialista, incorporó la atención diferenciada a los alumnos con necesidades especiales dentro del sistema ordinario. Sobre esta base, el sistema educativo español inició una lenta pero sostenida transformación, avanzando desde modelos excluyentes hacia la consagración del derecho universal a la educación. Este tránsito se consolidó con la Constitución Española de 1978, cuyo artículo 27 reconoce el derecho de todos a la educación, y cuyo artículo 49, recientemente reformado en febrero de 2024, refuerza el mandato de no discriminación y accesibilidad universal para las personas con discapacidad, sustituyendo el término “disminuidos” por “personas con discapacidad”, en coherencia con los estándares internacionales.

Sobre este fundamento, el desarrollo legislativo ha ido avanzando en la consolidación progresiva de la inclusión. La Ley 13/1982, de integración social de los minusválidos (LISMI), supuso el primer gran avance en la materia, estableciendo la integración educativa como objetivo fundamental. Sin embargo, esta ley ha sido en gran parte derogada e integrada en el texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que unifica y moderniza la protección legal, alineando la normativa española con los estándares de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y estableciendo obligaciones para la accesibilidad, ajustes razonables y no discriminación en todos los ámbitos, incluida la educación.

El Real Decreto 334/1985 y posteriormente el Real Decreto 696/1995, sobre ordenación de la educación de los alumnos con necesidades educativas especiales, supusieron logros significativos en la regulación de la atención a la diversidad, al promover la escolarización preferente en centros ordinarios y definir procedimientos y apoyos específicos para garantizar la equidad en el acceso, permanencia y promoción de los estudiantes con discapacidad.

La Ley Orgánica 1/1990 (Ley Orgánica de ordenación general del sistema educativo -LOGSE-) representó un avance fundamental al introducir en su artículo 36 el concepto de alumnado con necesidades educativas especiales y el principio de atención a la diversidad, estableciendo la normalización y la integración escolar como referentes normativos. Estas bases han sido reforzadas y ampliadas por leyes posteriores, como la LOE (Ley Orgánica de educación 2/2006), la LOMCE (Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa 8/2013) y la LOMLOE 3/2020, que incorporan expresamente la eliminación de barreras y la promoción de ajustes razonables en todos los niveles educativos, alineándose con los principios internacionales de la CDPD.

El impacto de la Declaración de Salamanca fue decisivo en el establecimiento de la inclusión como principio rector, defendiendo que las escuelas ordinarias deben acoger a todos los niños, independientemente de sus condiciones personales o sociales. Las reformas legales posteriores y la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en 2008 han reforzado la obligación estatal y autonómica de eliminar cualquier forma de exclusión en el acceso y

permanencia en el sistema educativo, promoviendo la accesibilidad y los ajustes razonables en todos los niveles.

Como lo mencionan (Jiménez et al. 2019), el marco autonómico añade una capa de complejidad y riqueza al sistema. Cada comunidad autónoma ha desarrollado normativas y planes propios de atención a la diversidad, con resultados desiguales según los recursos y la experiencia previa de cada territorio. Por ejemplo, Andalucía cuenta con la Ley 4/2017, que regula los derechos y la atención a las personas con discapacidad en la comunidad, estableciendo medidas específicas en el ámbito educativo; Castilla-La Mancha ha avanzado en la consolidación de un modelo inclusivo mediante el Decreto 85/2018, que regula la inclusión educativa del alumnado en esta región; en la Región de Murcia, el Decreto 359/2009 establece la ordenación de la respuesta educativa al alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo; y en Cataluña, el Decreto 150/2017 regula la atención educativa al alumnado con discapacidad, consolidando el enfoque de inclusión en el sistema autonómico. No obstante, este mosaico normativo ha generado desigualdades territoriales y una fragmentación que sigue siendo objeto de debate y revisión.

No obstante, este desarrollo legislativo, los retos actuales se centran menos en la existencia de un marco normativo avanzado y más en las dificultades cotidianas para convertir la inclusión en una realidad tangible en las aulas. Como se ha mencionado antes, estudios como el de (Rodríguez 2021) destacan que las diferencias en la dotación de recursos, la formación docente insuficiente y las actitudes tradicionales hacia la discapacidad dificultan la puesta en práctica de políticas verdaderamente inclusivas. Además, la persistencia de prácticas segregadoras y la tendencia a respuestas institucionales desiguales, según la comunidad autónoma, perpetúan barreras para la participación plena del alumnado con discapacidad. Así, la cuestión fundamental en España no es tanto la ausencia de leyes, sino la necesidad de transformar la cultura escolar y garantizar mecanismos efectivos de seguimiento, evaluación y mejora continua para que el derecho a la educación inclusiva se ejerza de manera real y equitativa en todo el territorio.

Por su parte, el marco legal colombiano en materia de educación inclusiva ha evolucionado de manera progresiva durante las últimas décadas, reflejando tanto los compromisos internacionales asumidos por el Estado como las demandas históricas de los movimientos sociales y de la sociedad civil por el reconocimiento de la diversidad. La Constitución Política de 1991 establece en su artículo 67 que “la

educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social” y, en el artículo 68, reconoce la obligación del Estado de atender a las personas con limitaciones físicas, sensoriales o psíquicas, estableciendo así una base sólida para el desarrollo de políticas orientadas a la inclusión. A estos pilares se suman el artículo 13, que consagra el derecho a la igualdad y prohíbe la discriminación, y el artículo 47, que impone al Estado el deber de adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social para las personas con discapacidad, a quienes se les debe prestar atención especializada. Estos preceptos constitucionales en conjunto forman la piedra angular sobre la cual se edifica la legislación posterior para la garantía del derecho a la educación de la comunidad sorda en Colombia.

La primera gran pieza normativa es la Ley 115 de 1994, que consagra el principio de atención a la diversidad en el sistema educativo, al establecer que el Estado debe garantizar el acceso y la permanencia de todas las personas en el sistema educativo, reconociendo la existencia de necesidades educativas especiales y disponiendo la organización de servicios de apoyo pedagógico y curricular.

Este principio se concreta en la Ley 361 de 1997, “por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación”, la cual, además de proteger los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, obliga a las instituciones educativas a eliminar barreras físicas y actitudinales, garantizar la accesibilidad y ofrecer los apoyos necesarios para la inclusión.

El Decreto 2082 de 1996, “por el cual se reglamenta la atención educativa para personas con limitaciones o con capacidades o talentos excepcionales”, profundiza en la organización de la atención educativa para la población con necesidades educativas especiales, definiendo los criterios para la matrícula, permanencia y promoción de estudiantes con discapacidad. Este decreto introdujo la importancia de planes de apoyo individualizados y adaptaciones curriculares, prefigurando conceptos que fueron posteriormente formalizados en la legislación colombiana, como el Plan Individual de Ajustes Razonables (PIAR), que se encuentra explícitamente en el Decreto 1421 de 2017.

A partir de la década de los 2000, la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 1346 de 2009) y la adopción de la Ley 1618 de 2013 “por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad” marcan un nuevo paradigma en la garantía de derechos. La Ley 1618 de 2013 en su

artículo 11 reconoce el derecho a la educación inclusiva, señalando que el Estado debe “adoptar medidas de acción afirmativa y ajustes razonables para eliminar barreras en el acceso, permanencia y promoción educativa”, lo cual implica un mandato explícito para transformar el sistema hacia la equidad y la participación plena.

El Decreto 1421 de 2017 reglamenta dicho mandato y constituye hoy la referencia central para la política educativa inclusiva en Colombia. Este decreto define la educación inclusiva como aquella que “reconoce, valora y responde de manera pertinente a la diversidad de características, intereses, posibilidades y expectativas de los estudiantes”, y establece que las instituciones deben garantizar la escolarización en ambientes comunes, asegurar los apoyos y realizar ajustes razonables con base en el PIAR, desarrollando así la noción de “escuela para todos”. Como lo subraya (GARCÍA 2020) existe una brecha significativa entre la proclamación normativa y las prácticas pedagógicas, evidenciando la necesidad de fortalecer la formación docente, la participación de las familias y los recursos institucionales para hacer efectivo el derecho a la inclusión.

A este marco se han sumado normas complementarias, como la Ley 2216 de 2022, que garantiza la atención educativa específica para niños, niñas y adolescentes con trastornos específicos del aprendizaje, ordenando la implementación de apoyos especializados y la adecuación curricular.

De manera complementaria, la normativa nacional ha sido orientada y fortalecida por otros compromisos internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de Salamanca, los cuales han servido de referencia constante para el ajuste de políticas y prácticas hacia un enfoque inclusivo. Así lo subrayan (Beltrán, Martínez, Vargas 2015), quienes destacan que “la política educativa colombiana se ha ajustado progresivamente a los lineamientos internacionales, aunque la aplicación efectiva de estos principios todavía presenta retos significativos en la práctica escolar”.

La legislación colombiana en materia de educación inclusiva ha avanzado notablemente en los últimos treinta años, transitando desde modelos de integración hacia la construcción de un sistema normativo amplio, respaldado tanto en la Constitución como en un cuerpo normativo específico, con reconocimiento y mandato de los tratados internacionales en la materia. No obstante, la brecha entre el marco legal y la realidad cotidiana en las escuelas persiste, planteando desafíos en materia de recursos, formación docente, participación de las familias y eliminación de barreras

estructurales y actitudinales, tal como lo advierte (Quintero 2020) al insistir que “el reto de la educación inclusiva para todos aún está lejos de alcanzarse”.

La comparación entre los marcos legales de la educación inclusiva en Colombia y España muestra similitudes en cuanto a la adaptación formal de los principios internacionales de derechos humanos, pero diferencias relevantes en la interpretación, alcance e implementación práctica de sus políticas.

Ambos países han transitado de modelos de integración a la inclusión, inspirados por instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las directrices de la UNESCO. En España, este cambio se refleja en la evolución de la LISMI de 1982, el Real Decreto 696/1995 y las sucesivas reformas educativas, hasta la LOMLOE de 2020. En Colombia, la Ley 1346 de 2009, la Ley 1618 de 2013 y el Decreto 1421 de 2017 constituyen los principales referentes normativos en la materia.

Un aspecto central en la comparación es la influencia del modelo social de la discapacidad, que ha orientado las reformas en ambos países. Sin embargo, como advierte (Quintero 2020), la transformación real del sistema educativo aún enfrenta resistencias tanto en la gestión escolar como en la cultura docente. En el caso colombiano, (Vásquez 2015) señala que la descentralización y las marcadas desigualdades territoriales dificultan la equidad en la dotación de recursos y en la formación de los docentes. Por su parte, en España, (García 2017) destaca que la diversidad autonómica en la implementación de políticas inclusivas es responsable de los resultados dispares que se observan entre los distintos territorios.

La organización administrativa y financiera del sistema educativo condiciona de forma decisiva la implementación de políticas inclusivas en ambos países. En España, la descentralización educativa confiere a las comunidades autónomas amplias competencias tanto para desarrollar la normativa como para gestionar recursos, adaptar programas y ofrecer apoyos específicos a la diversidad. Este modelo facilita la adecuación de las políticas a las particularidades territoriales, pero también genera desigualdades en la aplicación de la educación inclusiva, ya que la capacidad fiscal, la priorización política y los modelos de gestión varían significativamente entre autonomías (García 2017).

Así, la asignación y disponibilidad de recursos para la atención a la diversidad y la accesibilidad educativa no son homogéneas en todo el país, lo que da lugar a diferencias sustanciales en la dotación de personal especializado, apoyos materiales

y servicios complementarios. Estas desigualdades se reflejan, por ejemplo, en los informes de seguimiento realizados por el propio Ministerio de Educación, Formación Profesional y Deportes y por las consejerías autonómicas, que advierten de la brecha existente entre territorios con mayor inversión y tradición en políticas inclusivas y otros con recursos y estructuras limitadas (García 2017).

En Colombia, el sistema educativo también responde a un esquema descentralizado, en el que las secretarías de educación departamentales y municipales asumen la gestión directa de los servicios educativos. No obstante, tal como analizan (Beltrán et al., 2015), esta descentralización ha puesto en evidencia desigualdades históricas y estructurales, especialmente en regiones rurales y zonas afectadas por el conflicto armado, donde la baja capacidad administrativa, la escasez de recursos y la débil presencia estatal profundizan las barreras de acceso y permanencia educativa. En la misma línea, (Vásquez 2015) señala que la financiación per cápita en estas zonas es considerablemente menor que en los entornos urbanos, lo que dificulta la implementación de adaptaciones curriculares, la contratación de personal de apoyo y la adquisición de materiales accesibles.

Además, investigaciones recientes como la de (Cuesta, Cabra 2021) han documentado el impacto negativo del conflicto armado en la educación rural, evidenciando la destrucción de infraestructuras, el desplazamiento forzado de estudiantes y docentes, la interrupción de clases y el reclutamiento de menores por grupos armados ilegales. Todo ello profundiza la exclusión escolar y la desigualdad territorial, especialmente en las regiones más vulnerables del país. En consecuencia, tanto en Colombia como en España, la realización efectiva del derecho a la educación inclusiva depende no solo del marco normativo, sino de la garantía de recursos materiales, humanos y financieros adecuados y equitativos en todo el territorio.

La participación de las familias es reconocida en ambos marcos legales como elemento fundamental para el éxito de la inclusión. En España, la normativa impulsa la colaboración de las familias en el proceso educativo, pero estudios recientes señalan que la participación efectiva varía según la comunidad autónoma y las características socioeconómicas de las familias (García 2017).

En Colombia, la legislación también promueve la corresponsabilidad de las familias, pero en zonas rurales y contextos afectados por el conflicto armado, la participación familiar se ve limitada por factores estructurales, inseguridad, desplazamiento y escasa confianza en las instituciones escolares (Cuesta, Cabra

2021). Estos factores profundizan las barreras de acceso y permanencia escolar para los estudiantes con discapacidad.

El seguimiento y la evaluación de las políticas inclusivas resultan fundamentales para garantizar su efectividad. En España, la responsabilidad de establecer directrices y políticas generales en materia de inclusión recae en el Ministerio de Educación, Formación Profesional y Deportes, en coordinación con las consejerías autonómicas. El control y la supervisión del cumplimiento normativo se realiza a través de mecanismos como los informes periódicos, la inspección educativa y la evaluación de resultados, permitiendo identificar avances, retos y desigualdades entre territorios (García 2017).

En Colombia, el Ministerio de Educación Nacional establece lineamientos y sistemas de información para el seguimiento de la inclusión, aunque la dispersión de datos y la limitada capacidad institucional en muchas regiones dificultan la evaluación sistemática de los avances y obstáculos, especialmente en territorios rurales o afectados por el conflicto (Beltrán et al., 2015).

Finalmente, la forma en que cada país conceptualiza la discapacidad y la diversidad influye en el alcance de las políticas inclusivas. Tal como lo explica (Rodríguez 2021), en España, la evolución legislativa ha transitado desde un enfoque asistencialista y médico hacia un reconocimiento legal del modelo social, definiendo la discapacidad como resultado de la interacción entre la persona y las barreras del entorno.

En Colombia, la normativa reciente adopta también el modelo social, pero, como lo explica (Vásquez 2015), en la práctica persisten concepciones mixtas y cierta tendencia a enfoques asistenciales en el nivel local. La progresiva armonización conceptual ha permitido ampliar los sujetos de derecho, pero el reto está en garantizar que la diversidad sea reconocida como valor estructurante del sistema educativo.

En síntesis, tanto Colombia como España han logrado avances normativos relevantes, pero el desafío principal sigue siendo convertir los principios legales en prácticas escolares efectivas y sostenibles. El análisis evidencia la necesidad de fortalecer la implementación, dotar de recursos adecuados y promover la transformación de la cultura institucional para hacer realidad el derecho a la educación inclusiva.

1.2.2. Políticas públicas y normativa específica sobre la educación de personas sordas en Colombia y España

La configuración de políticas públicas y normativas orientadas a la garantía del derecho a la educación de las personas sordas ha representado uno de los desafíos más complejos y transformadores tanto para Colombia como para España. Ambos países, a pesar de las diferencias contextuales, han transitado desde enfoques clínicos y asistencialistas hacia modelos más integradores, fundamentados en los derechos humanos, el reconocimiento de la diversidad lingüística y la participación activa de las comunidades sordas en los procesos de toma de decisiones. Este apartado realiza un análisis exhaustivo y comparativo del desarrollo histórico, los marcos normativos y las principales políticas públicas implementadas en ambos países, identificando avances, retos persistentes y tendencias emergentes que configuran el horizonte de la educación inclusiva para la comunidad sorda.

La trayectoria de la educación para personas sordas en Colombia refleja una progresiva transformación desde modelos medicalizadores hacia paradigmas basados en los derechos humanos y el reconocimiento de la diversidad lingüística y cultural. (Vélez, et al., 2020) explican que este tránsito histórico se puede comprender a partir de tres grandes momentos: el de la educación especial, la integración escolar y la educación inclusiva. Durante buena parte del siglo XX, la educación para la población sorda estuvo marcada por el predominio del modelo oralista, que concebía la sordera principalmente como una deficiencia a ser corregida y centraba la acción educativa en la rehabilitación auditiva y la enseñanza de la lengua oral. Bajo este enfoque, las personas sordas fueron relegadas mayoritariamente a instituciones segregadas y, en muchos casos, bajo la tutela de entidades de beneficencia o religiosas, lo que profundizó su exclusión y la invisibilización de sus identidades lingüísticas y culturales.

Sin embargo, a partir de la década de 1980, el escenario colombiano comenzó a transformarse, en parte debido al influjo de las tendencias internacionales y a la creciente agencia política de la comunidad sorda organizada. En este contexto, el Estado colombiano, influido también por la ratificación de instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, inicia la construcción de un marco normativo orientado al reconocimiento de la comunidad sorda como minoría lingüística y cultural. Así, la promulgación de la Ley 324 de 1996 supuso un hito fundamental, al reconocer por primera vez la Lengua de Señas

Colombiana como la lengua natural de la comunidad sorda y establecer la obligación estatal de promover su uso y enseñanza en todos los niveles educativos. Esta ley, además de garantizar la presencia de intérpretes en LSC en los servicios públicos, sentó las bases para la elaboración de políticas educativas bilingües que consideran a la LSC como primera lengua y al español escrito como segunda lengua (Vélez, et al., 2020).

El desarrollo legislativo continuó con la Ley 982 de 2005, que profundizó el enfoque de derechos al ordenar el diseño de currículos y materiales educativos en LSC y establecer la educación bilingüe-bicultural como modelo preferente para la población sorda en el país. Esta ley también estableció la obligación de formar a docentes competentes en LSC y garantizó el acceso de los estudiantes sordos a todos los niveles del sistema educativo, impulsando la eliminación de barreras físicas, comunicativas y actitudinales. Posteriormente, la Ley 2049 de 2020 reforzó este marco legal, al crear el Consejo Nacional de Planeación Lingüística de la Lengua de Señas Colombiana; establecer lineamientos para fortalecer la atención educativa, enfatizando la formación y actualización permanente de intérpretes y guías-intérpretes; incluir la LSC en el currículo nacional y la garantizar recursos para la producción de materiales educativos accesibles. Esta ley también promueve la investigación sobre la LSC y fomenta la participación de la comunidad sorda en los procesos de toma de decisiones educativas.

A este desarrollo legislativo se suma el decreto 366 de 2009 que define directrices para la prestación del servicio educativo a estudiantes con discapacidad auditiva (sordos y sordociegos). Según (Correa 2023), estas normativas enfatizan los principios de progresividad y no reversibilidad de los derechos alcanzados, y regulan el modelo de apoyos y ajustes razonables, consolidando así un marco institucional que reconoce la educación inclusiva como un proceso en permanente avance y con garantía de no retroceso.

En la aplicación de estas normas, el Ministerio de Educación Nacional y entidades como el Instituto Nacional para Sordos han desempeñado un papel fundamental. El INSOR, en particular, se ha consolidado como organismo especializado en la producción de materiales didácticos en LSC, la formación de docentes y la promoción del modelo bilingüe-bicultural, validando proyectos educativos interculturales y facilitando la integración de intérpretes de LSC en las aulas regulares (Medina 2005). Al mismo tiempo, organizaciones de base como la



Federación Nacional de Sordos de Colombia (FENASCOL) han incidido activamente en la construcción y evaluación de políticas públicas, aportando la voz de la comunidad sorda en los procesos de diseño y supervisión de la política educativa nacional.

Las políticas públicas derivadas de este marco normativo se han orientado hacia la promoción de la educación inclusiva y bilingüe-bicultural. Ejemplo de ello es la implementación de proyectos para la integración de estudiantes sordos en instituciones educativas regulares, la producción de recursos tecnológicos accesibles, la capacitación docente en LSC y didáctica específica, y la investigación sobre estrategias de apropiación de la lectura y la escritura en contextos bilingües, tal como lo explica (HAEL 2018). Sin embargo, aún subsisten prácticas educativas que, a pesar de la normativa vigente, continúan privilegiando el paradigma oralista en detrimento del enfoque bilingüe-bicultural reconocido por la ley.

Este recorrido evidencia que el marco legal colombiano ha evolucionado sustancialmente hacia el reconocimiento y protección de los derechos lingüísticos y educativos de la comunidad sorda, a pesar de los obstáculos que aún persisten en su implementación total y efectiva.

En el caso español, la educación de las personas sordas ha transitado por un proceso igualmente complejo, caracterizado por una progresiva ampliación de derechos y por una adaptación paulatina del sistema educativo a las demandas de la comunidad sorda y los estándares internacionales en materia de inclusión. Si bien la historia de la educación de personas sordas en España puede rastrearse desde el siglo XVI con las primeras experiencias de enseñanza en monasterios y el posterior desarrollo de métodos orales y gestuales, el reconocimiento jurídico y político de los derechos lingüísticos y educativos de la comunidad sorda se consolida, fundamentalmente, en el periodo contemporáneo (Alcina 2022).

Durante los siglos XIX y XX, la atención educativa de la población sorda en España se estructuró en torno a instituciones especializadas, como el Colegio de Sordomudos de Madrid y otros centros creados al amparo de la Ley Moyano de 1857. Estas instituciones adoptaron, durante décadas, el modelo oralista como paradigma dominante, priorizando la enseñanza de la lengua oral y relegando la lengua de signos a un lugar marginal o incluso prohibiéndola en el contexto escolar. (Alcina 2022) explica que dicho modelo reflejaba las representaciones sociales y políticas de la

época, que entendían la sordera como una deficiencia a corregir más que como una diferencia lingüística o cultural.

El avance más sustancial en materia de derechos lingüísticos y educativos para la comunidad sorda se produce a partir de la promulgación de la Ley 27/2007, que reconoce oficialmente la lengua de signos española y la lengua de signos catalana como lenguas de pleno derecho dentro del territorio nacional. Esta ley marca un antes y un después al establecer la obligación de las administraciones educativas de garantizar el acceso, uso y aprendizaje de la lengua de signos en todos los niveles del sistema educativo, así como la presencia de intérpretes y el desarrollo de materiales educativos accesibles. Además, esta ley impulsa la formación de docentes en lengua de signos y promueve la sensibilización social respecto a la cultura sorda, reconociendo a la comunidad sorda como una minoría lingüística con derechos específicos.

El desarrollo normativo posterior ha profundizado este enfoque. El Real Decreto 831/2014 regula el título de Técnico Superior en Mediación Comunicativa y establece las enseñanzas mínimas para la formación de profesionales intérpretes de lengua de signos y mediadores comunicativos, lo que resulta fundamental para garantizar servicios de apoyo comunicativo en el ámbito educativo y social. Por su parte, el Real Decreto 674/2023 regula las condiciones de utilización de la lengua de signos española y de los medios de apoyo a la comunicación oral para las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, estableciendo obligaciones específicas para garantizar la accesibilidad, la presencia de intérpretes y los recursos necesarios en los centros educativos.

En paralelo al desarrollo legal, la acción de la Confederación Estatal de Personas Sordas (CNSE) ha sido decisiva para el diseño y supervisión de políticas públicas orientadas a la inclusión educativa y social de las personas sordas. La CNSE ha promovido la creación de materiales didácticos en lengua de signos, la formación de profesorado y la incorporación de adultos sordos como referentes y formadores dentro del sistema educativo.

El modelo bilingüe-bicultural ha ido ganando espacio en la política educativa española, aunque no sin resistencias ni disparidades territoriales. Si bien la Ley 27/2007 establece un marco para el uso y aprendizaje de la lengua de signos, su implementación ha dependido en gran medida de la capacidad de gestión de las comunidades autónomas. Estudios como el de (Muñoz et al. 2011) muestran que, en

algunas regiones, como Cataluña y Madrid, se han consolidado experiencias educativas bilingües en las que la lengua de signos se reconoce no solo como instrumento de acceso al currículo, sino como componente esencial de la identidad y la cultura sorda.

En síntesis, la política pública española en materia de educación para personas sordas ha transitado hacia la consolidación de un marco legal y programático que reconoce la lengua de signos y la identidad sorda, y que promueve la inclusión desde una perspectiva de derechos. No obstante, la efectividad de estas políticas continúa dependiendo de la coordinación interinstitucional y la capacidad de adaptación de los sistemas educativos autonómicos, así como de la participación activa de la comunidad sorda en la definición y supervisión de las estrategias implementadas.

El análisis comparado de las políticas públicas y el marco normativo sobre la educación de personas sordas en Colombia y España permite advertir tanto convergencias como diferencias significativas, resultado de trayectorias históricas, realidades institucionales y marcos culturales propios. Si bien ambos países han transitado desde enfoques médicos y asistencialistas hacia modelos que reconocen la diversidad lingüística y cultural, la manera en que estos cambios se han materializado y los desafíos actuales presentan matices propios.

En primer lugar, resulta evidente que tanto Colombia como España han incorporado de manera progresiva el reconocimiento de la lengua de señas/signos como pilar fundamental para la garantía del derecho a la educación de la comunidad sorda. En ambos contextos, la promulgación de leyes específicas, como la Ley 324 de 1996 y la Ley 982 de 2005 en Colombia, y la Ley 27/2007 en España, ha representado un punto de partida en la transición desde una concepción de la sordera como deficiencia a una visión que la entiende como una diferencia lingüística y cultural. Estas normativas han impulsado el desarrollo de políticas educativas orientadas al modelo bilingüe-bicultural, reconociendo la LSC en Colombia y la LSE en España, como lengua natural y legítima de la comunidad sorda y estableciendo el derecho a recibir educación en dicha lengua, así como a contar con servicios de interpretación y materiales accesibles (Alcina 2022; Medina 2005).

No obstante, como lo exponen de (Muñoz et al. 2011) la implementación efectiva de este marco legal ha estado condicionada en ambos países por la capacidad de las instituciones educativas para traducir los principios normativos en prácticas pedagógicas inclusivas. Tanto en Colombia como en España, persisten

obstáculos relacionados con la disponibilidad y formación de docentes competentes en lengua de señas, la producción y distribución de materiales didácticos adaptados, y la profesionalización de los intérpretes. Además, la heterogeneidad territorial en la aplicación de las políticas públicas es un reto compartido, ya que la descentralización administrativa y la autonomía de las entidades subnacionales –comunidades autónomas en España, y departamentos y municipios en Colombia– ha generado importantes desigualdades en el acceso efectivo a la educación bilingüe.

En Colombia, a pesar de la robustez del marco legal y la existencia de instituciones especializadas como el INSOR, la brecha entre la normativa y la práctica sigue siendo considerable. Factores como la falta de recursos materiales y humanos, la escasez de docentes formados en LSC y en didáctica bilingüe, la débil implementación de políticas en territorios apartados y la persistencia de actitudes capacitistas limitan la plena realización del derecho a la educación inclusiva. Además, la participación de la comunidad sorda en los procesos de toma de decisiones, aunque reconocida formalmente, enfrenta obstáculos estructurales que dificultan su incidencia efectiva (Correa 2023).

Otro elemento común es la tensión persistente entre enfoques oralistas y bilingües, que, si bien ha disminuido en las últimas décadas, todavía influye en la orientación de las políticas y en la práctica escolar cotidiana. En ambos países, estudios como el de (Hael 2018) muestran que la continuidad del modelo oralista se asocia, en parte, con la influencia de paradigmas médicos y la resistencia de algunos sectores profesionales y familiares a asumir la lengua de señas como primer idioma y la cultura sorda como un valor positivo. Este fenómeno se traduce en prácticas educativas que no siempre reconocen la centralidad de la lengua de señas, limitando las oportunidades de desarrollo académico y social para la niñez y juventud sorda.

En términos de institucionalidad y participación comunitaria, tanto Colombia como España han avanzado en la consolidación de organizaciones de personas sordas con capacidad de incidencia política, como FENASCOL y CNSE, respectivamente. Estas entidades han desempeñado un rol clave en la formulación, seguimiento y evaluación de las políticas públicas, así como en la generación de conocimiento y materiales culturales y educativos. Sin embargo, la participación real y efectiva de las personas sordas en la toma de decisiones aún enfrenta barreras de diversa índole, incluyendo la burocratización de los procesos y la falta de mecanismos estables de consulta y corresponsabilidad.

A pesar de los desafíos señalados, cabe destacar tendencia hacia la profesionalización de la interpretación en lengua de señas, la incorporación sistemática de la lengua de señas en los planes de estudio, la sensibilización y formación del profesorado, y el impulso a la investigación sobre didácticas específicas para contextos bilingües. Tanto en Colombia como en España, las experiencias exitosas muestran la importancia de un enfoque territorializado y flexible, que tenga en cuenta las particularidades culturales, lingüísticas y sociales de cada comunidad, y que promueva la corresponsabilidad entre los diferentes niveles de gobierno, las instituciones educativas y las organizaciones de la sociedad civil.

Finalmente, la comparación revela que, si bien ambos países han avanzado en la construcción de marcos legales y programáticos robustos, el principal desafío sigue siendo la brecha entre la norma y la realidad. La consolidación de políticas públicas efectivas requiere no solo de contar con los recursos suficientes, sino también de una transformación cultural que reconozca y valore la diferencia lingüística y cultural de la comunidad sorda, y que promueva su participación activa en todos los ámbitos del sistema educativo. Solo así será posible garantizar una educación verdaderamente inclusiva y equitativa, capaz de responder a los retos del siglo XXI y a las legítimas aspiraciones de la comunidad sorda en Colombia y España.

1.2.3. Mecanismos de protección del derecho a la educación de las personas sordas en Colombia y España

El acceso y ejercicio del derecho a la educación por parte de las personas sordas exige no solo el reconocimiento normativo, sino también la existencia y efectividad de mecanismos de protección capaces de garantizar el goce real y no discriminatorio de este derecho fundamental. En Colombia y España, dichos mecanismos configuran sistemas complejos que articula vías administrativas, judiciales e internacionales, cada una con fundamento en su respectiva constitución política y el desarrollo legislativo e institucional posterior. El análisis de estos instrumentos, su alcance, limitaciones y aplicación práctica, permite comprender no solo su potencial transformador, sino también los retos persistentes en la protección de los derechos educativos de las personas sordas.

La protección del derecho a la educación de las personas sordas en Colombia se basa en un conjunto de mecanismos consagrados tanto en la Constitución Política de 1991 como en el desarrollo normativo subsiguiente.

El primer mecanismo de protección se sitúa en el ámbito administrativo y es el derecho de petición, consagrado en el artículo 23 de la Constitución. Según explican (Cifuentes 2014), este instrumento permite a cualquier persona solicitar a las autoridades educativas información, adopción de medidas específicas, o la eliminación de obstáculos en el acceso y permanencia en el sistema educativo. El derecho de petición no solo actúa como puerta de entrada al sistema de protección de derechos, sino que además genera la obligación constitucional y legal de responder de manera motivada y oportuna, según lo dispuesto también por la Ley 1755 de 2015 “por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición”. Su uso es fundamental tanto para documentar vulneraciones como para evidenciar la respuesta institucional.

En caso de que la respuesta administrativa resulte insatisfactoria, el siguiente nivel de protección lo constituyen las entidades de control y vigilancia, como la Personería municipal y la Defensoría del Pueblo. De acuerdo con (Cifuentes 2014), estos organismos, previstos en los artículos 118 y 277 de la Constitución, pueden intervenir mediante acciones de mediación, asesoría y acompañamiento, además de ejercer vigilancia sobre la conducta de los servidores públicos y promover la protección de los derechos fundamentales. Su intervención puede facilitar soluciones extrajudiciales y prevenir la prolongación de conflictos, aunque no tienen poder vinculante sobre las decisiones administrativas.

Si la vulneración persiste, se activa el mecanismo judicial central en el sistema colombiano: la acción de tutela, reconocida en el artículo 86 de la Constitución. Como lo expone (Hurtado 2021), la tutela constituye un proceso expedito, informal y gratuito que permite a cualquier persona reclamar ante un juez la protección inmediata de sus derechos fundamentales frente a acciones u omisiones de autoridades públicas o particulares en determinadas circunstancias. La tutela ha sido reconocida como el pilar de la protección judicial efectiva, particularmente en materia de educación inclusiva y acceso a ajustes razonables para personas sordas, pues su naturaleza sumaria posibilita una respuesta rápida a situaciones que ponen en riesgo la igualdad real y la dignidad humana, entendida esta, según afirma el profesor Miranda Gonçalves como “un valor inviolable, inherente e intangible de la persona, incluso considerada en varios ordenamientos jurídicos -no en el español-, como un derecho fundamental” (Miranda, 2019). Las sentencias de tutela son de cumplimiento inmediato y, si no se cumplen, el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 permite iniciar un incidente de desacato para

sancionar el incumplimiento y asegurar la materialización del derecho, como destacan (Quintero, Navarro, Meza 2011).

El sistema prevé también la apelación de la decisión de tutela ante un juez de segunda instancia, asegurando una doble revisión judicial y fortaleciendo las garantías de protección, tal como indica (Hurtado 2021). El artículo 241 de la Constitución indica que, de manera excepcional, la Corte Constitucional puede seleccionar para revisión tutelas con relevancia constitucional, dictando sentencias que han marcado hitos en la jurisprudencia sobre educación inclusiva y derechos de personas sordas. En palabras de (Quintero et al. 2011), la Corte ha utilizado incluso la figura del “estado de cosas inconstitucional” para abordar vulneraciones estructurales y masivas, ordenando la adopción de medidas correctivas a gran escala.

Una vez agotados todos los recursos internos, la Constitución colombiana, en su artículo 93, reconoce el principio del bloque de constitucionalidad, dando rango supralegal a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. En virtud de este precepto y conforme a (Parra 2012), las personas sordas pueden acudir a instancias internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o los comités especializados de la ONU (por ejemplo, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), siempre que se demuestre la ineficacia o el agotamiento de los mecanismos nacionales.

Adicionalmente, el control abstracto de constitucionalidad mediante la acción pública de inconstitucionalidad, permite a cualquier ciudadano cuestionar la conformidad de las leyes con la Constitución. Aunque este mecanismo no responde directamente a la protección individual inmediata, sus efectos pueden ser transformadores para el marco normativo que regula el derecho a la educación de las personas sordas, como se ilustrará en el apartado jurisprudencial.

No obstante, la solidez del marco normativo, subsisten desafíos estructurales para la efectividad de estos mecanismos, incluyendo barreras de acceso a la información, desconocimiento de los procedimientos y limitaciones en la respuesta administrativa, lo que exige un enfoque proactivo en la difusión y fortalecimiento de las rutas de protección existentes.

En el caso español, la protección del derecho a la educación de las personas sordas se sustenta en el marco constitucional y una estructura normativa que articula recursos administrativos, judiciales y de supervisión independiente.

El primer mecanismo de protección se ubica en la vía administrativa, a través de la reclamación ante el propio centro educativo y, si es necesario, ante la Consejería de Educación de la comunidad autónoma. Como señala (García 2021), estos procedimientos permiten exigir la provisión de ajustes razonables, recursos de apoyo y la eliminación de barreras en el acceso o permanencia en el sistema educativo. La falta de respuesta o la denegación pueden impugnarse mediante el recurso de alzada ante la autoridad superior de la Consejería, de conformidad con la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común.

En paralelo o posteriormente, según el artículo 54 de la Constitución Española (CE), es posible acudir al Defensor del Pueblo, quien, como explica el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad “CERMI”, en su informe del 2018, puede investigar actuaciones administrativas, formular recomendaciones y ejercer presión institucional para la protección de los derechos educativos de las personas sordas, aunque sus resoluciones no sean vinculantes. La presencia del Defensor del Pueblo ofrece un canal accesible y ágil para casos de vulneración sistemática o falta de respuesta administrativa, y complementa la protección judicial.

Cuando se agotan los recursos administrativos, el interesado puede recurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa, tal como lo establece el artículo 24 de la CE y de acuerdo con la Ley 29/1998, solicitando la revisión judicial de la actuación administrativa y la adopción de medidas de inclusión. En palabras del (CERMI 2018), las decisiones de los tribunales ordinarios han desempeñado un papel fundamental en la consolidación del derecho a la educación inclusiva, obligando a la administración a justificar de forma exhaustiva cualquier restricción al acceso a la escuela ordinaria.

En caso de que la respuesta judicial ordinaria no restablezca adecuadamente el derecho, es posible interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, conforme a lo previsto en los artículos 53 y 161 de la CE y regulado por la Ley Orgánica 2/1979. Este mecanismo está reservado para la protección de los derechos fundamentales cuando no exista otro recurso judicial efectivo. Según el análisis del (CERMI 2018), el recurso de amparo ha contribuido a la construcción de una sólida jurisprudencia en materia de igualdad y educación inclusiva para personas sordas.

El agotamiento de la vía interna habilita la intervención de mecanismos internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en virtud de lo establecido en el artículo 10.2 de la Constitución Española y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, o de los comités especializados de Naciones Unidas, a los

que puede acudir para denunciar la vulneración de derechos fundamentales, conforme a lo dispuesto en los tratados internacionales ratificados por España (García 2021).

Un elemento relevante en el caso español es la función del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad: CERMI, designado como mecanismo independiente de seguimiento de la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Como resalta el (CERMI 2018), su intervención es transversal y abarca desde el acompañamiento individual hasta la incidencia estructural y la promoción de reformas legales.

Por último y similar al caso colombiano, el recurso de inconstitucionalidad, regulado en los artículos 161 y 162 de la CE, aunque limitado a determinados órganos y no disponible para los ciudadanos a título individual, ha desempeñado un papel relevante en el control abstracto de normas con impacto en la educación inclusiva. Este mecanismo ha generado jurisprudencia de alcance general que incide en la protección estructural de los derechos de las personas sordas, como se abordará en la sección de jurisprudencia relevante.

En conjunto, el sistema español de protección del derecho a la educación de las personas sordas se apoya en un marco normativo e institucional que integra distintos niveles de actuación, desde lo administrativo hasta lo internacional. Esta configuración permite abordar la defensa de derechos tanto en casos individuales como en cuestiones estructurales, y será examinada más detalladamente en el análisis jurisprudencial a continuación.

1.2.4. Jurisprudencia relevante en Colombia y España

El reconocimiento formal del derecho a la educación inclusiva debe estar acompañado de garantías efectivas para su protección, exigibilidad y reparación en caso de vulneración. En este contexto, la jurisprudencia adquiere un valor central como mecanismo que no solo interpreta y desarrolla el contenido de este derecho, sino que también visibiliza las barreras persistentes en su realización.

A través del análisis de sentencias relevantes en Colombia, España y tribunales internacionales, este apartado busca identificar los criterios jurisprudenciales que han marcado pauta en la protección del derecho a la educación de personas sordas, así como los límites y desafíos que aún enfrenta su implementación. Se trata de decisiones que, si bien responden a casos concretos, ofrecen claves interpretativas

de alcance estructural para comprender cómo el sistema jurídico responde (o no) a las demandas de inclusión real y no discriminación.

Una de las decisiones relevantes de la Corte Constitucional colombiana en relación con los derechos lingüísticos de las personas sordas fue la Sentencia C-128/02, mediante la cual se resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra varias disposiciones de la Ley 324 de 1996. Esta ley establecía como obligatorio que los programas educativos para personas sordas se impartieran en lengua de señas colombiana (LSC), sin prever alternativas para quienes optaran por otros modelos de comunicación, como la oralidad. La Corte declaró la exequibilidad condicionada de las normas, precisando que su aplicación debía entenderse de forma no excluyente ni impositiva. En este sentido, la promoción de la lengua de señas por parte del Estado podía ser legítima como herramienta de inclusión, siempre que no implicara la imposición de un único modelo comunicativo, ni la restricción de libertades fundamentales.

El tribunal consideró que una interpretación estricta de la norma podía vulnerar el derecho a la educación (art. 67 CP), el derecho a la igualdad (art. 13 CP) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 CP), al limitar la posibilidad de elección lingüística de las personas sordas y sus familias. Esta decisión reviste especial importancia ya que reafirma el derecho a la libertad lingüística como componente sustancial del derecho a la educación, reconociendo la diversidad comunicativa al interior de la comunidad sorda; y advierte sobre el riesgo de que medidas bien intencionadas, como la estandarización del modelo educativo, puedan derivar en formas de discriminación estructural.

Al establecer un criterio de proporcionalidad y razonabilidad, la Corte rechazó un enfoque uniforme de la inclusión, y apostó por una lógica de ajustes individualizados, que tenga en cuenta la elección informada de la persona sorda y/o su núcleo familiar.

En suma, la sentencia sentó un precedente jurisprudencial en torno a la tensión entre la protección de la lengua de señas como derecho cultural y lingüístico colectivo, y la garantía del derecho individual a escoger el modelo comunicativo más adecuado a cada caso particular, lo que resulta central en la construcción de una educación verdaderamente inclusiva.

Otra decisión clave en la evolución del tratamiento constitucional del derecho a la educación de las personas sordas en Colombia es la Sentencia C-605 de 2012,

mediante la cual la Corte Constitucional se pronunció sobre una demanda de inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley 982 de 2005, orientada a la equiparación de oportunidades para personas sordas y sordociegas. Aunque la finalidad general de la ley era inclusiva, el análisis de la Corte se centró en posibles omisiones e imprecisiones que podían tener un efecto excluyente, especialmente frente al derecho a la igualdad (art. 13 CP), el derecho a la educación (art. 67 CP) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 CP).

Uno de los aspectos más relevantes del fallo fue la crítica a la utilización normativa del término “señante”, empleado para referirse exclusivamente a las personas sordas usuarias de lengua de señas. La Corte advirtió que dicha expresión, al ser incorporada como criterio definitorio de acceso a derechos y servicios, implicaba un trato diferenciado injustificado respecto de otras personas sordas que emplean modelos comunicativos distintos.

El análisis del concepto “señante” permitió a la Corte profundizar en la dimensión lingüístico-identitaria de los derechos de las personas sordas, destacando que el reconocimiento de la lengua de señas no puede derivar en la exclusión de quienes no se identifican con esa práctica comunicativa. En consecuencia, el fallo reafirmó que el diseño legal de políticas inclusivas debe evitar generar nuevas formas de estigmatización o segmentación interna, especialmente cuando estas se fundan en una comprensión reduccionista de la diversidad comunicativa. En palabras de la Corte, el uso de la lengua no puede ser impuesto ni erigido como única vía de acceso a la ciudadanía o a la educación, y cualquier preferencia lingüística debe ser libre, informada y respetada.

Además, la Corte reafirmó que el acceso a un lenguaje —en cualquiera de sus formas— es condición indispensable para el ejercicio de otros derechos fundamentales, como la educación, la participación social y la autonomía personal. Desde esta perspectiva, el lenguaje no puede ser utilizado como criterio de diferenciación que limite el acceso a oportunidades o servicios, especialmente en contextos educativos. Esta interpretación se alinea con los estándares establecidos por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que exige a los Estados adoptar medidas concretas para garantizar la accesibilidad comunicativa y la provisión de ajustes razonables. Así, la sentencia no solo cuestiona el uso excluyente del término “señante”, sino que también subraya la obligación estatal

de construir entornos educativos donde todas las formas legítimas de comunicación sean reconocidas y respetadas.

La Sentencia T-085 de 2023 constituye un ejemplo paradigmático del alcance y los límites de la educación inclusiva en la práctica cotidiana de las instituciones educativas en Colombia. En este caso, la Corte Constitucional resolvió la acción de tutela interpuesta por la madre de un menor de cinco años diagnosticado con síndrome de Landau Kleffner, una condición neurológica que compromete severamente el desarrollo del lenguaje expresivo y comprensivo. Como medida de apoyo, el niño fue asignado a una sala multigrado donde aprendería LSC dentro de una institución educativa pública, junto con otros estudiantes con necesidades educativas especiales.

A pesar de la existencia de dicho programa, el niño y el resto del grupo fueron sistemáticamente excluidos de las actividades extracurriculares y espacios comunes ofrecidos al conjunto del estudiantado. Esta exclusión limitaba su derecho a participar plenamente del entorno educativo, afectando de manera particular sus procesos de socialización, integración y desarrollo personal. En su análisis, la Corte concluyó que esta situación constituía una vulneración de los derechos fundamentales a la educación (art. 67 CP), a la igualdad (art. 13 CP) y al desarrollo armónico e integral de la niñez (art. 44 CP). Además, la Corte reconoció que el trato diferenciado que implicaba esta omisión configuraba una forma de discriminación indirecta por motivos de discapacidad, incompatible con los principios de inclusión y dignidad humana.

En este contexto, el tribunal reiteró que el cumplimiento formal de una política de inclusión no exonera al Estado ni a las instituciones educativas de su deber de garantizar ajustes razonables que aseguren la participación efectiva de todos los estudiantes. La exclusión de actividades extracurriculares, ya sea por falta de accesibilidad o de acompañamiento pedagógico, constituye una barrera estructural que afecta la esencia misma del derecho a la educación, entendido como un proceso integral y no meramente instructivo. Así mismo, la Corte subrayó que la corresponsabilidad entre el plantel educativo y la familia no puede implicar la delegación de funciones que son responsabilidad institucional.

En consecuencia, la sentencia ordenó al establecimiento educativo adoptar las medidas necesarias para garantizar la participación del menor y sus compañeros en iguales o similares condiciones, en todos los espacios escolares, en condiciones de igualdad. Esta decisión reafirma el estándar constitucional según el cual la educación inclusiva implica transformar el entorno educativo para eliminar las barreras que

impiden el ejercicio pleno del derecho a la educación por parte de estudiantes con discapacidad, incluyendo aquellos con alteraciones en el lenguaje. Así, el fallo consolida el principio de inclusión como eje transversal de la política educativa, en línea con los compromisos internacionales asumidos por Colombia en materia de derechos de las personas con discapacidad.

Una decisión de especial trascendencia en el contexto jurídico español fue la emitida por el Tribunal Constitucional mediante la STC 34/23, al resolver la acción de inconstitucionalidad presentada contra varios artículos de la Ley Orgánica 3/2020 (LOMLOE), que reformó el sistema educativo con una orientación clara hacia la inclusión. El recurso fue interpuesto por cincuenta y dos diputados del Grupo Parlamentario Vox, quienes alegaron que la reforma vulneraba varios preceptos de la Constitución Española, en particular: el artículo 27.1, sobre el derecho a la educación; el artículo 27.3, relativo a la libertad de los padres para escoger la educación de sus hijos; el artículo 10.1, sobre la dignidad humana; y el artículo 14, que prohíbe toda forma de discriminación.

La principal objeción de los demandantes radicaba en la eliminación progresiva del modelo de educación especial como vía diferenciada, interpretándola como una restricción ilegítima a la libertad de elección de centro y como una amenaza al derecho de los menores con discapacidad a recibir una atención adecuada. El Tribunal, sin embargo, desestimó todos los cargos, señalando que la LOMLOE no suprime el derecho a la educación especial, sino que redefine su papel dentro de un sistema educativo más inclusivo, en consonancia con los principios constitucionales y los compromisos internacionales del Estado español.

El fallo sostuvo que los artículos impugnados no limitan la libertad de elección, sino que orientan progresivamente al sistema hacia la integración de todo el alumnado en entornos ordinarios, asegurando la provisión de los apoyos necesarios. En ese sentido, la sentencia se apoya expresamente en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en particular en su artículo 24, que obliga a los Estados a garantizar una educación inclusiva a todos los niveles. Por tanto, concluye que la normativa es constitucional, y que el tránsito hacia un modelo inclusivo no solo es legítimo, sino también obligatorio desde el punto de vista de los derechos humanos.

Si bien esta decisión no se refiere de manera específica a la comunidad sorda, resulta plenamente aplicable al análisis del derecho a la educación de las personas sordas en tanto grupo históricamente afectado por modelos educativos

segregacionistas. La sentencia consolida la idea de que la diferencia, sea lingüística, sensorial o cognitiva, no debe ser motivo para la separación sistemática del alumnado, sino un llamado a adaptar el entorno educativo mediante ajustes razonables, medidas de accesibilidad y recursos específicos que garanticen el aprendizaje en condiciones de igualdad.

Además, el fallo representa una afirmación del principio de inclusión como mandato constitucional, reafirmando que los poderes públicos deben avanzar hacia un sistema que valore la diversidad como elemento constitutivo del derecho a la educación. Desde esta perspectiva, la STC 34/23 proporciona respaldo normativo al derecho de las personas sordas a ser educadas en entornos comunes con el resto del alumnado, recibiendo el acompañamiento necesario para ejercer plenamente su derecho a aprender, expresarse y participar.

Un precedente de gran relevancia en la consolidación del derecho a la educación inclusiva en España es la Sentencia 861/2019 del Tribunal Supremo, emitida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo. El caso se originó a partir del recurso presentado por la familia de un menor con discapacidad, luego de que la administración educativa rechazara su solicitud de escolarización en un centro ordinario con jornada continua, que permitía compatibilizar la asistencia escolar con las terapias médicas necesarias para su desarrollo. En su lugar, las autoridades asignaron al niño un centro con jornada partida, sin evaluar adecuadamente las implicaciones que ello tendría sobre su salud, su rutina de tratamiento y su bienestar general.

El Tribunal Supremo determinó que esta decisión administrativa vulneró el derecho a la educación (art. 27 CE) y el derecho a la igualdad (art. 14 CE) del menor, al no haberse aplicado el principio de ajustes razonables, exigido tanto por la legislación interna como por los estándares internacionales en materia de discapacidad. La Corte subrayó que las autoridades deben realizar una valoración individualizada de las circunstancias de cada caso, considerando no solo los aspectos médicos, sino también las condiciones sociales y familiares que afectan el ejercicio efectivo del derecho a la educación. Además, enfatizó que la inclusión educativa no puede reducirse a la simple inserción física en el sistema ordinario, sino que exige transformaciones reales en las condiciones pedagógicas y organizativas para garantizar una participación plena y en igualdad de condiciones.

Esta sentencia demuestra la necesidad de ofrecer apoyos específicos, que en el caso de la comunidad sorda pueden manifestarse en forma de intérpretes, materiales accesibles, rutinas o metodologías adaptadas al estilo de vida y necesidades de cada alumno. La sentencia refuerza el principio de que la inclusión no puede depender de soluciones estandarizadas, sino que requiere una respuesta institucional sensible y comprometida con la diversidad funcional y comunicativa del alumnado.

Esta necesidad de respuestas individualizadas también se refleja en situaciones no judicializadas, como la documentada por el informe del (CERMI 2018) en relación con un niño sordo en Ponferrada, quien fue obligado durante dos años a asistir parcialmente a un centro de educación especial, pese a la oposición de su familia y su deseo de permanecer en el instituto ordinario. Solo tras la intervención de la CNSE y otras organizaciones, se garantizó su escolarización completa en el entorno inclusivo, con intérprete de lengua de signos durante toda la jornada. Este caso, aunque no tramitado ante los tribunales, ilustra con claridad cómo la falta de medidas adecuadas y la resistencia institucional al cambio pueden traducirse en formas de exclusión educativa, vulnerando principios fundamentales como el de libertad y el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que exige a los Estados garantizar que todos los niños y niñas con discapacidad gocen plenamente de sus derechos, en igualdad de condiciones con los demás.

Uno de los casos más paradigmáticos en la lucha por el reconocimiento efectivo del derecho a la educación inclusiva en España es el de Rubén Calleja, un joven con síndrome de Down cuya historia ha sido documentada en profundidad por el informe “Derechos Humanos y Discapacidad”, emitido por el CERMI en 2023. Tras varios años de escolarización en centros ordinarios, la administración decidió unilateralmente el traslado del menor a un centro de educación especial, ignorando tanto la voluntad de la familia como las recomendaciones pedagógicas que avalaban su permanencia en el entorno ordinario. Además de la segregación escolar, la familia denunció malos tratos físicos y psicológicos sufridos por Rubén, así como un proceso penal injusto por abandono de familia, motivado por su negativa a acatar una medida que consideraban violatoria de los derechos fundamentales del menor.

Ante la falta de respuesta adecuada en las instancias nacionales, el caso fue presentado ante el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, que en su dictamen de 2020 concluyó que el Estado español vulneró

diversos derechos consagrados en la Convención, incluyendo los artículos 4, 7, 15, 17, 23 y 24, relativos a la igualdad, integridad personal, vida familiar y, especialmente, a la educación inclusiva. El Comité sostuvo que las decisiones adoptadas no valoraron adecuadamente las necesidades de Rubén ni los ajustes razonables que habrían permitido su inclusión, y que las autoridades españolas actuaron en contravención directa del artículo 24 de la Convención.

Este dictamen fue clave para que la familia interpusiera un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que en su Sentencia 85/2023 reconoció la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la administración de justicia. Lo más significativo del fallo es que el Tribunal estableció que los dictámenes del Comité de la ONU tienen carácter vinculante y son jurídicamente exigibles, contradiciendo la interpretación anterior de la Audiencia Nacional, que los consideraba meras recomendaciones. Esta decisión fortalece el valor normativo del bloque de constitucionalidad y afirma que el incumplimiento de un dictamen internacional que identifica una violación de derechos implica, por sí mismo, una infracción del ordenamiento jurídico interno.

El caso de Rubén es clave para todo el colectivo de estudiantes con discapacidad, debido a que consolida una interpretación robusta del derecho a la educación inclusiva, al confirmar que esta no puede condicionarse a criterios administrativos ni interpretarse de manera restrictiva; y porque refuerza el papel de los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos, habilitando nuevas vías de exigibilidad para colectivos como la comunidad sorda, especialmente cuando el sistema interno no ofrece una respuesta efectiva frente a prácticas segregadoras o a la falta de apoyos adecuados.

En suma, este caso demuestra que la inclusión educativa no es una concesión política sino una obligación jurídica, y que los Estados deben garantizarla no solo en el diseño normativo, sino también en la práctica cotidiana, a través de decisiones administrativas y judiciales respetuosas de la diversidad funcional y lingüística. La experiencia de Rubén Calleja constituye un precedente valioso para el fortalecimiento de los derechos educativos de todas las personas con discapacidad.

Como se ha señalado previamente, uno de los mecanismos disponibles para la protección del derecho a la educación de las personas sordas es la intervención de instancias internacionales de derechos humanos, una vez agotadas las vías internas. En este sentido, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como la

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) han desarrollado criterios jurisprudenciales relevantes sobre la educación inclusiva y la garantía de igualdad para personas con discapacidad. A continuación, se presentan dos decisiones emblemáticas que, si bien no se refieren exclusivamente a la comunidad sorda, establecen estándares interpretativos aplicables a su situación y refuerzan la obligación de los Estados de asegurar entornos educativos accesibles, equitativos y no discriminatorios.

Una sentencia destacada en el ámbito europeo es el caso *Enver Şahin vs. Turquía* (TEDH, sentencia de 20 de enero de 2018), en el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos examinó la responsabilidad del Estado frente a la falta de accesibilidad arquitectónica que impidió a un estudiante universitario con movilidad reducida, retomar sus estudios tras un accidente que lo dejó parapléjico. Los fundamentos de este caso resultan plenamente aplicables a la comunidad sorda en cuanto al deber estatal de garantizar ajustes razonables y entornos educativos inclusivos.

En su análisis, el Tribunal determinó que Turquía vulneró el artículo 14 del Convenio Europeo en relación con el artículo 2 del Protocolo n.º 1, al no haber adoptado medidas efectivas para permitir que el estudiante accediera a las instalaciones universitarias en igualdad de condiciones. A pesar de que la universidad ofreció apoyo generalizado y mencionó limitaciones presupuestarias, el TEDH consideró que estas respuestas eran insuficientes y carentes de una evaluación individualizada de las necesidades del alumno. Subrayó que la negativa a realizar ajustes razonables constituye una forma de discriminación indirecta basada en la discapacidad.

El fallo resaltó que la accesibilidad no puede ser un objetivo meramente programático ni postergado indefinidamente por razones administrativas o económicas. Reiteró, además, que el derecho a la educación debe ser efectivo y no meramente formal, y que la obligación estatal incluye garantizar condiciones materiales adecuadas para asegurar el acceso real a la formación. El caso de *Enver Şahin* constituye, por tanto, una referencia clave para interpretar la inclusión educativa como una exigencia concreta y operativa, que involucra la transformación del entorno y la remoción de barreras estructurales, lo cual es especialmente pertinente para las personas sordas, quienes enfrentan obstáculos comunicativos y actitudinales que deben ser abordados con la misma rigurosidad.

Una sentencia de gran relevancia en el sistema interamericano, con implicaciones directas sobre el derecho a la educación de personas con discapacidad, es el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, resuelto por la CorteIDH en 2015. En este caso, la Corte examinó la situación de Talía Gonzales Lluy, una niña que adquirió VIH a los tres años a causa de una transfusión de sangre contaminada en un hospital público. Además de los impactos en su salud, la Corte identificó que Talía fue objeto de exclusión escolar debido a su condición médica, lo cual generó una afectación grave y sostenida a su derecho a la educación. Las autoridades educativas, motivadas por prejuicios y desinformación, la retiraron de la escuela sin implementar medidas de apoyo o adaptación que permitieran su permanencia en el sistema ordinario.

La Corte concluyó que el Estado ecuatoriano vulneró el derecho a la educación (artículo 13 del Protocolo de San Salvador en relación con el artículo 26 de la Convención Americana), el derecho a la igualdad y no discriminación (art. 1.1), así como el derecho a la integridad personal (art. 5), al no garantizar condiciones mínimas de accesibilidad, adaptabilidad y permanencia en el sistema educativo. De manera especialmente relevante, la Corte desarrolló una perspectiva interseccional, reconociendo que la discriminación sufrida por Talía fue el resultado de la combinación de múltiples factores: su edad (niña), su género (mujer), su condición médica (persona con VIH) y su situación de pobreza. Esta lectura permitió al tribunal comprender la exclusión no como un hecho aislado, sino como parte de un sistema estructural de desigualdades que se refuerzan mutuamente. La sentencia enfatizó que los Estados deben tener en cuenta estas múltiples dimensiones de vulnerabilidad al diseñar y aplicar políticas públicas, particularmente en el ámbito educativo.

Este caso es de gran relevancia para la comunidad sorda, pues la Corte afirmó que el derecho a la educación no puede reducirse a una disponibilidad abstracta de servicios, sino que exige un enfoque centrado en la persona, que reconozca la diversidad de necesidades, y que garantice mecanismos de permanencia, accesibilidad y ajustes razonables. De este modo, el precedente establecido en *Gonzales Lluy* refuerza la exigibilidad del derecho a la educación inclusiva como una obligación inmediata de los Estados y aporta criterios interpretativos directamente aplicables a las personas sordas, quienes enfrentan situaciones similares de exclusión, invisibilización y discriminación estructural, especialmente cuando otros factores como el género, la edad o la pobreza intensifican dichas barreras.

En conjunto, las decisiones analizadas permiten identificar un marco jurisprudencial progresivo que reconoce el derecho a la educación inclusiva como un derecho exigible, multidimensional y profundamente ligado a la dignidad humana. Será la dignidad, en palabras de Miranda Gonçalves la que “preconiza un valor que no requiere más que un reconocimiento que vaya más allá que su positivación, pues recordemos que se trata de un valor inherente al ser humano” (Miranda, 2023). Tanto en Colombia como en España, así como en el ámbito interamericano y europeo, los tribunales han reiterado que la inclusión no se limita a la integración física en el sistema educativo, sino que exige transformaciones estructurales orientadas a garantizar el ejercicio pleno del derecho a aprender, participar y desarrollarse en igualdad de condiciones. La incorporación de enfoques como la interseccionalidad, los ajustes razonables y el respeto a la diversidad lingüística y comunicativa de las personas sordas representa un avance normativo y jurisprudencial significativo. A partir de estos precedentes, el siguiente apartado explora los aprendizajes del caso español y su potencial aplicación en el contexto colombiano, como una vía para fortalecer los procesos inclusivos y enriquecer las políticas educativas dirigidas a la comunidad sorda.

1.3. Aprendizajes del caso español y su aplicación en Colombia

El análisis comparado entre Colombia y España permite no solo identificar diferencias normativas y de implementación en la garantía del derecho a la educación de la comunidad sorda, sino también extraer lecciones útiles que pueden orientar propuestas de mejora en el contexto colombiano. Este apartado no pretende trasladar por completo el modelo español, sino identificar elementos estructurales, institucionales y pedagógicos que, debidamente contextualizados, podrían fortalecer el modelo colombiano de educación inclusiva desde una perspectiva de derechos humanos.

Aunque la experiencia española no puede considerarse un modelo acabado ni completamente exitoso, ofrece algunas lecciones parciales que pueden ser valiosas para el sistema colombiano. España enfrenta todavía importantes desafíos en materia de cobertura, calidad y equidad en la atención a la comunidad sorda, y su sistema presenta disparidades significativas entre comunidades autónomas. No obstante, ciertos avances en la regulación del perfil profesional del mediador comunicativo, el monitoreo sistemático de políticas inclusivas y la participación organizada de la

comunidad sorda en el diseño de políticas lingüísticas constituyen referencias útiles que, al ser debidamente contextualizadas, pueden enriquecer la formulación de estrategias nacionales más coherentes y sostenibles en Colombia.

Tal como advierten de (Muñoz et al. 2011), lograr una educación verdaderamente inclusiva y saludable para estudiantes sordos exige una estrategia estructural de cambio que contemple no solo ajustes pedagógicos, sino una transformación institucional profunda donde las comunidades sordas participen activamente como agentes del proceso. Estas propuestas se alinean con los principios de la CDPD, la cual exige no solo el reconocimiento formal de derechos, sino su implementación real y eficaz a través de políticas públicas coherentes y fiscalizables.

Uno de los aspectos en los que la experiencia española ofrece aprendizajes relevantes es en la consolidación progresiva del perfil profesional del técnico en mediación comunicativa, establecido mediante el Real Decreto 831/2014. Aunque, de acuerdo con el informe de (García 2023), en España las condiciones laborales y la cobertura de servicios aún presentan deficiencias -como lo demuestra la persistente escasez de intérpretes en ámbitos como la educación superior o la sanidad-, lo cierto es que desde hace más de una década se ha avanzado en la regulación, formación y visibilización de esta figura, permitiendo que España sea actualmente uno de los países europeos con mayor número de intérpretes titulados en lengua de signos.

En contraste, en Colombia, aunque se han dado pasos importantes como la expedición de la Resolución 045 de 2022, todavía persisten desafíos en su implementación efectiva. Como lo advertía (Luna 2014), muchos intérpretes continúan enfrentando condiciones laborales precarias, falta de formación especializada y escasa articulación con el entorno educativo, especialmente en el nivel superior. En este sentido, el modelo español, con sus aciertos y también sus limitaciones, ofrece una base de aprendizajes valiosos para avanzar hacia una política integral de profesionalización, acreditación y vinculación laboral de intérpretes y mediadores comunicativos, en articulación con las universidades, el Ministerio de Educación y el INSOR.

Asimismo, el seguimiento sistemático de las políticas de inclusión es una herramienta que ha demostrado ser eficaz en el contexto español. Como muestra el trabajo de de (Muñoz et al. 2011), los informes periódicos elaborados por el Ministerio de Educación en coordinación con las comunidades autónomas permiten detectar desigualdades territoriales y ajustar las estrategias de forma oportuna. En Colombia,

la ausencia de un sistema nacional de indicadores sobre inclusión educativa, desagregados por tipo de discapacidad, región y nivel educativo, dificulta una planificación basada en evidencia y limita la exigibilidad del derecho. Tal como sugiere (Neira 2021), es necesario desarrollar mecanismos de evaluación que no solo recopilen información, sino que también orienten la toma de decisiones y fortalezcan la transparencia en el uso de recursos.

Precisamente en relación con los recursos, la experiencia española resalta la importancia de la articulación territorial para lograr una inclusión efectiva. El informe del (CERMI 2023) destaca cómo la descentralización educativa, cuando está acompañada de normas claras y recursos suficientes, permite que cada comunidad autónoma adapte sus políticas a las características locales. Colombia, que también cuenta con un sistema descentralizado, podría beneficiarse de este enfoque si lograra desarrollar planes territoriales de inclusión con enfoque diferencial, respaldados por asignaciones presupuestales específicas dentro del Sistema General de Participaciones. Como señala (Parra 2012), sin una financiación adecuada y sostenida, la inclusión corre el riesgo de quedarse en el plano discursivo. Estas políticas deberían priorizar las zonas rurales y marginadas, donde la vulnerabilidad de la comunidad sorda suele ser mayor.

Finalmente, un punto clave que atraviesa todas las propuestas es la necesidad de garantizar la participación efectiva de la comunidad sorda en el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas educativas. En palabras de (Muñoz et al. 2011), no es posible construir una educación inclusiva real sin contar con la voz activa de las personas directamente involucradas. En España, organizaciones como la CNSE han jugado un papel protagónico en la formulación de políticas lingüísticas y educativas. En Colombia, a pesar de que se reconoce jurídicamente a la comunidad sorda como minoría lingüística, su participación en los espacios de decisión sigue siendo limitada. El del (CERMI 2023) sobre el caso de caso Rubén Calleja ejemplifica cómo, en la práctica, las decisiones se toman muchas veces sin considerar las necesidades y demandas de las personas sordas. Por ello, resulta fundamental formalizar mecanismos de participación vinculante, bajo el lema “nada sobre nosotros sin nosotros”.

Lejos de plantear una transferencia directa de políticas, este análisis comparado busca contribuir a una reflexión crítica sobre los caminos posibles para fortalecer el modelo colombiano de educación inclusiva. Las lecciones extraídas del

caso español, aunque parciales y limitadas, permiten visibilizar la importancia de articular esfuerzos normativos, institucionales y comunitarios en torno a una agenda común: garantizar el derecho efectivo a la educación de la comunidad sorda. Lograrlo exige pasar del discurso a la acción, mediante estructuras sólidas de formación docente, profesionalización de intérpretes, participación vinculante de las comunidades sordas y asignación sostenida de recursos. Más que importar recetas, se trata de construir una política pública inclusiva que responda a las realidades del país y se fundamente en un compromiso ético con la diversidad, la equidad y la justicia social.

Conclusiones

1. El derecho a la educación de la comunidad sorda no puede seguir siendo tratado como una “adaptación dentro del sistema general sino como una reconstrucción parcial del sistema desde la diferencia. Lo investigado muestra que las medidas adoptadas por el Estado tienden a pensar la inclusión como una suma de apoyos o ajustes, cuando en realidad se requiere rediseñar estructuras completas: la formación docente, los currículos, los materiales, el financiamiento y la arquitectura institucional deben pensarse con y desde la comunidad sorda, no como añadidos posteriores.

2. El derecho a la educación de las personas sordas debe ser comprendido como una expresión concreta del principio de igualdad sustantiva que orienta el enfoque de derechos humanos. Lo compilado en este Trabajo Fin de Máster permite concluir que la inclusión educativa no puede seguir abordándose como una cuestión técnica o administrativa, sino como una obligación jurídica derivada de compromisos internacionales en materia de derechos humanos, como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Garantizar el acceso, la permanencia y el aprendizaje significativo para la comunidad sorda no es un acto de buena voluntad estatal, sino el cumplimiento de un derecho exigible, cuya omisión configura una forma de discriminación estructural. Desde esta perspectiva, la lengua de señas, la identidad cultural sorda y la participación efectiva no son recursos complementarios, sino elementos indispensables para asegurar el ejercicio pleno de este derecho en condiciones de igualdad real.

3. El caso comparado con España demuestra que la participación no es un valor simbólico, sino una herramienta de rediseño institucional. Uno de los aprendizajes

más potentes del análisis comparado fue notar que las políticas con mayor impacto no fueron necesariamente las mejor financiadas, sino aquellas donde las personas sordas participaron desde el inicio. Esa diferencia no es menor: lo que falta en Colombia no es solo presupuesto, sino una lógica de gobernanza inclusiva.

4. La garantía del derecho a la educación para las personas sordas exige una perspectiva multidimensional que reconozca la complejidad de sus trayectorias educativas. Tal como lo evidencia la jurisprudencia analizada en este trabajo, no basta con permitir el ingreso formal a una institución educativa: el enfoque de derechos obliga a considerar el contexto, el progreso y las necesidades particulares de cada niño o niña. Esto incluye sus rutinas familiares, sus procesos terapéuticos, sus apoyos lingüísticos y emocionales, y su participación plena dentro y fuera del aula. Una visión fragmentada del derecho a la educación corre el riesgo de invisibilizar las condiciones reales de exclusión que persisten en la práctica. Por ello, se requiere una mirada integral que articule escuela, familia, salud, cultura y comunidad, reconociendo que el aprendizaje no ocurre en el vacío, sino en un tejido social que debe estar alineado con los principios de equidad, continuidad y pertinencia.

5. La inclusión efectiva exige superar la sectorialización de las políticas públicas. La educación inclusiva no puede depender únicamente del Ministerio de Educación o del INSOR. Este estudio muestra que garantizar el derecho a la educación de personas sordas requiere la articulación real entre salud, cultura, formación docente, tecnología, y participación ciudadana. En otras palabras, requiere salir de la lógica “por sector” y asumir un enfoque intersectorial con visión de derechos humanos.

6. La educación inclusiva de la comunidad sorda es también una herramienta de transformación social más amplia. Garantizar el derecho a una educación verdaderamente inclusiva no solo mejora la vida de las personas sordas, sino que transforma las formas en que la sociedad concibe la comunicación, la diversidad y el conocimiento. Esta tesis permitió concluir que incluir desde la diferencia no es solo una cuestión educativa, sino una forma de construir sociedades más democráticas, plurales y justas. El modelo bilingüe-bicultural no es solo una política para unos pocos: es un espejo que interpela al sistema educativo en su conjunto.

7. Finalmente, este trabajo demuestra que la diferencia no es un obstáculo que se supera con apoyo, sino un fundamento sobre el cual repensar el sistema educativo. A lo largo de este trabajo fue evidente que las propuestas más eficaces no fueron



aquellas que buscaron “integrar” a los estudiantes sordos al sistema existente, sino las que partieron del reconocimiento de su lengua, cultura y formas de aprendizaje como punto de partida para rediseñar procesos educativos. La educación inclusiva real implica no solo abrir la puerta, sino también cambiar la forma en que se enseña, se aprende y se construye conocimiento.



REFERENCIAS

Bibliografía básica

ALCINA MADUEÑO, A. "Derecho a la Educación y enseñanza de sordos". Revista Derechos Humanos y Educación. 2022, núm. 6.

BELTRÁN VILLAMIZAR, YI; MARTÍNEZ FUENTES, YL; VARGAS BELTRÁN, AS. "El sistema educativo colombiano en el camino hacia la inclusión". Educ. Educ. 2015, vol. 18, núm. 1, pp. 62-75.

CIFUENTES MEDINA, JE; HIGUERA SANDOVAL, JA. "Mecanismos de protección de los derechos humanos en Colombia desde la pedagogía". Revista Derecho y Realidad. 2014, núm. 23.

CORREA ALZATE, JI. "Principio de progresividad y no reversibilidad en educación inclusiva para población con discapacidad en Colombia". Revista de Investigación y Pedagogía Praxis & Saber. 2023, vol.14, núm. 39.

CUESTA MORENO, OJ; CABRA TORRES, F. "La escuela rural en medio del conflicto armado: un análisis desde la información publicada en noticias". Andamios. 2021, vol. 18, núm. 47, pp. 493-518.

GARÍA DE OLANO, EO. La falta de intérpretes de lengua de signos en España. Director: Jaione Arregui. Universidad del País Vasco, Departamento de Filología e Historia, 2023.

GARCÍA RUBIO, J. "Evolución legislativa de la educación inclusiva en España". Revista Nacional e Internacional de Educación Inclusiva. 2017, vol. 10, núm. 1, 1989-4643.

GARCÍA SABATER, AB. La educación inclusiva como derecho efectivo. Revista de Recursos para la Educación Inclusiva. 2021, vol. 1, núm 1, pp. 279-369.

HAEL, MV. "Abordajes de la Lectura por parte de Sordos en Contextos Bilingües en Países de Habla Hispana". Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva. 2018, vol. 12, núm. 2, pp. 79-96.

HURTADO, DM. La Acción de Tutela en la constituyente de 1991 y su efectividad como mecanismo de protección de derechos fundamentales. Universidad Católica de Colombia. 2021.

LORDUY CASTRO, G; OCAMPO GONZÁLEZ, A. "Marco normativo como dimensión macro-pedagógica: una mirada crítica hacia la educación inclusiva en Colombia". Revista Palobra "Palabra que Obra". 2022, vol. 22, núm. 2, pp. 125-138.

LUNA RUIZ, A. "¿Educación inclusiva? Análisis del marco jurídico sobre el derecho de acceso y permanencia en la educación superior para las personas sordas en la ciudad de Bogotá". Revista de Derecho Público Universidad de los Andes. 2014, núm 33.



MANJARRÉS CARRIZALES, D; VÉLEZ LATORRE, L. “La educación de los sujetos con discapacidad en Colombia: abordajes históricos, teóricos e investigativos en el contexto mundial y latinoamericano”. Revista Colombiana de Educación. 2020, vol. 78, pp. 253-298.

MEDINA MONCADA, E. “Representaciones y políticas de la educación sobre los sordos y la sordera en Colombia. Revista Educación y Pedagogía”. Revista Educación y Pedagogía. 2005, vol. XVII, núm. 41.

MELÉNDEZ LABRADOR, S. “El lugar de la lengua de señas como lengua minoritaria en la accesibilidad comunicativa universal”. Anuario Electrónico de Estudios en comunicación Social “Disertaciones” Universidad del Rosario. 2022, vol 15, núm 1.

MIRANDA GONÇALVES, R. “Educación de calidad y Derechos Humanos en el siglo XXI: Descifrando el ODS4”. Revista Justiça do Direito. 2023, vol. 37, núm. 2, pp. 264-293.

MIRANDA GONÇALVES, R. “La dignidad de la persona humana. Breve estudio comparado desde el derecho público”, A dignidade da pessoa humana. Entre a representatividade do significado jurídico e a efetividade no mundo da existência, (José Eduardo de Miranda & Haide Maria Hupffer organizadores), Brazil Publishing, Curitiba, 2019, pp. 239-257.

MIRANDA GONÇALVES, R. Derechos Humanos, cultura e identidad: un estudio sobre el patrimonio cultural en Brasil. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

MORALES ACOSTA, G. “Percepciones sobre la lengua de señas chilena en la educación de estudiantes Sordos: docente y codocente como sujetos históricos situados comunicativamente en el aula”. Revista Educación. 2019, vol. 43, núm. 2.

MUÑOZ BAELE, IM; ÁLVAREZ-DARDET DÍAZ, C; RUIZ CANTERO, MT; REFFEIRO LAGO, E; AROCA FERNÁNDEZ E. “Educación bilingüe del alumno sordo: pilares para un cambio estratégico”. Revista de Educación. 2011, vol. 361, pp. 403-428.

NEIRA MARTINEZ, DH. Estudio comparativo de los mecanismos de protección de los derechos humanos y los derechos fundamentales en Colombia. Directora: Odilia Margarita Borja. Universidad de Ciencias Ambientales y Aplicadas, Facultad de ciencias jurídicas, Bogotá, 2021.

PARRA DUSSAN, C. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: desarrollo normativo en Colombia. Revista Estudios de Derecho Universidad de Antioquia. 2012, vol. LXIX, núm. 154

PÉREZ REYES, PA; CASTRILLÓN GARCÍA, ED; PALACIO MESA, JF. “El currículo como posibilidad de reconocimiento al derecho a una educación inclusiva en Colombia”. Revista de Investigaciones de la Universidad Católica de Manizales. 2018, vol. 18, núm. 32.

QUINTERO AYALA, LE. Educación inclusiva: Tendencias y perspectivas. Educación y Ciencia. 2020, núm. 24.

QUINTERO LYONS, J; NAVARRO MONTERROZA, AM; MEZA MK. La figura del Estado de Cosas Inconstitucionales como mecanismo de protección de los Derechos Fundamentales de la población vulnerable en Colombia. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo. 2011.

RODRÍGUEZ DÍAZ, S. "Educación y capacitismo: los límites de la educación inclusiva en España". Revista Internacional de Éticas Aplicadas. 2021, núm. 36, 5-18.

VÁSQUEZ ORJUELA, D. "Políticas de inclusión educativa: una comparación entre Colombia y Chile". Educ. Educ. 2015, vol. 18, núm. 1, 45-61.

Bibliografía complementaria

CERMI. Derechos Humanos y Discapacidad, Informe España 2017. CERMI, 2018

CERMI. Derechos Humanos y Discapacidad, Informe España 2023. CERMI, 2018

CORSO, C; DE LEÓN, G; MUÑOZ, V. El derecho a la educación de las personas con discapacidad en América Latina y el Caribe. CLADE – CEJIL, 2009.

INSOR, UNESCO. Covid-19, educación basada en la tecnología y discapacidad: el caso de Colombia. UNESCO, 2021.

JIMÉNEZ LARA, A; HUETE GARCÍA, A; ARIAS GARCÍA, M. Alumnado con discapacidad y educación inclusiva en España. Observatorio Estatal de la Discapacidad, 2019.

LEONARD CHESHIRE. Educación inclusiva para personas con discapacidades: ¿estamos logrando avances?. UNESCO, 2019.

MUÑOZ, V. El derecho a la educación: una mirada comparativa Argentina, Uruguay, Chile y Finlandia. UNESCO, 2020.

ROJAS, JC. "El mundo de Jennifer: un silencio cargado de palabras". Periódico El Tiempo [en línea]. 2017, [consulta: mayo de 2025]. Disponible en: <<https://www.eltiempo.com/vida/educacion/la-vida-de-jennifer-una-calena-sorda-que-habla-espanol-y-es-arquitecta-159824>>

SANDOVAL MENA, M. Diagnóstico de necesidades docentes para implementar la educación inclusiva. UNESCO, 2023.

Legislación citada

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, pp. 29313 – 29424. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>>

Constitución Política de Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá, D.C.: Diario Oficial, 20 de julio de 1991, núm. 40.145. Disponible en: <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr002.html>



Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución A/RES/61/106, de 13 de diciembre de 2006. Disponible en: <<https://acnudh.org/hoja-informativa-convencion-internacional-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad/>>

Declaración de Incheon y Marco de Acción: Educación 2030. Adoptada por el Foro Mundial sobre la Educación, convocado por la UNESCO en Incheon, República de Corea, del 19 al 22 de mayo de 2015. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000245656_spa>

Declaración de Salamanca y Marco de Acción sobre Necesidades Educativas Especiales. Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas Especiales: Acceso y calidad, Salamanca, España, 7-10 de junio de 1994. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000098427_spa>

Declaración Mundial sobre Educación para Todos. Satisfacción de las necesidades básicas de aprendizaje. Conferencia Mundial sobre Educación para Todos, Jomtien (Tailandia), 5-9 de marzo de 1990. Disponible en: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000127583>>

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Disponible en: <<https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/spanish>>

Decreto 85/2018, de 20 de noviembre, por el que se regula la inclusión educativa del alumnado en la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha. Diario Oficial de Castilla-La Mancha, 23 de noviembre de 2018, núm. 229, pp. 32231 – 32246. Disponible en: <<https://www.educa.jccm.es/es/normativa/decreto-85-2018-20-noviembre-decreto-inclusion-educativa>>

Decreto 359/2009, de 30 de octubre, por el que se regula la planificación y coordinación de los servicios de atención a personas con discapacidad en la Región de Murcia. Boletín Oficial de la Región de Murcia, 4 de noviembre de 2009, núm. 254, pp. 41039 – 41050. Disponible en: <<https://www.borm.es/#/home/anuncio/17-06-2010/10896>>

Decreto 150/2017, de 17 de octubre, de la atención educativa al alumnado en el marco de un sistema educativo inclusivo. Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, 19 de octubre de 2017, núm. 7477, pp. 1 – 18. Disponible en: <<https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=799722>>

Decreto 2082 de 1996, de 18 de noviembre, por el cual se reglamenta la organización de la oferta de servicios de educación para personas con limitaciones o con capacidades excepcionales. Diario Oficial, 22 de noviembre de 1996, núm. 42.942. Disponible en: <<https://www.mineducacion.gov.co/portal/ejes-tematicos/Normas-sobre-Educacion-Preescolar-Basica-y-Media/103323:Decreto-2082-de-Noviembre-18-de-1996>>

Decreto 1421 de 2017, de 29 de agosto, por el cual se reglamenta la atención educativa a la población con discapacidad. Diario Oficial, 29 de agosto de 2017, núm. 50.335. Disponible en: <<https://www.mineduccion.gov.co/portal/normativa/Decretos/381928:Decreto-1421-de-agosto-29-de-2017>>

Decreto 1421 de 2017, de 29 de agosto, por el cual se reglamenta la atención educativa a la población con discapacidad. Diario Oficial, 29 de agosto de 2017, núm. 50.335. Disponible en: <<https://www.mineduccion.gov.co/portal/normativa/Decretos/381928:Decreto-1421-de-agosto-29-de-2017>>

Decreto 366 de 2009, de 9 de febrero, por medio del cual se reglamenta la organización del servicio de apoyo pedagógico para la atención de los estudiantes con discapacidad y con capacidades o con talentos excepcionales en el marco de la educación inclusiva. Diario Oficial, 11 de febrero de 2009, núm. 47.253. Disponible en: <<http://funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=35084>>

Decreto 2591 de 1991, de 19 de noviembre, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia. Diario Oficial, 20 de noviembre de 1991, núm. 40.618. Disponible en: <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5304>>

Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa. Boletín Oficial del Estado, 6 de agosto de 1970, núm. 187, pp. 12525 – 12546. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1970-852>>

Ley de Instrucción Pública, de 9 de septiembre de 1857. Gaceta de Madrid, 10 de septiembre de 1857, núm. 1710, pp.1 – 10. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1857-9551>>

Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos. Boletín Oficial del Estado, 30 de abril de 1982, núm. 103, pp- 11106 – 11112. Disponible en: <<https://www.boe.es/eli/es/l/1982/04/07/13>>

Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo. Boletín Oficial del Estado, 4 de octubre de 1990, núm. 238, pp. 28927 – 28942. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-24172>>

Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Boletín Oficial del Estado, 4 de mayo de 2006, núm. 106, pp. 17158 – 17207. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-7899>>

Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. Boletín Oficial del Estado, 10 de diciembre de 2013, núm. 295, pp. 97858 – 97921. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12886>>

Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Boletín Oficial del Estado, 30 de diciembre de 2020, núm. 340, pp. 122868 – 122953. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-17264>>

Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía. Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, 17 de octubre de 2017, núm. 250, pp. 100718 – 100755. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-11910>>

Ley 115 de 1994, de 8 de febrero, por la cual se expide la Ley General de Educación. Diario Oficial, 8 de febrero de 1994, núm. 41.214. Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0115_1994.html>

Ley 361 de 1997, de 7 de febrero, por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial, 10 de febrero de 1997, núm. 42.978. Disponible en: <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=343>>

Ley 1346 de 2009, de 31 de julio, por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Diario Oficial, 31 de julio de 2009, núm. 47.411. Disponible en: <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=37150>>

Ley 1618 de 2013, de 27 de febrero, por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Diario Oficial, 27 de febrero de 2013, núm. 48.710. Disponible en: <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=52081>>

Ley 2216 de 2022, de 6 de julio, por medio de la cual se establece la lengua de señas colombiana como lengua oficial en Colombia para la población sorda y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial, 6 de julio de 2022, núm. 52.085. Disponible en: <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=188289>>

Ley 982 de 2005, de 2 de agosto, por la cual se establecen normas tendientes a la equiparación de oportunidades para las personas sordas y sordociegas, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial, 3 de agosto de 2005, núm. 46.008. Disponible en: <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=17283>>

Ley 2049 de 2020, de 27 de julio, por medio de la cual se modifican los artículos 11 y 17 de la Ley 1618 de 2013 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial, 27 de julio de 2020, núm. 51.388. Disponible en: <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=138150>>

Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. Boletín Oficial del Estado, 24 de octubre de 2007, núm. 255, pp. 43251 – 43259. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-18476>>

Ley 1755 de 2015, de 30 de junio, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial, 30 de junio de 2015, núm. 49.559. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=65334>

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Boletín Oficial del Estado, 2 de octubre de 2015, núm. 236, pp. 89343 – 89410. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565>

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Boletín Oficial del Estado, 14 de julio de 1998, núm. 167, pp. 23516 – 23516. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718>

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Boletín Oficial del Estado, 5 de octubre de 1979, núm. 239, pp. 23186 – 23195. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23709>

Ley 324 de 1996, del 11 de octubre, por el cual se crean algunas normas a favor de la población sorda. Diario Oficial de Colombia, núm. 42.893, de 11 de octubre de 1996. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=349>

Ley 982 de 2005, del 02 de agosto, por la cual se establecen normas tendientes a la equiparación de oportunidades para las personas sordas y sordociegas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial de Colombia, núm. 45.963, de 2 de agosto de 2005. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=17283>

Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad. Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 48/96, de 20 de diciembre de 1993. Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/dissre00.htm>

Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), adoptado en San Salvador el 17 de noviembre de 1988. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Boletín Oficial del Estado, 3 de diciembre de 2013. Núm. 289, pp. 95635 – 95673. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12632>

Real Decreto 334/1985, de 6 de marzo, de ordenación de la Educación Especial. Boletín Oficial del Estado, 16 de marzo de 1985, núm. 65, pp. 6917 – 6920. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-4305>



Real Decreto 696/1995, de 28 de abril, de ordenación de la educación de los alumnos con necesidades educativas especiales. Boletín Oficial del Estado, 02 de junio de 1995. núm 135, pp. 16179 – 16185. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-13290>>

Real Decreto 831/2014, de 3 de octubre, por el que se establece el título de Técnico Superior en Mediación Comunicativa y se fijan sus enseñanzas mínimas. Boletín Oficial del Estado, 25 de octubre de 2014, núm. 295, pp. 86931 – 87002. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-10871>>

Real Decreto 674/2023, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de las condiciones de utilización de la lengua de signos española y de los medios de apoyo a la comunicación oral para las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. Boletín Oficial del Estado, 19 de julio de 2023, núm. 171, pp. 104002 – 104029. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2023-16650>>

Resolución sobre el derecho a la educación. Adoptada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su resolución A/HRC/53/L.10, de 10 de julio de 2023. Disponible en: <<https://docs.un.org/es/A/HRC/53/L.10>>

Jurisprudencia referenciada

Sentencia de 22 de febrero del 2002, C-128/02, de la Corte Constitucional de Colombia. Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-128-02.htm>>

Sentencia de 01 de agosto del 2012, C-605/12, de la Corte Constitucional de Colombia. Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-605-12.htm>>

Sentencia de 27 de marzo del 2013, T-085/23, de la Corte Constitucional de Colombia. Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/t-085-23.htm>>

Sentencia de 18 de abril de 2023, STC 34/2023, del Tribunal Constitucional de España. Disponible en: <<https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/29394#ficha-tecnica>>

Sentencia de 21 de junio de 2019, núm. 861/2019, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de España. Disponible en: <<https://vlex.es/vid/796369433>>

Sentencia de 20 de enero de 2018, núm. 23065/12, Enver Şahin v. Turkey, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Disponible en: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-180499%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-180499%22]})>

Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?lang=es&nId_Ficha=428>

**O RECONHECIMENTO FACIAL NA SEGURANÇA PÚBLICA: LIMITES
CONSTITUCIONAIS, PREVENÇÃO DO VIÉS ALGORÍTMICO E APLICAÇÕES
PRÁTICAS PARA A POLÍCIA MILITAR DO PARANÁ (PMPR)**

FACIAL RECOGNITION IN PUBLIC SECURITY: CONSTITUTIONAL LIMITS,
PREVENTION OF ALGORITHMIC BIAS, AND PRACTICAL APPLICATIONS FOR
THE MILITARY POLICE OF PARANÁ (PMPR)

Douglas Angelo Ferrari¹

Edna de Cássia Santos²

Resumo: O presente artigo científico empreende uma análise exaustiva, crítica e multidisciplinar acerca da implementação de sistemas de reconhecimento facial no âmbito da segurança pública brasileira, com enfoque específico nas atividades institucionais da Polícia Militar do Paraná (PMPR). A pesquisa situa-se na complexa intersecção entre o avanço tecnológico da inteligência artificial, a proteção constitucional dos direitos fundamentais e o exercício do poder de polícia do Estado. A partir de uma metodologia estritamente dedutiva e analítica, fundamentada em vasta revisão bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, o estudo examina a natureza jurídica dos dados biométricos, qualificando-os como extensões da própria identidade e dignidade da pessoa humana. O cerne da problemática investigada reside na tensão dialética entre o dever do Estado de garantir a segurança pública (art. 144 da Constituição Federal) e a imperativa salvaguarda dos direitos à privacidade, à intimidade, à presunção de inocência e à não discriminação. O trabalho dissecou estruturalmente os riscos inerentes à tecnologia de vigilância algorítmica, notadamente a opacidade dos sistemas de aprendizado de máquina e a incidência de vieses algorítmicos que podem resultar em falsos positivos, mimetizando e potencializando assimetrias raciais e sociais preexistentes. Longe de rejeitar a inovação tecnológica, o estudo adota uma postura de crítica construtiva institucional, reconhecendo o reconhecimento facial como um multiplicador de forças crucial para a otimização do policiamento ostensivo e preventivo. Sob essa premissa, o artigo propõe diretrizes concretas e soluções prático-doutrinárias para a PMPR, fundamentadas no princípio da legalidade estrita e no Estado Democrático de Direito. Entre as soluções propostas, destacam-se a formulação de Procedimentos Operacionais Padrão (POP) específicos, a obrigatoriedade da supervisão humana significativa (human-in-the-loop), a rigorosa manutenção da cadeia de custódia das evidências digitais e o treinamento contínuo da tropa, assegurando que a corporação

¹ Possui Bacharelado em Engenharia de Software pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER (2025). Graduação em Gestão Pública pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER (2017). Possui especializações em Direito Penal e Processo Penal (Faculdade Unina, 2022), Direito Público (Faculdade Legale, 2020), Segurança Pública (Faculdade Unina, 2020) e Polícia Comunitária (Centro Universitário Leonardo da Vinci UNIASSELVI, 2022). Atualmente é policial militar - Polícia Militar do Paraná. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6162042230506144>

² Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Curitiba – Paraná. Brasil; Especialista em Direito Aplicado pela EMAP; Integrante do Programa Institucional de Iniciação Científica – UNICURITIBA; conciliadora e Mediadora pelo TJPR. Registro ORCID: 0009-0002-6849-9242. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/6723124479476510>>. E-mail: ecsantos1970@hotmail.com

se mantenha como a vanguarda tecnológica e a guardiã suprema das garantias constitucionais no Estado do Paraná.

Palavras-chaves: Reconhecimento Facial. Segurança Pública. Limites Constitucionais. Polícia Militar do Paraná. Viés Algorítmico. Direitos Fundamentais.

Abstract: This scientific article undertakes an exhaustive, critical, and multidisciplinary analysis of the implementation of facial recognition systems within the scope of Brazilian public security, with a specific focus on the institutional activities of the Military Police of Paraná (PMPR). The research is situated at the complex intersection between the technological advancement of artificial intelligence, the constitutional protection of fundamental rights, and the exercise of the State's police power. Based on a strictly deductive and analytical methodology, grounded in a vast bibliographical, doctrinal, and jurisprudential review, the study examines the legal nature of biometric data, qualifying them as extensions of the identity and dignity of the human person. The core of the problem investigated lies in the dialectical tension between the State's duty to guarantee public security (art. 144 of the Federal Constitution) and the imperative safeguarding of the rights to privacy, intimacy, the presumption of innocence, and non-discrimination. The work structurally dissects the risks inherent in algorithmic surveillance technology, notably the opacity of machine learning systems and the incidence of algorithmic biases that can result in false positives, mimicking and amplifying pre-existing racial and social asymmetries. Far from rejecting technological innovation, the study adopts a posture of constructive institutional criticism, recognizing facial recognition as a crucial force multiplier for the optimization of ostensive and preventive policing. Under this premise, the article proposes concrete guidelines and practical-doctrinal solutions for the PMPR, based on the principle of strict legality and the Democratic Rule of Law. Among the proposed solutions, the formulation of specific Standard Operating Procedures (SOPs), the mandatory requirement of meaningful human supervision (human-in-the-loop), the rigorous maintenance of the chain of custody of digital evidence, and the continuous training of the troops stand out, ensuring that the corporation remains at the technological vanguard and the supreme guardian of constitutional guarantees in the State of Paraná.

Keywords: Facial Recognition. Public Security. Constitutional Limits. Military Police of Paraná. Algorithmic Bias. Fundamental Rights.

1 INTRODUÇÃO

A quadra histórica contemporânea é inequivocamente marcada pela transição de modelos analógicos de gestão estatal para o paradigma da governança algorítmica e da datificação das relações sociais. No âmbito da segurança pública, essa metamorfose operacional e epistemológica tem se manifestado de forma contundente por meio da adoção de tecnologias de vigilância em massa suportadas por Inteligência Artificial (IA), com absoluto destaque para os sistemas de reconhecimento facial. A promessa subjacente a essas inovações é a de uma eficiência profilática e repressiva sem precedentes, capaz de identificar foragidos da justiça, localizar pessoas desaparecidas e prevenir o cometimento de delitos mediante o cruzamento de dados

biométricos capturados em tempo real por sistemas de videomonitoramento integrados aos bancos de dados estatais. Contudo, a inserção de tais mecanismos na praxis do policiamento ostensivo e na persecução penal suscita indagações de altíssima complexidade jurídica, filosófica e sociológica, exigindo uma exegese rigorosa que transcenda o mero deslumbre tecnológico para adentrar o núcleo duro da dogmática constitucional pátria.

A problemática central que anima o presente escrutínio científico reside na inevitável tensão dialética entre o dever-poder do Estado de promover a segurança pública, consagrado no artigo 144 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), e a imperativa salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais encartados no artigo 5º do mesmo diploma, notadamente a privacidade, a intimidade, a proteção de dados pessoais, a presunção de inocência e a igualdade. O reconhecimento facial, ao operar a extração contínua e automatizada de marcadores biométricos inalteráveis de transeuntes em espaços públicos, converte o corpo humano em uma matriz de dados decodificável pelo Estado, inaugurando o que a doutrina convencionou chamar de pan-óptico digital. Nesse cenário, o cidadão comum, independentemente de haver contra si qualquer fundada suspeita ou indício de autoria delitiva, é submetido a um escrutínio probabilístico constante, o qual, se não for rigorosamente balizado por parâmetros normativos e operacionais estritos, pode ensejar a erosão do Estado Democrático de Direito e a instauração de uma vigilância perene incompatível com as liberdades civis.

Nesta esteira, a atuação das forças policiais adquire uma relevância de proa. O foco desta pesquisa recai especificamente sobre a Polícia Militar do Estado do Paraná (PMPR), instituição de Estado de envergadura histórica e de indiscutível essencialidade para a manutenção da ordem pública. A PMPR, em sua nobre missão constitucional de exercer a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública, encontra-se na linha de frente da interação entre o aparato estatal e a sociedade civil. A absorção de novas tecnologias por parte da corporação não é apenas desejável, mas absolutamente necessária para o cumprimento do princípio constitucional da eficiência administrativa e para o enfrentamento de uma criminalidade cada vez mais sofisticada e multifacetada. No entanto, a excelência institucional da Polícia Militar exige que a adoção do reconhecimento facial seja precedida e acompanhada por uma robusta arquitetura de garantias operacionais que imunize a atuação policial contra as falhas intrínsecas aos sistemas algorítmicos.

A hipótese que conduzirá as digressões analíticas subsequentes é a de que a tecnologia de reconhecimento facial não é valorativamente neutra; ela carrega em sua arquitetura de códigos as contingências, as limitações e, frequentemente, os vieses de seus desenvolvedores e das bases de dados que alimentam o aprendizado de máquina (machine learning). A literatura especializada tem demonstrado de maneira inequívoca a propensão de certos algoritmos a apresentarem taxas de falsos positivos desproporcionalmente maiores em relação a populações negras e a minorias étnicas, fenômeno conceituado como racismo algorítmico. Para uma instituição garantidora de direitos como a PMPR, a eventual validação acrítica de um apontamento algorítmico falho representa não apenas um risco de responsabilização civil do Estado, mas uma afronta aos valores militares da justiça, da retidão e do respeito à dignidade humana. Portanto, a legitimação do uso dessa ferramenta demanda uma calibragem hermenêutica focada no princípio da proporcionalidade e na instituição de protocolos operacionais que submetam a máquina ao crivo inafastável da inteligência e da experiência humana.

O percurso metodológico deste ensaio adota uma abordagem hipotético-dedutiva de cunho eminentemente qualitativo e dogmático, sustentada por vasta e exaustiva revisão bibliográfica, documental e jurisprudencial. Desdobra-se a pesquisa a partir da premissa de que a tecnologia deve servir ao Direito, e não o Direito subjugar-se ao imperativo tecnológico. Inicialmente, far-se-á a dissecação técnica e jurídica da biometria facial, estabelecendo seu status de dado sensível. Em seguida, proceder-se-á à ponderação dos princípios constitucionais em colisão, à luz da hermenêutica contemporânea. Na sequência, a investigação debruçar-se-á sobre as vulnerabilidades técnicas dos algoritmos e seus reflexos no sistema de justiça criminal, avaliando o impacto dos falsos positivos. Por derradeiro, de maneira inovadora e teleologicamente direcionada, o artigo apresentará um arcabouço de soluções práticas, doutrinárias e de matriz construtiva voltadas exclusivamente para a realidade operacional da Polícia Militar do Paraná, objetivando fornecer subsídios sólidos para a elaboração de Procedimentos Operacionais Padrão (POP) que harmonizem o ímpeto da modernização repressiva com a liturgia dos direitos fundamentais. A meta é demonstrar que a PMPR, ao conjugar a tecnologia de ponta com o mais estrito rigor legal, consolidar-se-á como um arquétipo nacional de policiamento inteligente e democrático.

2 FUNDAMENTOS TECNOLÓGICOS E A NATUREZA JURÍDICA DOS DADOS BIOMÉTRICOS

A compreensão dos lindes jurídicos aplicáveis à tecnologia de reconhecimento facial pressupõe, inarredavelmente, o domínio conceitual do mecanismo tecnológico subjacente e a exata alocação da biometria facial nas categorias do Direito Civil e Constitucional. A arquitetura de um sistema de reconhecimento facial opera, em linhas gerais, mediante um processo lógico-matemático trifásico: detecção, extração de características (feature extraction) e correspondência (matching). Na fase de detecção, o software, alimentado por uma rede neural convolucional (Convolutional Neural Network - CNN), localiza a presença de rostos humanos em imagens estáticas ou quadros de vídeo, isolando a face do ambiente de fundo. Ato contínuo, a extração de características mapeia os pontos nodais do rosto — tais como a distância interpupilar, a profundidade das órbitas oculares, o formato das maçãs do rosto e o contorno da mandíbula —, convertendo a topologia facial em um código numérico unidimensional denominado template biométrico, faceprint ou assinatura facial. Por fim, na fase de correspondência, o algoritmo compara a assinatura facial recém-extraída com um repositório preexistente de templates contidos em um banco de dados governamental, atribuindo um grau de probabilidade estatística (score de similaridade) para determinar se há um "match" (identificação positiva).

Esta decodificação técnica é imperativa para a compreensão do fenômeno no campo jurídico, porquanto o rosto humano deixa de ser uma mera representação imagética transitória para transmutar-se em um vetor de dados estruturados e permanente. O jurista e filósofo do direito italiano Stefano Rodotà foi pioneiro ao alertar sobre o processo de "redução do corpo a dado", asseverando que o avanço tecnológico subverte a concepção clássica do corpo físico. O corpo passa a ser lido, esquadrinhado e armazenado, tornando a pessoa eletronicamente rastreável e reconstituível em bancos de dados. A biometria facial, portanto, não é um dado periférico; ela encerra a chave mestra da identidade civil de um indivíduo, ostentando características de imutabilidade, unicidade e irrenunciabilidade. Diferentemente de uma senha criptográfica ou de um número de documento de identificação, que podem ser revogados ou substituídos em caso de comprometimento ou fraude, a geometria facial acompanha o indivíduo perenemente. A violação ou o uso indevido dessa matriz de dados enseja danos de reparação hercúlea, quiçá impossível.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 — Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) —, alçou o dado biométrico à categoria jurídica dogmática de "dado pessoal sensível", consoante o disposto em seu artigo 5º, inciso II. Esta qualificação normativa não é um mero detalhe taxionômico; ela atrai o regime protetivo mais rigoroso de todo o sistema de proteção de dados pátrio, proibindo o tratamento desses dados com base na mera conveniência e exigindo salvaguardas extremas. Contudo, é mister destacar que a LGPD estabelece, em seu artigo 4º, inciso III, alínea "a", uma exclusão material explícita: a lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais.

Esta exclusão legislativa, todavia, não inaugura uma zona de anomia ou um vácuo de juridicidade absoluto para as corporações policiais. A própria LGPD, no § 1º do mesmo artigo 4º, condiciona essa excepcionalidade à edição de uma lei específica (a chamada "LGPD Penal", que até o momento da redação deste estudo pende de aprovação congressual, tramitando como Anteprojeto ou Projetos de Lei correlatos), determinando que, enquanto não houver legislação própria, o tratamento de dados para fins de segurança pública deverá observar os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos na Constituição Federal. Assim, a ausência provisória de um microssistema legal específico para a persecução penal transfere o ônus da regulação hermenêutica diretamente para o texto constitucional. A biometria facial, mesmo sob a tutela da segurança pública, permanece subsumida à proteção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, da CRFB/88) e ao novel direito fundamental à proteção dos dados pessoais, alçado formalmente ao catálogo de direitos fundamentais (art. 5º, inciso LXXIX, da CRFB/88) por força da Emenda Constitucional nº 115/2022.

A dignidade da pessoa humana, além de se consubstanciar no princípio jurídico fundamental do Estado Democrático de Direito, erige-se em critério balizador e limite de toda a ação estatal. Quando o Estado, no exercício do seu poder-dever de segurança, converte as características físicas indissociáveis do indivíduo em um repositório algorítmico suscetível a manipulações em massa, ele tangencia a reificação do ser humano. A proteção do dado biométrico não é apenas uma tutela à privacidade, mas uma garantia de que o indivíduo não será reduzido a uma mera cifra estatística sujeita ao escrutínio invisível e perene da administração pública, devendo toda ingerência ser rigorosamente fundamentada, excepcional e pautada pelos estritos limites da necessidade democrática. (Sarlet, 2015, p. 88).

Consectariamente, a natureza jurídica da imagem facial captada com fins de reconhecimento transmuda-se de direito de personalidade clássico para direito à autodeterminação informativa. O cidadão possui o direito constitucional de saber, em tese, que está sendo objeto de vigilância e quais os parâmetros utilizados para o tratamento de seus dados, mesmo que o sigilo inerente à operação policial limite a transparência pontual de certas diligências. Para a Polícia Militar, instituição cuja legitimidade dimana de sua irrestrita vinculação à lei, o reconhecimento de que a biometria é um dado sensível dotado de status constitucional fundamental exige a superação do paradigma de que a vigilância em espaços públicos é livre de amarras. Embora a rua seja o teatro de operações ostensivas por excelência, o espaço público contemporâneo não elide a expectativa razoável de privacidade do cidadão em relação ao processamento algorítmico indiscriminado de sua identidade. Desse modo, a tecnologia de extração de biometria para cotejamento criminal não consubstancia apenas uma tática policial avançada; ela consubstancia uma intrusão de altíssima magnitude na esfera íntima do cidadão, exigindo, para a sua convalidação, o preenchimento rigoroso de pressupostos materiais de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

3 LIMITES CONSTITUCIONAIS E A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A implementação em larga escala de câmeras dotadas de Inteligência Artificial pelas forças de segurança inaugura um formidável paradoxo constitucional: a colisão principiológica entre a salvaguarda da segurança da coletividade e as trincheiras dogmáticas dos direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão. O sistema jurídico pátrio não comporta direitos absolutos, operando as normas constitucionais em uma dinâmica de ponderação (*Abwägung*), nos termos consagrados pela hermenêutica de matriz germânica desenvolvida por Robert Alexy e largamente recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Para determinar a validade da prática do reconhecimento facial, faz-se mister aplicar o teste de proporcionalidade, desdobrado em suas três máximas parciais: adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*).

No atinente à adequação, questiona-se se a medida de escaneamento biométrico em massa é instrumento idôneo para o atingimento do fim almejado: a

persecução penal e a preservação da ordem pública. Empiricamente, a tecnologia já demonstrou aptidão para a captura de indivíduos com mandados de prisão expedidos, interceptação de foragidos em terminais rodoviários ou grandes eventos e elucidação de condutas criminosas gravíssimas. Assim, a medida atende, *prima facie*, ao subprincípio da adequação. Entretanto, o núcleo problemático reside nas etapas subsequentes da métrica alexyana.

Quanto à necessidade ou exigibilidade da medida, a doutrina impõe a verificação da existência de meios alternativos menos gravosos para atingir o mesmo escopo com idêntica eficácia. O escaneamento indiscriminado de multidões captura não apenas a biometria de potenciais infratores, mas, majoritariamente, as faces de cidadãos idôneos no livre exercício de seus direitos de locomoção e reunião. Essa hipervigilância inverte a presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CRFB/88). No ambiente vigiado por algoritmos, todos os indivíduos são, em uma fração de milissegundo matemática, considerados potenciais suspeitos até que o sistema declare a ausência de um "match" com o banco de mandados. Esta lógica preventiva colide frontalmente com a diretriz acusatória do processo penal brasileiro e com o Estado Democrático de Direito, uma vez que a suspeição genérica e abstrata substitui a exigência de fundada suspeita (*standard probatório material*) requerida para abordagens policiais consubstanciadas no Código de Processo Penal (art. 240 e ss., CPP). A doutrina de processo penal contemporânea adverte que o nivelamento de toda a população a um patamar de vigilância inerente aos apenados dissolve a fronteira entre o sujeito de direitos e o alvo de coerção estatal.

A terceira e mais severa etapa da ponderação incide sobre a proporcionalidade em sentido estrito, perquirindo-se se o benefício auferido com a promoção da segurança pública supera os sacrifícios impostos à privacidade (art. 5º, X, CRFB/88) e à liberdade de ir e vir. Aqui, os limites constitucionais se revelam com clareza cristalina. A captura indiscriminada da biometria facial possui o condão de gerar o chamado *chilling effect* (efeito inibidor). A percepção social de uma vigilância pan-óptica constante e infalível induz à alteração do comportamento individual, desencorajando o livre exercício da manifestação política, da associação civil e da liberdade de expressão em praças públicas e ruas. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar ações correlatas envolvendo o compartilhamento de dados pela administração pública (a exemplo da ADI 6387, que versava sobre o compartilhamento de dados das operadoras de telefonia com o IBGE), já sinalizou de forma cabal que o Estado não

pode estruturar sistemas de vigilância ou de coleta massiva de dados sem finalidades estreitíssimas, específicas e rodeadas de garantias de segurança da informação, sob pena de violação da autodeterminação informativa.

Aprofundando a análise dogmática, o emprego da tecnologia enseja o risco de um desvio de finalidade endêmico. Os bancos de imagens frequentemente alimentados pelas forças de segurança consistem em registros fotográficos criminais pretéritos (mugshots), bancos do Departamento de Trânsito (Detran), registros do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) ou bancos de identificação civil. A junção de bases de dados de natureza civil e não persecutória (como carteiras de identidade e de habilitação) com sistemas de rastreamento criminal em tempo real acarreta a transmutação de um dado fornecido pelo cidadão para o exercício de um direito administrativo (dirigir, votar) em uma ferramenta contínua de persecução policial. Este cruzamento desenfreado desafia o princípio da finalidade inerente à proteção de dados e instaura um paradigma inquisitório de proporções monumentais.

A preservação da imagem institucional e da legalidade estrita que norteia corporações militares como a PMPR demanda que a aplicação dessas tecnologias não se realize de modo autônomo, desenfreado ou sem balizas infralegais transparentes. O limite constitucional não se constitui como um obstáculo ao trabalho policial, mas como a matriz que garante a legitimidade do uso da força e da coerção pelo Estado. Se o reconhecimento facial for utilizado como ferramenta de Inteligência (operações direcionadas, com autorização judicial para busca em bases restritas para elucidação de crimes específicos), sua constitucionalidade é mais robusta. Porém, quando adotado como policiamento ostensivo genérico (live facial recognition em praças e estádios), a colisão com os direitos de personalidade atinge o nível crítico, impondo à Polícia Militar o dever de estabelecer Procedimentos Operacionais Padrão (POP) cirúrgicos que garantam a imediata deleção de dados de inocentes (zero retention) e a absoluta restrição do banco de alvos a indivíduos com mandado de prisão ativo emitido por autoridade judicial competente.

4 O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL E O RISCO ESTRUTURAL DO VIÉS ALGORÍTMICO

O apogeu da complexidade tecnológica repousa no axioma epistemológico de que algoritmos não são entidades ontológicas perfeitas ou abstrações matemáticas desprovidas de valor; são artefatos sociotécnicos. A Inteligência Artificial,

especificamente os sistemas de aprendizado de máquina (*machine learning e deep learning*), é treinada a partir de conjuntos massivos de dados (*datasets*). Se os dados históricos que alimentam a máquina contêm assimetrias, preconceitos ou disparidades de representação demográfica, o algoritmo não apenas absorve tais falhas, mas as automatiza, padroniza e confere-lhes uma indevida aura de objetividade matemática, operando como uma "caixa-preta" (*black box*) de difícil sindicabilidade. Este fenômeno, densamente teorizado por pesquisadores de tecnologia e sociedade, recebe a nomenclatura técnica de viés algorítmico e, no escopo das relações étnico-raciais, racismo algorítmico.

Na engrenagem do sistema de justiça criminal brasileiro, país profundamente marcado por desigualdades socioeconômicas e por um histórico de racismo estrutural que permeia o tecido social, o impacto do viés algorítmico no reconhecimento facial assume contornos dramáticos. Diversos estudos internacionais de alta respeitabilidade, como o *Gender Shades* (desenvolvido pelas pesquisadoras Joy Buolamwini e Timnit Gebru), comprovaram cientificamente que algoritmos comerciais de reconhecimento facial de grandes corporações apresentam taxas de erro (falsos positivos e falsos negativos) exponencialmente maiores quando submetidos a imagens de pessoas negras, especialmente mulheres de pele escura. A explicação técnica para tal disparidade reside no fato de que os bancos de dados utilizados no treinamento primário dessas redes neurais são hegemonicamente compostos por rostos de homens brancos, calibrando a precisão da máquina para esse grupo demográfico em detrimento dos demais.

A transposição acrítica desse software para o teatro de operações da segurança pública resulta em uma probabilidade matematicamente maior de que um cidadão negro, transitando lícitamente por via pública, seja erroneamente assinalado pelo sistema como o indivíduo constante em um mandado de prisão (falso positivo). Sob a ótica do policiamento ostensivo, o falso positivo não é um mero bug informático; é o gatilho deflagrador de uma abordagem policial ostensiva, coercitiva, que sujeita o cidadão ao constrangimento, à busca pessoal, à privação temporária de liberdade e ao perigo inerente a cenários de tensão tática. No limite, a falha da máquina instrumentaliza a institucionalização de uma filtragem racial (*racial profiling*) de alta tecnologia, ocultando o viés sob a roupagem irrefutável da "neutralidade do computador".

A tecnologia de identificação biométrica facial, quando integrada a sistemas de segurança pública sem o devido escrutínio metodológico de suas bases de dados de treinamento, atua como um mecanismo de lavagem algorítmica. O sistema codifica as desigualdades históricas, a seletividade penal preexistente e o racismo estrutural em linhas de código, transformando preconceitos humanos em decisões automatizadas dotadas de pretensão rigor científico. Consequentemente, a adoção destas ferramentas, longe de extirpar a subjetividade humana falha, tem o potencial de cristalizar e reproduzir a opressão sob o manto da infalibilidade tecnológica, ferindo de morte o princípio da igualdade e o núcleo duro do devido processo legal. (Silva, 2021, p. 124).

Além do viés racial estrutural, há um imperativo procedimental ligado à dogmática do Código de Processo Penal (CPP), notadamente no que tange à disciplina do reconhecimento de pessoas delineada no art. 226 e na robusta jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O STJ, por meio de julgamentos paradigmáticos (como o exarado no HC 598.886/SC, sob a relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz), promoveu uma guinada hermenêutica histórica ao determinar que as formalidades do art. 226 do CPP não constituem mera "recomendação", mas exigência imperativa, sob pena de nulidade absoluta do ato e da prova dele decorrente. A corte superior alertou severamente para a falibilidade da memória humana, os riscos da sugestão policial e o altíssimo índice de condenações de inocentes baseadas exclusivamente em reconhecimentos fotográficos precários.

Quando se insere o componente algorítmico nesse panorama, a problemática se acentua. O apontamento gerado pelo software de reconhecimento facial nas ruas serve como mero indício ou vetor investigativo; sob nenhuma hipótese dogmática ele constitui prova plena ou materialidade delitiva por si só. Se a atuação do agente do Estado, focado cegamente no "alerta" da máquina, suprimir as etapas investigativas exigidas em lei (como a confirmação documental, a checagem cruzada de informações e o respeito à cadeia de custódia da evidência digital), todo o arcabouço repressivo desaba por inépcia probatória na seara judicial. A prisão em flagrante ou o cumprimento de mandado originado unicamente de um falso positivo não averiguado por inteligência humana crítica macula o trabalho da corporação, acarreta a nulidade do processo e expõe o Estado a gravosas reparações pecuniárias cíveis por prisões ilegais, violando a essência da justiça que a polícia militar jura defender.

O controle sobre o viés algorítmico transcende, assim, a arena dos desenvolvedores de software; ele se torna um problema de política de Segurança Pública e de doutrina de emprego da força policial. Exige-se das instituições armadas estaduais, como a Polícia Militar, a internalização da compreensão de que o alerta de

reconhecimento não é uma certeza ontológica ou uma ordem de prisão emanada de uma autoridade, mas tão somente um indicativo probabilístico calcado em estatística imperfeita. O combate a esse risco demanda uma barreira de contenção institucional intransponível: a subordinação irrestrita da inteligência artificial à racionalidade técnico-jurídica e ao juízo de valor tático do policial militar, o qual, no momento da abordagem, é o verdadeiro intérprete e executor da Constituição na ponta da linha.

5 A ATIVIDADE-FIM DA POLÍCIA MILITAR DO PARANÁ (PMPR) E A INTEGRAÇÃO TECNOLÓGICA DA VIGILÂNCIA

A Polícia Militar do Estado do Paraná (PMPR) constitui uma das mais centenárias e respeitadas instituições de segurança pública da federação, pautada nos pilares rígidos da hierarquia e da disciplina e orientada historicamente para a excelência na preservação da ordem pública e no policiamento ostensivo. Por força do mandamento expresso no artigo 144, § 5º, da CRFB/88, incumbe às polícias militares o exercício da polícia ostensiva e a preservação da ordem pública. A natureza ostensiva do trabalho da PMPR traduz-se na dissuasão visual e na pronta resposta a incidentes, caracterizando-a como a presença viva do Estado Democrático de Direito nas ruas. É no bojo dessa atribuição primaz que a adoção de tecnologias de vigilância preditiva e sistemas de reconhecimento facial deve ser alocada e rigorosamente parametrizada, operando sempre como um adjutório técnico ao tirocínio do policial, e jamais como sua substituição.

No Estado do Paraná, a modernização das estruturas de segurança tem sido uma marca de gestão, materializada em projetos de cercamento eletrônico, integração de centrais de comando e controle (Centro Integrado de Operações de Segurança Pública - CIOSP / Centro de Operações Policiais Militares - COPOM) e a progressiva implementação de câmeras com capacidade analítica, corporais (bodycams) e de vias públicas. A adoção da inteligência artificial acoplada às câmeras atua como um multiplicador de forças logístico extraordinário. Em uma conjuntura em que os recursos humanos da corporação (efetivo) são limitados frente à expansão territorial e demográfica dos centros urbanos paranaenses, a capacidade de um software varrer ininterruptamente áreas de grande afluxo populacional em busca de foragidos da justiça de altíssima periculosidade, identificando placas de veículos roubados ou cruzando biometrias com o Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP),

representa um salto qualitativo colossal na eficácia repressiva e na economia de meios.

Entrementes, a excelência e o brio institucional que forjam a identidade do miliciano paranaense não coadunam com a adoção irrefletida e temerária de qualquer ferramenta. O emprego tático do reconhecimento facial pela PMPR exige uma acurada simbiose entre o vetor tecnológico e os Princípios Básicos de Uso da Força e da Arma de Fogo (PBUFAF), bem como o respeito contumaz aos ditames dos Direitos Humanos estabelecidos na doutrina policial. Quando o sistema gera um alerta de identificação biométrica (match) no rádio da viatura patrulheira ou no terminal do oficial comandante de uma operação especial, este fluxo de informação altera abruptamente a dinâmica do patrulhamento. O alerta eleva o nível de estresse tático e gera uma expectativa cognitiva de que o indivíduo abordado seja de fato o criminoso procurado. Se este alvo for decorrente de um equívoco algorítmico impulsionado por iluminação deficiente do ambiente, ângulo desfavorável da câmera ou pelas taxas de erro inerentes aos fenótipos raciais (racismo algorítmico), cria-se um cenário de alto risco e potencial deflagração do uso progressivo da força de forma ilegítima, baseada em premissas fáticas inexistentes.

Consequentemente, a adoção do reconhecimento facial pela PMPR não se resume à aquisição de licenças de software ou fixação de hardware em postes. Ela consubstancia a necessidade de uma reestruturação doutrinária profunda. A tecnologia afeta as engrenagens de Comando e Controle, a inteligência policial e as táticas de Abordagem Policial. Cumpre à PMPR erigir salvaguardas que blindem o Policial Militar da ponta da linha de incorrer em erros induzidos pela máquina, protegendo a sua incolumidade física, bem como resguardando a sua segurança jurídica perante os órgãos de controle externo, o Ministério Público e o Poder Judiciário. A PMPR, como instituição garantidora de direitos, deve estabelecer que o algoritmo possui uma função de mera triagem indicial preliminar, destituída de força probatória juris et de jure ou presunção de veracidade material. O policial atua com o seu poder discricionário vinculado pela lei; a máquina não possui poder de polícia.

Em suma, a relação da PMPR com as tecnologias de hipervigilância deve ser delineada por uma matriz de "Ceticismo Tecnológico Operacional". O policial militar recebe o dado da central de inteligência, processa a informação e, com fundamento em sua vasta expertise tática (o célebre "tirocínio policial"), avalia as circunstâncias, coteja o alerta com a aparência visual objetiva e documental do indivíduo no mundo

fenomênico, e só então toma a decisão legal de realizar a restrição de direitos. A eficiência da PMPR no uso dessas ferramentas não será mensurada pela quantidade desenfreada de abordagens oriundas de alertas biométricos, mas pela acurácia clínica das prisões realizadas, pela higidez dos inquéritos policiais e processos judiciais subsequentes decorrentes de suas ações, e pela irrestrita manutenção da paz social e dos valores intrínsecos ao Estado Democrático de Direito. Para que este panorama de excelência seja efetivado, a corporação necessita urgentemente de normativas internas procedimentais invioláveis.

6 PROPOSTAS PRÁTICAS E SOLUÇÕES DOUTRINÁRIO-INSTITUCIONAIS PARA A PMPR

A crítica analítica expendida nas seções anteriores culmina na imperiosa necessidade de alinhar o imperativo da inovação tecnológica com o rigor da ciência policial, a legalidade estrita e o perfil institucional de excelência da Polícia Militar do Paraná. A adoção de postura de rejeição absoluta e proibicionista (banimento total do reconhecimento facial) revela-se utópica, contraproducente e impeditiva do necessário aparelhamento do Estado frente ao crime organizado. Logo, a resolução hermenêutica e operacional adequada exige a formulação de um marco regulatório e procedimental interno robusto. Apresentam-se a seguir as diretrizes táticas, doutrinárias e pragmáticas imperativas para assegurar que a implementação e o uso do reconhecimento facial pela PMPR consubstanciem um vetor de segurança efetiva, blindado de máculas constitucionais ou institucionais:

A) Criação e Institucionalização do Procedimento Operacional Padrão (POP) Específico de Abordagem Mista (Algoritmo-Humano)

É premente a formulação de um Procedimento Operacional Padrão (POP) exclusivo e altamente pormenorizado, redigido pelos escalões superiores de planejamento, doutrina e ensino da PMPR (como a Diretoria de Ensino e Pesquisa - DEP), estipulando que o alerta do sistema de reconhecimento facial configura, per se, apenas um grau de probabilidade matemática (*soft intelligence*), mas nunca a materialidade do flagrante ou prova cabal da identidade do transeunte (*hard intelligence*). O POP deve estabelecer categoricamente o princípio da "Supervisão Humana Significativa" (*Human-in-the-loop*). Quando o Centro de Operações repassar o alerta para a guarnição, o policial militar despachado deve adotar uma postura investigativa inquisitiva, e não conclusiva. A abordagem deve iniciar-se estritamente

focada na identificação civil primária (solicitação de documento de identificação com foto - RG, CNH). Em hipótese alguma a privação de liberdade ou condução coercitiva à Delegacia poderá ocorrer exclusivamente com lastro no alerta algorítmico se as características fenotípicas humanas evidentes ou os documentos oficiais apresentados pelo abordado refutarem o "match" da máquina. O erro algorítmico deve ser saneado, imediatamente, in loco, pela intervenção humana qualificada do Policial Militar, pedindo-se desculpas pelo incômodo e dispensando o cidadão.

B) Regulamentação Estrita das Bases de Dados (Listas de Alvos/Watchlists)

Para resguardar os princípios da finalidade e da proporcionalidade encartados na Constituição Federal e nas diretrizes basilares da proteção de dados pessoais, o sistema de reconhecimento facial utilizado em praças, logradouros, estádios ou eventos festivos deve estar vinculado, única e exclusivamente, ao cruzamento de biometrias com os bancos de dados do sistema de justiça criminal, notadamente o Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP). É terminantemente vedada, por força dos princípios da inocência e da privacidade, a integração de reconhecimento facial com finalidade de busca prospectiva (*fishing expedition*) em base de dados puramente civis sem autorização de juízo criminal (como rastreamento geral do cidadão que não possui pendências criminais ativas). A lista de vigiados (*watchlist*) da PMPR deve ser regularmente auditada e higienizada, excluindo-se instantaneamente, em tempo real, indivíduos cujos mandados de prisão tenham sido suspensos, revogados, cumpridos ou que já tenham finalizado o cumprimento da pena, evitando a catastrófica "prisão em flagrante por equívoco" que fere o Estado e mancha a atividade policial.

C) Transparência de Eficácia e Threshold (Limiar de Semelhança)

O comando logístico e de inteligência da PMPR, juntamente com as empresas fornecedoras do software, deve estabelecer um limiar de conformidade (Threshold/Score de Confiança) para a emissão de um alerta altíssimo. O sistema não deve gerar notificações de despachos policiais se a probabilidade estatística de que o rosto da rua e o rosto do foragido forem idênticos for inferior a um patamar rigoroso (e.g., acima de 95% de similitude biométrica em testes referenciados de calibração). Esta calibragem reduzirá matematicamente os falsos positivos e aliviará as equipes operacionais (RPA, ROTAM, CHOQUE) da carga extenuante de realizar abordagens policiais infundadas. Ademais, é salutar que, em nome da transparência da administração pública militar, a corporação produza relatórios estatísticos periódicos,

sem expor métodos investigativos sigilosos, atestando o número de capturas bem-sucedidas através do sistema e o índice de falsos positivos detectados, propiciando uma auditoria contínua de eficácia, permitindo a aferição objetiva do impacto e da mitigação do racismo algorítmico.

D) Preservação da Cadeia de Custódia Digital para Validação Processual Penal

Em observância estrita ao Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), que instituiu regulamentação detalhada para a cadeia de custódia da prova criminal (arts. 158-A a 158-F do Código de Processo Penal), a PMPR deve garantir que, nas ocorrências desencadeadas a partir de reconhecimento facial e que resultem em auto de prisão em flagrante ou cumprimento de mandado, a evidência digital (o extrato do *match*, os logs de acesso, a imagem capturada pelo totem de rua que gerou o acionamento e os metadados correlatos) seja documentada formalmente e anexada ao Boletim de Ocorrência Policial Militar (BOU). Esta instrumentalização fornece lastro probatório legítimo, higidez jurídica à captura e confere subsídios transparentes à Polícia Civil, ao Ministério Público e ao Juiz de Direito durante a Audiência de Custódia. O registro pormenorizado mitiga a tese defensiva da nulidade probatória e assegura que os atos administrativos e de polícia judiciária militar ostentem a mais blindada integridade legal.

E) Instrução, Treinamento Contínuo e Construção Cognitiva da Tropa

Nenhuma inovação tecnológica prospera em uma corporação que descure do aperfeiçoamento humano. A PMPR deve incluir nos currículos da Academia Policial Militar do Guatupê (APMG), nas escolas de formação de praças (EsFAP) e nos cursos de requalificação periódicos (EaD/presencial), disciplinas voltadas para a "Ética na Inteligência Artificial e Biometria". O Policial Militar moderno não atua apenas de forma braçal e tática; ele é o primeiro interpretador e o garantidor imediato de Direitos Humanos na sociedade. O policial deve compreender as limitações inerentes aos sistemas informatizados, os conceitos de falhas da máquina, a mecânica matemática e social do viés racial algorítmico, e os ditames da Proteção de Dados (LGPD). A excelência cognitiva do operador do sistema impede a sacralização irrefletida da máquina e exalta a primazia hierárquica do raciocínio crítico, da razoabilidade e do senso de justiça militares em face da tecnologia.

7 CONCLUSÃO

O decurso analítico, dogmático e científico percorrido neste estudo comprova, de forma irretorquível, que o emprego das tecnologias de reconhecimento facial algorítmico no cerne das funções de segurança pública representa uma das mais intrincadas fronteiras normativas do século XXI. Em um polo da ponderação constitucional, divisa-se o dever inexorável e fundamental do Estado de dotar-se dos mais argutos instrumentos repressivos para garantir a paz e a estabilidade da coletividade, desidratando as estruturas do crime e efetivando a apreensão de indivíduos evadidos do arcabouço jurisdicional. No polo diametralmente oposto e de grandeza hierárquica equipolente, fulguram os direitos de intimidade, de privacidade, a imutável proteção dos dados pessoais sensíveis do cidadão e a inafastável igualdade de tratamento e presunção de inocência, erigidos a cláusulas pétreas na matriz da Carta Magna promulgada em 1988.

A exegese aqui demonstrada afasta cabalmente o paradigma de que as ferramentas tecnológicas de Inteligência Artificial operam em um vácuo de pureza axiológica, matemática e apolítica. Ao contrário, ficou visceralmente comprovado, pela mais abalizada doutrina jurídica nacional e por vastos estudos criminológicos internacionais, que algoritmos são entidades hermenêuticas sociotécnicas; eles replicam, mimetizam e potencialmente exacerbam as patologias, as falhas de mapeamento e os vieses raciais que contaminam as suas matrizes de alimentação de dados. Para o aparelho repressor do Estado, e substancialmente para as forças de segurança que atuam in loco em constante fricção com o corpo social, como a venerável Polícia Militar do Paraná (PMPR), cancelar o produto desses sistemas com a aura de infalibilidade absolutista traduz-se no mais perigoso equívoco tático e jurídico. O falso positivo, engendrado pelo racismo algorítmico ou por distorções de treinamento, quando recepcionado como dogma pelo aparato estatal, subverte o Estado Democrático de Direito, converte ferramentas de proteção em mecanismos de opressão racial ou civil velada e atrai o flagelo da nulidade processual penal em cortes superiores.

Deste complexo apanhado decorre que a solução republicana não gravita no banimento neoludita das novas engrenagens do policiamento inteligente, mas em uma simbiose profunda com a estrita conformidade técnica e legal. A PMPR, entidade guardiã ativa do tecido da ordem paranaense, porta as plenas capacidades doutrinárias, disciplinares e hierárquicas para ser a vanguarda e o arquétipo desse



balanço hermenêutico no Brasil. Mediante as diretrizes aqui solidificadas, pontua-se a impreterível construção de um sistema de balizamentos internos na corporação que aloca o reconhecimento facial na posição subalterna que lhe cabe: a de ferramenta investigativa indicial auxiliar. A obrigatoriedade do cruzamento focado em mandados judiciais (*watchlists* estritas), a subordinação das decisões repressivas drásticas ao princípio *human-in-the-loop*, o crivo exaustivo para evitar constrangimentos a inocentes, a cadeia de custódia indevassável e o incessante polimento acadêmico dos quadros da tropa garantem que o tirocínio do Policial Militar jamais seja eclipsado pela presunção automatizada. Ao final, atesta-se que somente o amálgama indissolúvel entre tecnologia vanguardista, protocolos irretocáveis e inquebrantável lealdade constitucional habilitará o aparato policial a defender a civilização, honrando a corporação, enaltecendo a sua farda e materializando a suprema dignidade humana.



REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BENJAMIN, Ruha. **Race After Technology: Abolitionist Tools for the New Jim Code**. Medford, MA: Polity, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 fev. 2026.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1941]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 24 fev. 2026.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 24 fev. 2026.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. (Pacote Anticrime). Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 24 fev. 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **Habeas Corpus nº 598.886 / SC**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 27 de outubro de 2020. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 18 dez. 2020. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 fev. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6387 / DF**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 07 de maio de 2020. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 12 nov. 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>. Acesso em: 24 fev. 2026.

BUOLAMWINI, Joy; GEBRU, Timnit. Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification. **Proceedings of Machine Learning Research**, [S. l.], v. 81, p. 1-15, 2018. Disponível em: <<http://proceedings.mlr.press/v81/buolamwini18a.html>>. Acesso em: 24 fev. 2026.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014.



O'NEIL, Cathy. **Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy**. New York: Crown Publishing Group, 2016.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Tarcízio. **Racismo Algorítmico: inteligência artificial e discriminação nas redes digitais**. São Paulo: Edições SESC, 2021.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FORMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS BENS JURÍDICOS PENAIIS: ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DO ART. 273, §1º-B, V, DO CÓDIGO PENAL

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FORMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS BENS JURÍDICOS PENAIIS: ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DO ART. 273, §1º-B, V, DO CÓDIGO PENAL

Washington Luiz Fernandes Aires Filho¹

Resumo: O presente trabalho tem por finalidade analisar o princípio da proporcionalidade como forma de controle dos bens jurídicos penais. Extraído implicitamente do devido processo legal substantivo, o ventilado princípio tem sido fortemente utilizado na jurisprudência como um limite a pretensão estatal de punir. Nesse sentido, aflora o caso julgado pela STJ (AI no HC nº 239.363 – PR) no qual foi declarada a inconstitucionalidade da pena do art. 273, §1º-B, do Código Penal, determinando o tribunal a aplicação da reprimenda prevista para o crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/06). Por fim, intenta-se demonstrar os equívocos do julgado, o qual violou garantias fundamentais do cidadão.

Palavras-chave: Princípio da proporcionalidade. Controle de constitucionalidade. Bem jurídico penal. Art. 273, §1º-B, do Código Penal.

Abstract: The purpose of this academic work is to analyze the principle of proportionality as a form of control of criminal legal assets. Extracted implicitly from due substantive legal process, the vivid principle has been heavily used in jurisprudence as a limit to the State's claim to punish. In this sense, the case brought by the STJ (AI in HC No. 239.363 - PR) emerges in which the unconstitutionality of the sentence of art. 273, §1-B, of the Criminal Code, determining the court to apply the reprimand provided for the crime of drug trafficking (article 33, caput, of Law 11.343 / 06). Finally, it tries to demonstrate the misconceptions of the court, which violated fundamental guarantees of the citizen.

Keywords: Principle of proportionality. Control of constitutionality. Good criminal law. Art. 273, §1º-B, of the Penal Code.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico terá por finalidade analisar o princípio da proporcionalidade no âmbito criminal, seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), as suas dimensões (dever de tutela e proibição

¹ Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão – UEMA. Delegado de Polícia Civil do Estado do Maranhão. Contato: dpcwashingtonluiz@gmail.com

da proteção insuficiente), perquirindo se este pode ser utilizado para o controle de constitucionalidade dos tipos penais.

Dessa forma, o presente artigo será dividido em 3 capítulos. No primeiro capítulo observará que o princípio da proporcionalidade, cuja origem remonta ao período romano, tem seu desenvolvimento mais vívido na seara criminal durante o Iluminismo com Cesare Beccaria. Ademais, será feita uma análise da dimensão tradicional do referido princípio, a qual veda o excesso, assim como da dimensão mais moderna que preconiza que o Estado deve realizar uma proteção adequada dos bens jurídicos. De mais a mais, também será tratado dos subprincípios da proporcionalidade e sua aplicação ao Direito Penal.

O segundo capítulo cuidará do crime do art. 273 do Código Penal, cujo *nomem juris* é o de “Crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais”. Neste ponto, será travada a discussão sobre a tipicidade do delito, suas elementares, objetos materiais e os entraves doutrinários e jurisprudenciais para a sua aplicação concreta.

O último capítulo se destinará a analisar criticamente a decisão tomada pela Corte Especial do STJ sobre o delito em questão. O julgado foi no sentido da inconstitucionalidade do art. 273, §1º-B, V, do Código Penal em razão da violação ao princípio da proporcionalidade, determinando que seja aplicada a pena do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06).

Para alcançar o desiderato científico proposto, será utilizada o método hipotético-dedutivo que insinua a tese de formulação de hipóteses, e a partir destas se extrair a solução para o caso em análise. Nesse sentido, este trabalho monográfico irá seguir essa linhagem de abordagem científica, sempre buscando a partir de hipóteses e tentativas alcançar um desfecho satisfatório para a problemática central desencadeada deste artigo.

Por fim, urge discutir a utilização do princípio da proporcionalidade como forma de controle dos bens jurídicos penais, investigando se de fato os tribunais estão aplicando corretamente os seus pressupostos teóricos com vistas a garantir os direitos fundamentais do acusado e os interesses da sociedade na devida proteção de bens jurídicos.

1. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Inicialmente, é importante perceber que “[...] há princípios que são mais fáceis de compreender do que definir. A proporcionalidade entra na categoria desses princípios” (Xavier apud Bonavides, 2008, p. 392). Quando se busca conceituar um objeto perdem-se algumas características dele, tendo em vista que toda definição reduz a complexidade do objeto do estudo. O mesmo ocorre com a proporcionalidade que é um princípio que busca limitar o arbítrio estatal, seja na feição da proibição do excesso, seja quanto à proibição da proteção insuficiente, por meio da utilização de subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Origina-se o princípio da proporcionalidade no direito romano, porém o seu desenvolvimento como forma de controle do arbítrio estatal começou durante o Iluminismo, mais precisamente com Cesare Beccaria em seu célebre “Dos delitos e das penas”, no qual se desenharam as linhas básicas de sua utilização na seara criminal. Beccaria defende claramente que as penas devem ser proporcionais aos delitos, de modo que o legislador deveria criminalizar condutas que se mostrem aptas a gerar um dano à coletividade².

As ideias de Beccaria refletiram na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cujo art. 15 prevê que “A lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito.”

No Brasil, o princípio da proporcionalidade vem se desenvolvendo fortemente após o advento da Constituição de 1988 sob influência da teoria constitucional alemã. Não há textualmente previsão da CRFB/88 do princípio da proporcionalidade, sendo que o STF tem o fundamentado no *substantive due process of law*. (Samento; Souza Neto, 2014).

Nesse contexto, aponta a doutrina que a proporcionalidade é utilizada como meio de exame dos excessos estatais, bem como dos deveres de atuação do Poder Público para a tutela de bens jurídicos.

De um lado, o princípio da proporcionalidade veda que os órgãos estatais tomem medidas coativas indevidas ou excessivamente onerosas (Novelino, 2015). Neste plano de análise funciona a proporcionalidade como importante meio de

² Conforme aduz Beccaria (2013, p. 42): “Não somente é de interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas.”

limitação das restrições de direitos fundamentais, atuando como um mecanismo de controle de constitucionalidade. É a famigerada proibição do excesso (*Übermassverbot*) e se refere à dimensão negativa da proporcionalidade, a qual é decorrência lógica do Estado de Direito. Conforme ensina Ingo W. Sarlet (2005, p. 24):

“Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais [...].”

Noutra banda, modernamente, aborda-se sobre o imperativo de tutela, também chamada de vedação da proteção deficiente (*Untermassverbot*), de modo que o Estado não pode se frustrar do dever de proteger os direitos constitucionalmente garantidos, sob pena de ser reputado omissor quanto a sua obrigação de proteção. Cuida-se, pois, de uma dimensão positiva da proporcionalidade (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2013). Aduz Ingo W. Sarlet (2005, p. 25):

“[...] o Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).”

Observa-se, então, que o princípio da proporcionalidade possui uma natureza dúplice, a qual veda restrições a direitos fundamentais além do necessário, bem como que os direitos constitucionalmente assegurados tenham uma proteção aquém da exigida (Novelino, 2015).

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade, no âmbito criminal, pode ser utilizado como uma forma de controle dos bens jurídicos penais, analisando, de um lado, a relação entre a pena criminal e a proteção de bens jurídicos; de outro lado, do desvalor da conduta (ação ou omissão) e o do desvalor do resultado obtido (Prado, 2010).

Nessa seara, preleciona Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 28):

“[...] o princípio da proporcionalidade – implícito no art. 5º, caput, da Constituição da República – proíbe penas excessivas ou desproporcionais em face do desvalor da ação ou do desvalor do resultado do fato punível, lesivas da função de retribuição equivalente do crime atribuída às penas criminais nas sociedades capitalistas.”

Em matéria penal, o princípio da proporcionalidade se desdobra em um plano abstrato e em um plano concreto.

A dimensão abstrata do princípio da proporcionalidade, direcionada ao legislador, pugna pelo equilíbrio entre as penas cominadas e o fato criminoso, isto é, deve existir uma relação de equivalência entre o fato praticado pelo agente e a pena estabelecida para o crime, de modo que lesões insignificantes são afastadas de qualquer criminalização, restringindo os tipos penais a condutas que provoquem danos sociais de relevante extensão. Nessa toada, é inadmissível que as lesões à propriedade tenham uma reprimenda mais severa do que as lesões à vida³ (Santos, 2008).

Já a dimensão concreta do princípio da proporcionalidade, direcionada aos atores do sistema de justiça criminal (Juiz, Ministério Público, dentre outros), refere-se a relação entre a gravidade do fato praticado pelo agente e a pena fixada pelo juiz, ou seja, equaciona-se os custos individuais e sociais da criminalização. Aqui se leva em consideração as consequências do crime para o agente, sua família e para toda a sociedade, vislumbrando se de fato é necessária a pena (Santos, 2008).

Nesse cenário, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma por violação da proporcionalidade se verifica quando, lesados os seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), chega-se a um resultado infringente do dever de tutela estatal ou da proibição do excesso dos comportamentos do poder público.

O subprincípio da adequação ou pertinência (*Geeignetheit*), ensina Silva (2002, p. 36) que “[...] adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”. Em linhas gerais, no plano da adequação é feito um juízo acerca da possibilidade jurídica de determinada medida estatal (lei, política pública, entre outras)

³ Cumpre assinalar que, no Brasil, o crime que possui a maior pena é o de extorsão mediante sequestro com resultado morte (art. 159, §3º, do Código Penal). Um delito contra o patrimônio e não contra a vida, a qual é o pressuposto elementar do exercício de todos os demais direitos fundamentais.

alcançar o fim a que se propõe, ou seja, analisa-se a pertinência fim almejado e meios empregados (Sarmiento; Souza Neto, 2014).

Já a necessidade ou exigibilidade (*Erforderlichkeit*), assevera Silva (2002, p. 38) que “[...] um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”. Busca-se, conforme se vê claramente, analisar se o ato estatal é o meio menos danoso para a consecução do fim, antevendo se há outro meio menos gravoso aos direitos fundamentais que possam alcançar idêntico resultado (Bonavides, 2008).

Nesse diapasão, na adequação e na necessidade realiza-se um juízo acerca das possibilidades fáticas a partir dos seguintes questionamentos: 1) a pena criminal é um meio adequado (entre outros) para o fim de proteger um bem jurídico? 2) a pena criminal é um meio necessário (outros meios podem ser adequados, mas não necessários) para realizar o fim de proteger bem jurídico? (Santos, 2008).

Por fim, no que pertine à proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), aduz Silva (2002, p. 40) que

[...] o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.

No plano da proporcionalidade em sentido estrito, em uma linguagem econômica, é realizada a análise da relação custo benefício da medida estatal, isto é, ocorre o juízo de ponderação se os ganhos são superiores aos prejuízos (Ramos, 2014a). Ou seja, busca-se antever as possibilidades jurídicas da medida estatal adotada, questionando se a pena criminal adotada é proporcional em relação a lesão abstrata ou concreta do bem jurídico? (Santos, 2008).

2. CRIME DE FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIO- JURISPRUDENCIAL

O art. 273 do Código Penal estabelece:

“Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

V - de procedência ignorada; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente. (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998).

Modalidade culposa

§ 2º - Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)."

Inicialmente, é relevante perceber que as condutas típicas são: 1) "Falsificar, corromper, adulterar ou alterar"; 2) "produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais." Falsificar significa reproduzir, copiar, imitar algo; corromper é adulterar, modificar, alterar; adulterar tem o sentido de deturpar, deformar; e alterar é modificar, mudar, transformar. A conduta do agente deve recair sobre qualquer substância utilizada no processo terapêutico de cura de uma moléstia (Greco, p. 492). O §1º-A indica que também são objetos materiais do referido delito os medicamentos (produto destinado à cura de enfermidades), matéria-prima (base para a produção de outras substâncias), insumos farmacêuticos (combinação de várias matérias-primas), cosméticos (produtos destinados ao embelezamento, conservação e limpeza da pele) e saneantes (finalidade de limpeza).

Cumprasse assinalar (Nucci, 2017) que o crime em tela é de perigo abstrato, ou seja, não é necessário comprovar que houve a lesão ou a exposição a risco do bem jurídico protegido pela norma penal, qual seja, a saúde pública. Trata-se de crime comum (qualquer pessoa pode cometê-lo), formal (é despidendo o resultado naturalístico para a sua consumação), possui a forma culposa (art. 273, §2º, do Código Penal), em regra é comissivo, salvo a hipótese da omissão imprópria, e é de forma

livre (o agente pode praticá-lo mediante qualquer meio). O bem jurídico protegido é a saúde pública, constituindo-se em tipo misto alternativo (o legislador prevê uma série de condutas e a prática de várias delas, no mesmo contexto fático, configura só um crime).

A Lei 9.677/1998, que alterou a pena desse tipo penal de 1 a 3 anos para 10 a 15 anos, modificou substancialmente a figura criminosa. Houve a inclusão do §1º-B prevendo novas figuras típicas, algumas já incluídas implicitamente no *caput* do dispositivo, bem como alteração da pena e, por fim, o estabelecimento no rol de crimes hediondos (art. 1º, da Lei 8072/90).

A motivação de tamanha alteração normativa foi a crise vivida no país pela falsificação e adulteração de pílulas anticoncepcionais, gerando uma pressão da mídia e a rápida movimentação do Legislativo para punir, ou melhor, encrudescer a repressão a essas condutas. Criou-se uma situação incongruente em que se pune um crime de perigo abstrato com uma pena, *mutadis mutandis*, parecida com a do homicídio (Nucci, 2017).

Vários doutrinadores começaram a denunciar essa situação incongruente, aduzindo que a novel legislação padecia do vício da inconstitucionalidade, tendo em vista a não diferenciação entre a falsificação de um remédio e a alteração na formulação de um saneante, a exemplo um desinfetante. Dessa forma, haveria condutas que, por mais que merecessem a tutela penal, estariam recebendo uma pena extremamente severa, desproporcional e com os rigores preconizados pela lei de crimes hediondos. Vejamos as lições Alberto Silva Franco (apud Greco, p. 495).

“A falsificação de um cosmético, como um batom, ou de produto destinado à higienização doméstica, ou ainda a exposição à venda de produto adquirido de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente são ações que não chegam a ofender, de modo significativo, o bem jurídico que se buscou proteger (a saúde pública). Além disso, para as ações exemplificadas são cominadas penas reclusivas chocantes (entre dez a 15 anos), o que evidencia a total carência de proporção entre a gravidade das condutas empreendidas e as consequências punitivas delas decorrentes. Ademais, essa desproporção fica mais à mostra quando o preceito sancionatório formulado pelo legislador dá, como no caso do art. 273 do Código Penal, um tratamento punitivo mais rigoroso a condutas valorativamente menos graves: a pena do homicídio simples (mínimo de seis anos de reclusão) é inferior à pena de falsificação ou de alteração de cosméticos ou saneantes ou de ilícito administrativo alçado à categoria de fato criminoso (mínimo de dez anos de reclusão). A conclusão final é, portanto, pela manifesta ofensa aos princípios constitucionais da ofensividade e da proporcionalidade.”

Essa divergência doutrinária refletiu na jurisprudência, surgindo algumas correntes acerca da constitucionalidade do crime do art. 273 do Código Penal, em especial a sua harmonização com o princípio da proporcionalidade.

Alguns julgados, mais conservadores, afirmam que não cabe ao judiciário se imiscuir na função de legislar em razão do princípio da separação de poderes, aplicando a pena e ignorando qualquer juízo de compatibilidade com a ordem constitucional. Essa é a visão do STF. Senão, vejamos.

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ARTIGO 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 5º, XLVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OPÇÃO POLÍTICO-LEGISLATIVA PARA APENAR DETERMINADOS DELITOS COM MAIOR SEVERIDADE. INCOMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA INTERFERIR NAS ESCOLHAS FEITAS PELO PODER LEGISLATIVO. 1. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. 2. O Poder Judiciário não detém competência para interferir nas opções feitas pelo Poder Legislativo a respeito da apenação mais severa daqueles que praticam determinados crimes, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes. 3. In casu, o acórdão extraordinariamente recorrido assentou: “PENAL. PROCESSO PENAL. ARTIGO 273, § 1º e § 1º-B, INCISOS V e VI DO CÓDIGO PENAL. TRANSNACIONALIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOLO DEMONSTRADO. RECONHECIDO CONCURSO FORMAL.” 4. Agravo regimental DESPROVIDO. (RE 829226 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 05-03-2015 PUBLIC 06-03-2015).

Outros julgados, com espreque na analogia in bonam partem, aplicam a pena do tráfico de drogas (art. 33, da Lei 11343/06), em razão de uma clara ofensa ao princípio da proporcionalidade. Para os que adotam essa visão, a pena do art. 273 do Estatuto Repressivo apenas seria aplicada em situações particularmente graves, quando houver enormes danos, o que na prática raramente acontece. É a posição da Corte Especial do STJ. Vejamos.

“ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1. A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 2. É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou

suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais. 3. Em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal. 4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretense usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas - notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública. 5. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso. 6. Arguição acolhida para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma (AI no HC 239363 / PR. Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Corte Especial, DJe 10/04/2015)."

Tendo em vista que a decisão do STJ representa o entendimento de todo o Tribunal, já que tomada por meio de arguição de inconstitucionalidade levada a termo pela Corte Especial, a maioria da doutrina pugna que é a visão prevalecente e, portanto, a que deve ser aplicada nas instâncias inferiores. No entanto, por meio uma análise crítica da decisão se chega a alguns graves entraves à subsistência desse julgado que serão expostos mais detidamente abaixo.

3. ANÁLISE CRÍTICA DO JULGAMENTO DO AI NO HC Nº 239.363 – PR (STJ) – DESPROPORCIONALIDADE DA REPRIMENDA DO ART. 273, §1º-B DO CÓDIGO PENAL

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento paradigmático, deixou assentado que a pena do crime previsto no art. 273, §1º-B, do Código Penal é inconstitucional. Para tanto, o STJ levou em consideração vários fundamentos, os quais serão detidamente e criticamente analisados a seguir.

Inicialmente, a Colenda Corte afirmou que é possível o controle de constitucionalidade dos bens jurídicos penais, pois a intervenção estatal no Direito Penal deve ser sempre feita seguindo balizas, em especial as fixadas pelo princípio da proporcionalidade.

Esse princípio confere ao judiciário a possibilidade de perquirir a proporcionalidade da pena ou da criação de um tipo penal com vistas a controlar os eventuais excessos cometidos na atividade legislativa.

Nesse cenário, o STJ asseverou que a pena do tipo penal em tela não se compatibiliza com a razoabilidade/proporcionalidade, já que a conduta de ter em depósito para venda produto ou substância destinada a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada seria mais grave do que as condutas relacionadas ao tráfico de drogas (art. 33, da Lei nº 11343/06).

Com efeito, a pena do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11343/06) é de 5 a 15 anos de reclusão, sendo este delito equipado a crime hediondo pela Lei 8072/90. Já a pena do art. 273, §1º-B, do Código Penal é de 10 a 15 anos de reclusão.

Conforme se vê claramente, o juiz tem uma menor margem de fixação de pena no crime do art. 273, §1º-B, do Código Penal, de modo que invariavelmente o agente delituoso que cometer esse crime cumprirá a pena em regime fechado durante um lapso temporal considerável, ao passo que o condenado pelo crime de tráfico, segundo a jurisprudência do STF e STJ, pode ter o regime inicial de cumprimento de pena diverso do fechado.

Noutros termos, o crime de tráfico de drogas mesmo sendo mais grave e tendo um bem jurídico de maior relevância para o direito penal recebe uma punição menos grave que a conduta de ter em depósito um produto de procedência ignorada.

Desse modo, o STJ determinou que fosse aplicada a pena do crime de tráfico de drogas ao delito insculpido no art. 273, §1º-B, do Código Penal.

Esse julgado, no entanto, enfrenta algumas dificuldades teóricas de difícil compatibilização. Senão, vejamos.

Uma crítica que pode ser feita a esse julgado é que o STJ ao determinar que seja aplicada a pena do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11343/06) ao delito do art. 273, §1º-B, do Código Penal criou uma nova lei penal (*lex tertia*) o que é vedado pelo princípio da legalidade.

O próprio STJ, em outros julgados (EREsp 1094499 MG) e hoje há súmula sobre o tema (súmula 501⁴), vedou a combinação de leis penais, pois seria equivalente a criação de uma nova lei penal (*lex tertia*).

⁴ Súmula 501 - É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação



O princípio da legalidade, uma das expressões máximas do estado democrático de direito, garantia fundamental do acusado, é extraída da formulação de Fuerbach do *nullum crime, nulla poena sine praevia lege*. Para a incidência desse princípio, a punição de um comportamento depende da prévia previsão em lei, devendo a norma penal ser advinda da regular atividade legislativa estabelecendo um comportamento socialmente decantado como criminoso (Santos, 2008).

De um lado, para existir uma normal penal é necessário que esta seja decorrência da atividade do legislador, o qual é o único legitimado democraticamente a criar novos delitos. Noutra banda, é indispensável que no momento de aplicação das normas penais o juiz não utilize várias leis ou as combine (*lex tertia*) para punir ou até mesmo melhorar a situação do agente, pois haveria uma violação clara do princípio da legalidade (Santos, 2008).

No julgado em questão, o STJ criou uma nova lei penal por meio da aplicação ao crime do art. 273, §1º-B, do Código Penal a pena do crime de tráfico de drogas, mesmo que o fundamento seja melhorar a situação jurídica do acusado.

Os direitos e garantias fundamentais, capítulo em que se insere o princípio da legalidade, não podem ser casuisticamente relativizados em razão de beneficiar o acusado ou por anseios sociais.

As garantias fundamentais devem prevalecer. O princípio da legalidade não pode ceder aos “cantos das sereias”, daquelas formulações teóricas que não acrescentam na reafirmação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

No curso da presente pesquisa acadêmica se constatou que o princípio da proporcionalidade pode ser utilizado como forma de exercer o controle de constitucionalidade dos bens jurídicos penais em razão de suas duas facetas, a proibição do excesso e o dever de tutela.

No âmbito penal o princípio da proporcionalidade analisa a relação entre a pena criminal e a proteção de bens jurídicos. De outro lado, tal princípio verifica o desvalor da conduta (ação ou omissão) e o desvalor do resultado obtido.

Outrossim, foi possível constatar que o delito previsto no art. 273, §1º-B, do Código Penal é de perigo abstrato, ou seja, não é indispensável a demonstração de

da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis. (Súmula 501, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 28/10/2013)



que ocorreu lesão ou exposição a risco do bem jurídico protegido pela lei penal, qual seja, a saúde pública. Cuida-se de crime comum (qualquer pessoa pode cometê-lo), formal (é despreciando o resultado naturalístico para a sua consumação), cujo bem jurídico protegido é a saúde pública, constituindo-se em tipo misto alternativo (o legislador prevê uma série de condutas e a prática de várias delas, no mesmo contexto fático, configura só um crime).

Os estudos realizados demonstraram que há uma controvérsia doutrinária e jurisprudencial quanto a constitucionalidade da pena do crime do art. 273, §1º-B, do Código Penal, tendo em vista a severidade da punição, a qual é superior, por exemplo, a pena do tráfico de drogas.

Nesse cenário, o STJ em decisão ativista (AI no HC nº 239.363 – PR) declarou a inconstitucionalidade da pena desse crime, determinando que fosse aplicada a pena do tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11343/06).

Verificou-se que esse julgado recebeu várias críticas em razão das inconsistências teórico-dogmáticas que possui, pois cria claramente um terceira lei penal (*lex tertia*) utilizando da fundamentação tacanha de melhorar a situação jurídica do acusado e de violação da proporcionalidade na tutela dos bens jurídicos penais.

Portanto, foi possível constatar que houve um grave equívoco pelo STJ na declaração da inconstitucionalidade da pena do art. 273, §1º-B, do Código Penal, já que a Colenda Corte determinou a aplicação da pena do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11343/06), em clara e direta violação do princípio da legalidade.



REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6 ed.rev. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2013.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**, volume III. 14ª ed. Niterói, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 17 ed.rev, atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 10 ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014a.
- _____. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014b.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3ªed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 30 de abril de 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, n. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

POLÍTICAS MIGRATORIAS EN LA UNIÓN EUROPEA: ENTRE SEGURIDAD FRONTERIZA Y DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES

MIGRATION POLICIES IN THE EUROPEAN UNION: BETWEEN BORDER SECURITY AND THE HUMAN RIGHTS OF MIGRANTS

Diana Carolina Valerín Miranda¹

Resumen: El fenómeno migratorio actual muestra una realidad compleja, promovida por diversos factores como los económicos, políticos, sociales y de seguridad. Esta investigación aborda distintas manifestaciones de la movilidad humana, incluyendo personas refugiadas, desplazadas y migrantes por razones económicas, analizando sus implicaciones jurídicas y de protección desde una perspectiva basada en derechos humanos, asimismo, se analizan los marcos legales internacionales y europeos que regulan la materia, destacando la evolución normativa de la Unión Europea hacia un enfoque más integral, pero con mayor control fronterizo. Finalmente, el estudio evidencia la tensión entre soberanía estatal y obligaciones internacionales, subrayando la necesidad de políticas afines que garanticen una protección efectiva de las personas en situación de movilidad.

Palabras clave: Personas migrantes; movilidad humana; derechos humanos; crisis migratoria; Unión Europea.

Abstract: The current migratory phenomenon reflects a complex reality, promoted by several factors such as economic, political, social, and security related causes. This research addresses distinct kinds of human mobility, including refugees, internally displaced people, and economic migrants, analyzing their legal and protection implications from a human rights-based perspective. It also examines the international and European legal frameworks that regulate this issue, highlighting the European Union's normative evolution towards a more comprehensive approach, but with stricter border control. Finally, the study shows the tension between state sovereignty and international obligations, emphasizing the need for coherent policies that ensure effective protection for people in situations of mobility.

Keywords: Migrant people; human mobility; human rights; migration crisis; European Union.

1. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, la discusión en el tema de migración de poblaciones ha tenido un auge significativo, convirtiéndose en uno de los tópicos políticamente relevantes y, por ende, más debatidos a nivel europeo y en el mundo entero. A escala global, la normativa legal se encuentra en constante evolución, y las políticas migratorias no se quedan atrás, siendo que, al menos dentro de la Unión Europea,

¹ Investigadora criminal con once años de trayectoria en el ámbito de la investigación penal. Licenciada en Derecho por la Universidad de las Ciencias y el Arte de Costa Rica. Recientemente he defendido de manera satisfactoria el Trabajo Final de Máster en Derechos Humanos en la Universidad Internacional de La Rioja, España. Correo electrónico: dvalerinm@gmail.com

estas han experimentado un desarrollo significativo, buscando un equilibrio óptimo entre dos objetivos que son fundamentales: la seguridad fronteriza y la protección de los derechos humanos de las personas migrantes.

A raíz de lo anterior, es que en el documento se expone un análisis de la gestión realizada por parte de la Unión Europea en torno a la problemática que rodea el tema de la migración en sus países miembros y la búsqueda de soluciones idóneas para obtener un balance entre los objetivos mencionados. Además, es necesario hacer mención que este estudio se encuentra focalizado en la evolución que han presentado las políticas sobre migración en la Unión Europea, como consecuencia de hechos relevantes como lo fue la crisis de refugiados del 2015, la cual se trata del mayor desplazamiento de refugiados, solicitantes de asilo, personas con vulnerabilidad y migrantes económicos que ha vivido la Unión Europea desde la segunda Guerra Mundial (RODRIGO, 2015); así como por el análisis de las tensiones debido a la imperante necesidad de seguridad en las líneas fronterizas, pero sin dejar de lado el respeto de los derechos humanos de las personas migrantes.

Es así que, la elección del tema responde principalmente en los constantes cambios que obedecen a la globalización, así como en la evolución y el progreso de las políticas migratorias en la Unión Europea y en el mundo entero, además de conocer y comprender las implicaciones tanto jurídicas como sociales, de las políticas adoptadas por la UE, utilizando incluso el derecho comparado para evidenciar que lugares como Centroamérica también han sido testigos del constante desarrollo en el tema migratorio, y en consecuencia, implementar nuevas políticas e impulsar cambios para poder hacerle frente a las diversas situaciones que en las últimas décadas se han enfrentado.

2. MOVILIDAD HUMANA: CONCEPTOS BÁSICOS

El término "movilidad humana" es un concepto que trae a colación varios temas relacionados al desplazamiento de personas de cualquier tipo, existiendo las movilizaciones internacionales y las internas, además de las que se hacen de manera voluntaria o que son forzadas por diversas razones.

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) indica en su glosario sobre migración que movilidad humana es un "término genérico que abarca todas las diferentes formas de movimiento de personas" (OIM, 2019. p. 155) e hizo referencia a que también incluye más tipos de movimientos de personas que el concepto de

migración, englobando incluso a los turistas quienes no ostentan el carácter de migrantes (OIM, 2019).

La movilidad humana es un fenómeno que se encuentra, de alguna forma, reforzado por diversos factores que dan pie a las múltiples razones que pueden tener los seres humanos para ejecutar dicha movilidad, sea de forma individual o en grupo, encontrándose entre ellas los motivos económicos, educativos, políticos, laborales, familiares, entre otros; permitiendo que la manifestación de esa movilidad humana se refleje de varias formas, como lo es la condición de refugiados, desplazados y migrantes.

Definido lo anterior, es importante mencionar que, independientemente del tipo de movilidad humana o desplazamiento, estas personas continúan siendo titulares de derechos, tal y como lo reconoce la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, la cual refiere que las personas refugiadas y migrantes tienen los mismos derechos humanos universales y libertades fundamentales (ONU, 2016), derechos que deben ser protegidos y respetados por todos los Estados (ONU, 2023).

En la perspectiva que aquí se presenta, es fundamental, además del concepto ya presentado, conocer y comprender algunas definiciones clave que se encuentran relacionadas con el término de movilidad humana, como lo son: refugiados, desplazados y migrantes; categoría que, aunque se encuentran estrechamente ligadas, poseen herramientas de protección legal distintas, lo cual se desarrollará a lo largo del documento.

2.1. Definiciones clave

2.1.1. Refugiados

Es común que la palabra “refugiado” se asocie a personas que, por una u otra razón, se ven forzadas a abandonar su país, y es recurrente encontrar el uso de palabras como asilado, exiliado o expatriado, aunque en realidad, cada una de ellas posee sus propios matices y características. No obstante, lo indicado anteriormente se trata tan solo de una visión muy general de lo que realmente implica ser una persona refugiada, y es por esta razón que organismos e instituciones internacionales especialistas en el tema, han logrado concretar definiciones distintas creando una mejor perspectiva de su significado.

Es así como se tiene que el concepto de “refugiado”, según la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, se refiere a aquellas personas que, por

motivos de persecución por temas de religión, raza, política, nacionalidad, entre otros, se encuentran fuera de su país natal (o bien al que pertenecen según su nacionalidad), y por temor, no desean estar bajo la protección de su país (ACNUR, 1951).

A partir de la definición aportada por la Convención, Miranda menciona que el reconocimiento de un individuo como refugiado requiere la presencia de dos requisitos interdependientes: la extraterritorialidad y el temor fundado de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, grupo social u opiniones políticas (Miranda Gonçalves, 2022). Por lo tanto, estos elementos son esenciales para lograr diferenciar clara y objetivamente a los refugiados de otros tipos de migrantes y así poder garantizar su protección bajo las normas del derecho internacional.

Posterior a la definición otorgada por la Convención de 1951, otros instrumentos como la Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) sobre los refugiados, de 1969, además de tener como base la enunciación del ACNUR sobre las causas de persecución individual, también acota que los refugiados son personas que huyen de conflictos armados, es decir, de agresiones exteriores o dominación extranjera, violencia generalizada y diversos hechos que perturben de forma grave el orden público (OUA, 1969). Asimismo, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 llegó a ampliar el concepto, incluyendo que las personas refugiadas también son quienes han tenido que huir de sus países debido a violaciones masivas de derechos humanos (Declaración de Cartagena, 1984).

Entonces, basándose en las definiciones anteriores, en un enfoque más general, se dice que las personas refugiadas son quienes, debido a diversas razones sociales, políticas, entre otras, cruzan las fronteras en busca de protección internacional, intentando huir de las circunstancias que están amenazando gravemente su vida, integridad o libertad (ACNUR, 2022).

2.1.2. Desplazados

El concepto “desplazados” en la perspectiva migratoria hace referencia a las personas que por diversas circunstancias se han visto obligadas a abandonar el lugar donde habitan, es decir, su hogar, por consecuencia de conflictos armados, situaciones de violencia generalizada, desastres naturales, violaciones de derechos humanos, o bien, con el fin de evitar los efectos que dichas situaciones pueden acarrear, pero que dicho desplazamiento se da dentro del mismo país, es decir, no han cruzado la frontera internacional, por lo que son llamados, de una forma más específica: desplazados internos (ACNUR, 2010).

Tal y como se mencionó líneas arriba, a diferencia de los refugiados, las personas llamadas desplazados internos, no cruzan fronteras, es decir, permanecen dentro de su propio país y, por lo tanto, siguen bajo la jurisdicción del Estado al que pertenecen, siendo éste quien mantiene la responsabilidad de la protección de los derechos humanos y deben brindar asistencia a ciudadanos y residentes desplazados (ACNUR, 2007).

En el ámbito internacional no existe un convenio o tratado específico sobre el tema de los desplazados internos, y es por esta razón que, en caso de requerirse, se puede acudir a diversas herramientas jurídicas relevantes sobre derechos humanos, como viene a ser la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (IX Conferencia Internacional Americana, 1948), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Consejo de Europa, 1950) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966), los cuales tienen en común que reconocen derechos humanos cuya protección es imperativa para las personas desplazadas, como lo es el derecho a la vida, a no ser sometidos a tratos inhumanos y a la libertad de movimiento.

Ahora bien, si se analiza desde el contexto europeo, el derecho de la Unión Europea creó el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) que se enfoca principalmente en temas relacionados con personas solicitantes de asilo y refugiados, pero también algunas iniciativas mencionan las personas desplazadas internas, principalmente cuando esta acción está impulsada por desastres naturales o bien, conflictos armados en otros países pero que afectan de forma directa a la UE (Comisión Europea, 2020).

Partiendo de lo anterior, se puede decir que los desplazados internos se trata de un grupo de personas que ostentan una condición revestida de vulnerabilidad que obligatoriamente reclaman una especial atención por parte de los Estados y de la comunidad internacional, con el fin de que sus derechos no sean pisoteados a causa de su situación, aunque el término desplazados no se encuentre enmarcado de forma específica dentro de una categoría jurídica y más bien deba de ser protegido por medio de diversas herramientas legales basadas en derechos humanos.

2.1.3. Migrantes

El término “migrante”, a pesar de ser ampliamente utilizado en el derecho internacional, no está definido de una forma expresa, pero lo que hace es describir que se trata de una persona que se desplaza de su lugar de residencia habitual (dentro o fuera de su país), motivado por diversas razones, desplazamiento que puede ser

temporal o permanente (OIM, 2019). Importante mencionar que el concepto de persona migrante también comprende varias categorías como lo son los trabajadores migrantes, los migrantes objeto de tráfico, los estudiantes internacionales, entre otros (OIM, 2019).

Analizado lo anterior, se denota que una de las principales diferencias entre las personas migrantes y las otras categorías (refugiados y desplazados internos), es que los migrantes no se pueden encuadrar únicamente en función de una búsqueda de protección jurídica internacional, si no por el movimiento o traslado que realizan buscando condiciones de vida mejores a las que ya poseían en sus países o ciudades de origen.

Y es quizá por lo mencionado líneas arriba que, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) otorga una definición de carácter amplio e inclusivo para el término “migrante”, posiblemente con el objetivo de abarcar la complejidad e incluso la diversidad de los movimientos humanos en el mundo contemporáneo, porque las personas migran por razones de diversa índole, como lo es la parte social, familiar, política, económica, y otras. Entonces, esa extensa definición brindada deja un portillo para que se puedan reconocer las múltiples formas de migración, sin enfocarse únicamente en las categorías jurídicas tradicionales y ampliamente estudiadas desde hace varias décadas, permitiendo a la vez, la promoción del respeto de los derechos fundamentales, sin que la protección de éstos tenga que depender de la clasificación jurídica que se le dé, convirtiéndose en un punto clave para la prevención de la discriminación de algún tipo de persona migrante que su situación específica no encaje a cabalidad en alguna de las categorías jurídicas tradicionales preexistentes.

Ahora bien, enfocándose en la parte jurídica, aunque en la actualidad no existan herramientas legales internacionales con carácter universal, que logre una regulación objetiva de todos los derechos que poseen las personas migrantes, si se localizan diversos convenios y/o tratados que hablan y protegen su condición, como lo es la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, además, en el contexto europeo, la UE posee instrumentos que abordan el tema y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) por medio de directivas como la Directiva 2003/109/CE relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, que lo que

hacen es luchar por una integración y protección de las personas migrantes (Consejo de la Unión Europea, 2003).

En síntesis, visto de una forma muy general el término “migrante” se refiere a las personas que se desplazan, que salen de su lugar natal o de habitación, respondiendo a motivos de índole personal, económico, social o de seguridad, en busca de mejores oportunidades y calidad de vida.

2.1.3.1. Migrantes económicos

Tal y como se detalló en el apartado anterior, una persona migrante se puede decir, en palabras simples, que es quien se traslada desde el lugar en que habita a otro diferente; no obstante, haciendo un análisis más profundo de dicha terminología, se encuentran diferentes tipos de migrantes, y una de esas categorías es la de los migrantes económicos.

Y es que tal y como la palabra lo dice y formalmente lo incorpora la OIM en su Glosario sobre Migración, los migrantes por motivos económicos son quienes se mueven fuera de las fronteras internacionales o bien dentro del mismo país, pero enfocados en buscar mejores oportunidades económicas; y es menester mencionar, que éste tipo de migración difiere de la migración laboral que puede contar con diferentes finalidades como lo es la inversión, y no solo la búsqueda de empleo, oportunidades laborales o condiciones de vida superiores, como si lo hacen los migrantes económicos (OIM, 2019).

Buscando un enfoque jurídico internacional, se determinó que los migrantes económicos normalmente no se encuentran protegidos por herramientas legales aplicables a los refugiados, a no ser que se encuentren bajo otras situaciones que calificarían dentro de este grupo de personas, cuestiones tales como algún tipo de persecución o bien que su vida o integridad física esté corriendo riesgo, a pesar de ello, si se encuentran cobijados por tratados internacionales sobre derechos humanos generales o documentos específicos como la Convención Internacional sobre los Trabajadores Migratorios y sus Familias (ONU, 1990).

Por su parte, en el contexto europeo, el grupo de personas que encajan y es descrito como migrantes económicos, son regulados jurídicamente mediante diversos instrumentos como los son las directivas de la UE, por ejemplo la Directiva 2009/50/CE sobre la Tarjeta Azul para trabajadores altamente cualificados de terceros países (Consejo de la Unión Europea, 2009), que lo que se encarga es de la promoción para

lograr atraer migrantes económicos cualificados a los diversos Estados miembros que los requieran.

Entonces, los conceptos analizados vienen a mostrar que los migrantes económicos conforman un grupo fundamental dentro de la ola migratoria que se presenta a nivel internacional y, por ende, durante los últimos años han sido objeto de desarrollo y gestión de políticas migratorias a nivel nacional e internacional, como así lo muestra el mismísimo sistema jurídico de la Unión Europea.

2.2. Fundamentos normativos internacionales y europeos en migración

Hoy en día, la migración se presenta como un fenómeno con múltiples dimensiones y con carácter dinámico y su análisis debe ser integral, ya que además de tomar en consideración factores sociales, económicos, educativos y hasta políticos, también debe contemplarse bajo una perspectiva de derechos humanos.

Tal y como se ha mencionado someramente en el apartado anterior, el proceso de migración se ve influido y afectado por una serie de situaciones como lo son los conflictos armados, persecuciones políticas, crisis y desigualdades económicas, problemas medioambientales, entre otros; lo que ha ocasionado que sea un tópico con creciente relevancia en la agenda internacional. Por ejemplo, en la Unión Europea, que el tema de la regulación jurídica de la movilidad humana ya es un eje central de actuación, creando y buscando herramientas legales efectivas para lograr una sinergia entre la problemática que genera y la protección de los derechos fundamentales de las personas migrantes.

Es por lo anterior que, durante los últimos años se ha venido desarrollando una serie de instrumentos normativos, de carácter complejo, pero bien articulado, que comprende documentos como convenios, tratados, directrices y políticas comunes, con el único fin de lograr una promoción de un mandato en el tema migratorio que sea eficaz y efectivo, acorde con los principios del derecho internacional, pero con su eje central en el respeto de los derechos humanos de las personas migrantes.

En ese sentido, se ha logrado implementar una serie de instrumentos jurídicos internacionales así como mecanismos regionales de protección, que conforman un marco jurídico ostentoso que ha llegado a coadyuvar en la legislación de los asuntos migratorios, entramado normativo que no solo intenta regular temas de flujo migratorio como tal, sino que también busca hacerle frente a los retos contemporáneos que la movilidad humana trae consigo, como lo es el narcotráfico, la trata de personas, el

contrabando y otro tipo de delitos que se encuentran relacionados al tema de la migración.

Partiendo de lo mencionado en los párrafos supra, es que a continuación se expondrán los principales fundamentos normativos vigentes en el ámbito internacional y europeo, cuyo estudio, análisis y comprensión resultan fundamentales para asimilación del tema de la migración en la actualidad de una forma integral.

2.2.1. Normativa internacional

El marco jurídico internacional concerniente al tema de la migración, se encuentra conformado en una serie de documentos en evolución constante, como lo son los tratados, las convenciones, las declaraciones y otros instrumentos normativos, que aunque en algunas ocasiones no brinden definiciones exactas de los conceptos que aquí interesan (refugiados, desplazados y migrantes), sí contienen principios esenciales en torno a éstos, los cuales en su gran mayoría se encuentran orientados en la protección de los derechos humanos de todas las personas del orbe que se encuentran en un proceso de movilidad humana, sea cual sea.

Los instrumentos jurídicos mencionados se basan en sistemas normativos del derecho internacional, del derecho laboral, derechos humanos, derecho internacional humanitario, entre otros; logrando establecer un sistema de garantías mínimas que deben ser aplicadas a todos los seres humanos en condición de movilidad, sin que medie discriminación alguna, es decir, sin que el estatus migratorio de esas personas, cobre relevancia para su aplicación, porque el fin último es el respeto a los derechos fundamentales.

2.2.1.1. Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, se trata de la base del sistema internacional de derechos humanos, aunque esta Declaración no posea un carácter jurídicamente vinculante, su valor normativo ha sido tan reconocido a nivel mundial que ha servido como cimiento para la creación de numerosos tratados y para la inserción de los derechos humanos como fundamento del sistema jurídico internacional.

Propiamente en la materia de migración, el artículo 13 de la DUDH es relevante, ya que refiere que "toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado", así como "a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país" (ONU, 1948); disposición que crea un precedente

con respecto a la libertad de movimiento y la protección del derecho al retorno, especialmente en contextos de migración forzada.

2.2.1.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el cual fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1966 pero entró en vigor desde 1976. Se trata de un documento normativo que sí es jurídicamente vinculante y desarrolla algunos de los derechos enunciados en la DUDH, no obstante, de una forma más específica, en el contexto migratorio, el artículo 12 del PIDCP (similar al artículo 13 de la DUDH) habla sobre la libertad de circulación, estipulando que "toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a elegir en él su lugar de residencia", y que "nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país" (ONU, 1966).

Asimismo, el PIDCP protege derechos procesales de las personas migrantes, independientemente de su situación actual, como lo es el principio de legalidad penal, el derecho a ser objeto de un juicio justo y la prohibición de expulsiones arbitrarias.

2.2.1.3. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990)

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CIPTMF) fue adoptada en el año 1990, y en la actualidad se trata de la herramienta jurídica más completa cuando se habla de la protección de los derechos fundamentales de las personas migrantes laborales, reconociendo la dignidad que poseen todos los trabajadores en condiciones migratorias extraordinarias, independientemente del estatus legal que ostenten, garantizando la salvaguarda de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (ONU, 1990).

Uno de los temas más sobresalientes en esta Convención, es el derecho que poseen las personas migrantes a condiciones de trabajo equitativas, la igualdad en asuntos de remuneración económica y de beneficios laborales, la prohibición de ejecutar trabajos forzosos, entre otros; no obstante, también incluye otros asuntos, que de igual forma mantienen una relación estrecha, como lo es el acceso a los servicios de salud y de educación para el trabajador migrante y su familia.

2.2.1.4. Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) y Protocolo de Nueva York (1967)

Con respecto a la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967, llegaron a constituirse como el marco jurídico internacional primordial en el tema de la protección de los derechos de las personas refugiadas, y, a pesar de que estas herramientas legales se encuentran basadas de forma específica en las personas que se encuentran huyendo de persecuciones de diversa índole, también forman parte de los instrumentos normativos que regulan la movilidad humana, propiamente, los movimientos migratorios forzados.

La Convención otorga una definición de “refugiado” indicando que son aquellas personas que por temor fundado de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera de su país y no puede o no quiere acogerse a la protección de dicho país (ONU, 1951); además de dicha definición, un punto relevante, por no decir, trascendental, de dicha Convención, es que en su artículo 33 se establece el principio de non-refoulement, que es básicamente la prohibición de la expulsión o devolución de refugiados a un país donde su vida o libertad estén en peligro (ONU, 1951).

2.2.1.5. Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (2018)

El Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, fue adoptado en una conferencia intergubernamental sobre migración en Marruecos en el año 2018 y se trata de un instrumento jurídico que, si bien es cierto no es vinculante, personaliza el primer acuerdo mundial que contiene un enfoque común para la gobernanza en el tema de la migración a nivel global, teniendo como principal objetivo el maximizar los beneficios que trae la migración, y hacer cada vez más pequeños los problemas y desafíos por medio de la promoción de la cooperación internacional multilateral.

A pesar de que ya se mencionó que el Pacto no es jurídicamente vinculante, es importante mencionar que establece 23 objetivos y 10 principios rectores que sirven como guía fundamental para ejecutar acciones por parte de los Estados, entre los que destacan: recopilar y utilizar datos precisos sobre migración minimizar los factores adversos que obligan a las personas a abandonar sus países; proporcionar información precisa a lo largo del proceso migratorio; garantizar que todas las personas migrantes tengan prueba de identidad legal; y facilitar la contratación justa y ética (ONU, 2018).

Asimismo, dicho instrumento jurídico promueve el respeto de los derechos humanos, lo que intrínsecamente coadyuva con la eliminación de la discriminación, la

protección de migrantes en situaciones de vulnerabilidad y el trato igualitario (ONU, 2018).

2.2.1.6. Co97 o Convenio número 97 sobre los trabajadores migrantes (1949)

El Convenio número 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los trabajadores migrantes fue adoptado en 1949 y se trata de uno de los primeros instrumentos legales internacionales enfocados directamente en la protección de los derechos laborales de las personas migrantes, y que lo que vino fue a establecer normas jurídicas en relación al reclutamiento, a las condiciones de empleo, la igualdad de trato y el acceso a la seguridad social, derechos que son aplicables, sin discriminación alguna, a trabajadores documentados como a aquellos en situación migratoria irregular (OIT, 1949).

Uno de puntos focales de dicho Convenio gira en torno a la obligación que tienen los Estados de aplicar un trato igualitario, es decir, no ser menos favorable con los trabajadores migrantes que con los nacionales, en temas de remuneración económica, horarios, afiliación sindical, seguridad social, entre otros.

Otro tema clave del Co97 es el establecimiento de mecanismos de control para evitar la explotación laboral de las personas migrantes, lo cual, desde una perspectiva de respeto a los derechos humanos, se trata de un avance significativo en el contexto de migrantes económicos o laborales.

2.2.1.7. C143 o Convenio sobre los trabajadores migrantes (1975)

En relación con el Convenio número 143 de la OIT, el cual fue adoptado en 1975, llegó a reforzar el tema de la protección contra el abuso en las personas sujetas a migración, incluida la problemática de la trata de personas y el trabajo forzado; siendo incluso un instrumento jurídico que busca que los Estados adopten las medidas necesarias para la identificación y sanción de todas las prácticas que estén relacionadas con la explotación, y de esa forma, poder garantizar el respeto a sus derechos, incluso cuando medien situaciones de empleo irregular (OIT, 1975).

Una de las particularidades del C143 es que se encuentra estructurado en varias partes, entre ellas el enfoque en la represión de la migración clandestina, la lucha y protección contra la trata y tráfico de personas, la igualdad de oportunidades para las personas trabajadoras migrantes, entre otros.

2.2.2. Normativa de la Unión Europea

La Unión Europea (UE), a lo largo de las últimas décadas, en respuesta a la creciente movilidad humana por diversos factores ligados a la globalización que se ha

venido presentando a nivel mundial, ha desarrollado un marco normativo y político integral en materia de migración, abocado en la gestión eficaz de los flujos migratorios dentro de la región, con el fin primordial de dar garantía de los derechos humanos, pero a la vez, mantener la seguridad de su territorio.

Dicho cuerpo legislativo busca la armonía entre las leyes de cada Estado miembro y los instrumentos de índole internacional que tienen injerencia en el tema migratorio, y, por ende, la protección de los derechos humanos.

Sobre el particular, la UE ha insistido en promover políticas de inmigración, un sistema común de asilo, normativas sobre retorno de nacionales e incluso mecanismos de control de fronteras, teniendo como objetivo principal la búsqueda de un equilibrio entre la protección de las personas migrante y la seguridad de los Estados, para acercarse cada vez más a una gobernanza eficaz a nivel migratorio.

Aunado a lo anterior, es importante mencionar que, con los instrumentos jurídicos, la UE busca prevenir situaciones de vulnerabilidad, promover vías legales de acceso y combatir la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes (Comisión Europea, 2020).

Conociendo lo anterior, es que en el presente apartado se presentará un listado de los principales instrumentos normativos de la Unión Europea vigentes en la materia de migración.

2.2.2.1. Normativa Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) es uno de los instrumentos primordiales del derecho de la UE y aporta la base legal para la política migratoria común de los Estados miembros, y es que por ejemplo, en su artículo 79 establece que la Unión desarrollará una política común de inmigración, que garantice una gestión eficaz de los flujos migratorios y un trato equitativo a los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros (UE, 2012), pero además de eso, también toca el tema de la necesidad imperante de la creación de medidas contra la trata de personas, especialmente cuando las víctimas son mujeres y personas menores de edad.

El artículo mencionado contiene además el establecimiento de un sistema europeo común de asilo, basándose en principios de solidaridad y de una responsabilidad inherente de los Estados parte.

Assí las cosas, se puede decir que el TFUE procura un marco jurídico integral para que conforme pase el tiempo, exista un desarrollo legislativo más tajante en materia de control y seguridad fronteriza, migración, retorno e incluso el asilo.

2.2.2.2. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) del año 2000, la cual es jurídicamente vinculante desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009), lo que hace es compilar derechos civiles, sociales, políticos y económicos que son aplicables dentro

del ordenamiento jurídico de la UE; sin embargo, si se busca la relación que tiene la CDFUE con el tema migratorio dentro de la UE, se debe mencionar inicialmente el artículo 18 habla sobre el derecho de asilo y refuerza la protección de quienes huyen de persecuciones. Asimismo, el artículo 19 prohíbe expulsiones colectivas y garantiza la protección contra la devolución forzada (non-refoulement).

Ambos artículos figuran como protectores de derechos de las personas migrantes, pero también sirven como límite ante la actuación de los Estados miembros de la UE en asuntos migratorios.

2.2.2.3. Acervo legislativo en materia de migración y asilo

La UE posee un acervo de normativa llamado “Acervo legislativo en materia de migración y asilo” el cual comprende un conjunto amplio de documentos como directivas, reglamentos y decisiones, que se convierten en un mecanismo de legislación secundaria de la Unión, encontrándose entre los más destacados, los siguientes instrumentos:

a) Directiva 2008/115/CE (Directiva de Retorno): Aporta normas y procedimientos para el retorno voluntario o forzoso de nacionales de terceros países en situación irregular. Contempla garantías procesales como el derecho de audiencia, asistencia jurídica, plazos razonables y condiciones para la detención previa al retorno; además prohíbe las expulsiones en caso de riesgo de trato inhumano o degradante (Parlamento Europeo y Consejo de la UE, 2008).

b) Reglamento (UE) 2016/399 (Código de Fronteras Schengen): Regula el cruce de fronteras exteriores de la UE, establece controles fronterizos, determina criterios para denegar la entrada a territorio de la UE, facilita la libre circulación dentro del espacio Schengen para las personas autorizadas legalmente, entre otros. (Parlamento Europeo y Consejo de la UE, 2016).

c) Sistema Europeo Común de Asilo (SECA): Busca una conciliación en los procedimientos de protección internacional dentro de la UE y garantiza un estándar mínimo de trato a los solicitantes de asilo. Comprende instrumentos como la Directiva 2013/32/UE (Directiva de Procedimientos de Asilo), Directiva 2013/33/UE (Directiva de Condiciones de Acogida), Reglamento de Dublín III (Reglamento 604/2013) y el Reglamento EURODAC (Reglamento 603/2013), siendo este último una herramienta en la UE porque a través de la creación de una base de datos de huellas dactilares de personas solicitantes de asilo, logran evitar solicitudes múltiples en distintos Estados miembros.

2.2.2.4. Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo (2020)

El Nuevo Pacto Sobre Migración y Asilo fue presentado por la Comisión Europea en el año 2020, enfocado en disminuir las deficiencias que presentaba el sistema que lo antecedió y que fueron expuestas durante la crisis migratoria del 2015, siendo que este Nuevo Pacto llegó a proponer un enfoque más equilibrado con valores de responsabilidad y solidaridad para buscar mayor eficacia en el sistema.

El Nuevo Pacto posee algunos instrumentos jurídicos principales que fueron propuestos por la Comisión Europea para caminar hacia su implementación, los cuales pasaron a formar parte de la entraña legislativa del documento, como lo es el Reglamento sobre Gestión de la Migración y el Asilo, el Reglamento de Control Previo al Asilo y la Reforma del Reglamento de Dublín (Comisión Europea, 2020).

2.2.2.5. Otros Instrumentos jurídicos

Adicionalmente de los tratados mencionados y el acervo legislativo conocido, también existen otros instrumentos normativos que vienen a complementar el engranaje legal migratorio de la UE, principalmente a nivel de control de fronteras y seguridad.

Algunos de las herramientas legales mencionadas, y que son más significativas, son las siguientes:

a) Reglamento (UE) 2019/1896 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas (FRONTEX): Establece el marco legal actualizado para la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas; refuerza su mandato operativo, técnico y presupuestario con el fin de contar con más respuesta ante los acuerdos de cooperación entre países. Aunado a lo anterior, coadyuva además en funciones de vigilancia, evaluación de vulnerabilidades, seguridad fronteriza y cooperación con otros Estados miembros de la UE (Parlamento Europeo y Consejo, 2019).

b) Regulamento (UE) 2018/1861 sobre el Sistema de Información Schengen (SIS): se trata de una herramienta para la cooperación en el espacio Schengen. Parte de las funciones del reglamento es el intercambio de información entre autoridades, lo que refuerza la eficacia en el control fronterizo y la detección de actividades delictivas asociadas a la migración (Parlamento Europeo y Consejo, 2018).

c) Reglamento (UE) 2024/1347 sobre normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas que pueden acogerse a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida: el documento establece un marco normativo común en la Unión Europea para el reconocimiento de personas nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, sea en condición de persona refugiada o bien con protección subsidiaria. Es una nueva normativa que vino a sustituir a la Directiva 2011/95/UE con el fin de lograr una armonía entre los Estados miembros, buscando una reducción de antagonismos que han existido y así garantizar un trato equitativo para las personas que necesitan protección. El reglamento define criterios para la identificación de las personas beneficiarias (por ejemplo, actos y motivos de persecución) y establece condiciones para el cese de la protección. Asimismo, este reglamento reconoce derechos fundamentales para las personas beneficiarias, como lo es el permiso de residencia, acceso a documentos de viaje, libertad de circulación dentro del Estado miembro, y el acceso a servicios esenciales como empleo, educación, salud, vivienda, y medidas de integración; protege a los menores no acompañados y promueve la cooperación administrativa entre los Estados miembros.

2.3. Fundamentos de Derechos Humanos en el contexto migratorio

Como se ha venido desentrañando durante los apartados anteriores, el tema de la migración, en todas sus aristas plantea grandes desafíos en torno al respeto y a la protección de los derechos humanos, principalmente porque las personas refugiadas, desplazadas y migrantes suelen enfrentarse con momentos en los que la vulnerabilidad es su mayor característica, por lo que piden a gritos cobertura jurídica según los derechos que tienen relacionados a la dignidad, integridad física y a la no discriminación.

Por lo anterior es que, desde el marco jurídico de cada país, hasta el derecho internacional, a lo largo de los años se han implementado instrumentos legales que buscan proteger los derechos de las personas migrantes, para reconocerlos según su condición y que, de esta forma, los derechos humanos sean el eje central de las políticas migratorias hoy en día.

2.3.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1948 y se convirtió en la base de todo el órgano de protección de los derechos humanos a nivel mundial, estableciendo derechos fundamentales que deben de ser respetados y garantizados a todas las personas, sin distinción alguna.

En el contexto migratorio se puede destacar los artículos 13 y 14 de la DUDH, ya que el primero se refiere al derecho a la libre circulación de las personas y a su potestad de elección de un lugar donde vivir dentro del territorio de un Estado, asimismo estipula el derecho a ir a cualquier país y regresar; mientras que el segundo habla sobre el derecho las personas al asilo en caso de persecución. (ONU, 1948)

2.3.2. Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) fue adoptado en 1966 y desde un inicio su principal misión del reforzar las garantías establecidas en la DUDH, que no era vinculante, mediante un tratado que sí es jurídicamente vinculante.

Con respecto a la protección de derechos que busca proteger el PIDCP, éstos están contemplados en varios artículos, por ejemplo, en el artículo 12 se reconoce la libertad de movimiento, el artículo 13 habla sobre el derecho a no ser expulsado arbitrariamente y el artículo 26 sobre la no discriminación (ONU, 1966).

Ahora bien, el PIDCP además de proteger derechos humanos en general, también tiene enfoque a nivel migratorio, exigiendo que todos los procedimientos de expulsión deben respetar las garantías procesales, así como la persona migrante tiene la posibilidad de defenderse o bien alegar razones contra su expulsión y que su caso pueda ser revisado por parte de una autoridad competente.

2.3.3. Convenio de Ginebra sobre los Refugiados

El Convenio de Ginebra sobre los Refugiados fue firmado en 1951, pero el protocolo fue dieciséis años después, convirtiéndose ambos en herramientas básicas para la protección de los derechos de las personas refugiadas, iniciando en su artículo

1A con la definición de refugiado, indicando que es toda persona que por temores fundados de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera de su país de nacionalidad y no pueda acogerse a la protección de dicho país (ONU, 1951).

Asimismo, el artículo 33 recoge el principio de no devolución (non-refoulement) que lo que se encarga es de prohibir la devolución de un refugiado a un lugar donde se vea amenazada su integridad física.

2.3.4. Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) fue adoptado en 1950 y en él recoge los derechos esenciales que se deben proteger pertenecientes a todas las personas bajo la jurisdicción de los Estados miembros de la UE, y en este grupo, por supuesto que se incluyen las personas migrantes. Ejemplo de lo anterior, el artículo 3 del CEDH prohíbe la tortura y los tratos crueles o inhumanos, el artículo 8 habla sobre el respeto a la vida privada y familiar, siendo este último el que tiene influencia sobre expulsiones y reagrupaciones familiares (Consejo de Europa, 1950).

Años después, propiamente en el 2000, se proclamó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), la cual desde un inicio contó con valor jurídico y llegó a reforzar la protección de los derechos humanos dentro de la UE, siendo que, propiamente en el contexto migratorio, tiene el artículo 18 que habla sobre el derecho de asilo y el artículo 19 sobre la protección contra expulsiones colectivas y devolución (non-refoulement).

2.3.5. Directivas de la Unión Europea sobre Asilo y Migración

El Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), como conjunto de directivas, lo que busca es poder dar garantía de que los procedimientos para las personas solicitantes de protección internacional se lleven a cabo bajo estándares de derechos humanos y condiciones óptimas.

Algunas de las directivas ya fueron detalladas en el apartado anterior, pero es menester mencionarlas, a saber, Directiva 2013/32/UE (Directiva de Procedimientos de Asilo) y Directiva 2013/33/UE (Directiva de Acogida), siendo que dichas normas exponen el compromiso existente desde la UE para el respeto de los derechos humanos de las personas refugiadas, desplazadas y migrantes, adaptando principios universales dentro de su propio marco normativo.

3. EVOLUCIÓN DE LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS EN LA UNIÓN EUROPEA

Durante los últimos años, las políticas migratorias en la Unión Europea han sido objeto de una constante evolución, estando sometidas a un complejo proceso que tiene influencia a nivel institucional dentro del proyecto de integración europea, pero también a nivel social, político y hasta humanitario.

Iniciando con las primeras pinceladas a nivel estatal, hasta la creación e implementación de un marco normativo común enfocado en la migración y todo lo que esto conlleva, incluyendo el control fronterizo, la UE ha venido desarrollando herramientas normativas como tratados y convenios con la finalidad de lograr una armonía en la gestión de los asuntos migratorios en cada uno de los países miembros, dicho proceso posee un enfoque dual por la búsqueda del respeto a los derechos fundamentales de las personas migrantes y refugiadas y todo lo referente al control y seguridad fronteriza.

A partir de lo anterior es que resulta importante reconocer la existencia de las dos aristas en el tema para lograr una comprensión integral del rumbo que se le ha venido dando a las políticas migratorias de la UE, siendo la primera de ellas la consolidación jurídica e institucional a través de tratados y convenios y la otra, el impacto que tuvieron eventos como la crisis de refugiados del 2015 que develó falencias estructurales en el sistema de asilo y la necesidad de una reforma integral de este, con enfoques solidarios y de responsabilidad compartida.

3.1. Tratados, convenios, cartas y acuerdos clave en la regulación migratoria de la Unión Europea

La evolución que han presentado las políticas migratorias de la UE se ha conformado de una serie de convenios, tratados y acuerdos que han sido pilares a la hora de establecer el marco normativo actual para la gestión de la migración.

3.1.1. Tratado de Maastricht (1992)

El Tratado de Maastricht, firmado en 1992, estableció la Unión Europea, otorgando las bases para la instauración del euro como moneda única, constituyó la primera base para una política común de migración y asilo; asimismo, estableció tres elementos: la Comunidad Europea, la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), y la Cooperación en el Ámbito de Justicia y Asuntos de Interior (JAI), siendo en este último donde se incluyeron las competencias en materia de migración, logrando una cooperación más íntima entre los estados miembros, y mediante una estructura más

formal, implantó los requisitos legales para las migraciones internacionales con destino en los países de la Unión Europea (Estrada Gorrín y Fuentes Lara, 2022).

3.1.2. Tratado de Ámsterdam (1997)

El Tratado de Ámsterdam fue firmado en el año 1997 y entró en vigor en 1999, se trata de un acuerdo que llegó a actualizar y aclarar el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea, e introdujo cambios para preparar a la UE para su ampliación, con sus diversos objetivos, entre los que se encuentran la promoción del progreso de la UE a nivel social y económico, el refuerzo de los derechos de los ciudadanos, el refuerzo de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), la cooperación policial y judicial en materia penal, las políticas migratorias que promueven la libre circulación de personas. El tratado además lo que hace es tratar de simplificar los otros tratados de la UE, modificando y eliminando algunos artículos que ya se encontraban obsoletos (Unión Europea, 1997)

3.1.3. Tratado de Lisboa (2007)

El Tratado de Lisboa entró en vigor el año 2009; es un tratado que aportó modificaciones en la estructura de la UE para mejorar su funcionamiento y capacidad de respuesta ante desafíos globales, además promovió la cooperación entre estados miembros y coadyuvó en la proyección de la UE en el ámbito internacional. Por otra parte, a nivel migratorio, dicho tratado incorporó el acervo de Schengen al marco jurídico de la UE, permitiendo la libre circulación de personas dentro del espacio Schengen y estableció normas comunes para la gestión de las fronteras exteriores, además de ampliar las competencias de la UE en áreas como la inmigración y el asilo (Unión Europea, 2007).

3.1.4. Acuerdo de Schengen (1985) y Convenio de Schengen (1990)

El Acuerdo de Schengen, firmado en 1985, y su posterior Convenio de 1990, son dos acuerdos clave que surgieron para la creación de una zona de libre de circulación de personas en diferentes países europeos, llamado: espacio Schengen; en síntesis, es la eliminación de los controles fronterizos internos entre los países firmantes. El Acuerdo de Schengen establecía la eliminación gradual de los controles fronterizos entre los países firmantes (Estados firmantes, 1985), mientras que el Convenio lo complementaba detallando condiciones y garantías para implementar esta libre circulación (Estados firmantes, 1990). Los acuerdos fueron integrados en el marco de la UE y gracias a ellos se crearon mecanismos de cooperación en materia

de seguridad y justicia, como el Sistema de Información Schengen (SIS), para garantizar la seguridad dentro del espacio sin fronteras internas.

3.1.5. Convenio de Dublín (1990) y Reglamento de Dublín III (2013)

El Convenio de Dublín, firmado en 1990 y el Reglamento de Dublín III del año 2013 son acuerdos de la UE. Con respecto al Convenio, establecía la determinación del estado responsable de tramitar las solicitudes de asilo, indicando que el primer país de entrada de un solicitante de asilo sería responsable de examinar su solicitud (Estados miembros de las Comunidades Europeas, 1990). Por su parte el Reglamento de Dublín III (el cual se trata de una actualización del Reglamento Dublín II) introdujo modificaciones para mejorar la equidad y eficiencia del sistema (Parlamento Europeo y Consejo, 2013)

En síntesis, tanto el Convenio como el Reglamento tienen como principal objetivo determinar cuál es el Estado responsable de dar trámite de las solicitudes de asilo en la UE para evitar que las solicitudes sean tramitadas al mismo tiempo por varios países, no obstante, el sistema ha sido criticado porque países como Grecia e Italia, por su ubicación geográfica, tienen una cantidad desproporcionada de solicitudes en comparación con otros países de la UE.

3.1.6. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000)

La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE fue proclamada en el año 2000, pero tomó carácter vinculante desde el año 2009 con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa; se trata de un instrumento que establece los derechos fundamentales que deben respetar las instituciones europeas y los Estados miembros, es decir, busca garantizar el respeto de los derechos civiles, políticos, sociales y económicos de todas las personas en los Estados miembros, integrando principios originarios de diversas fuentes jurídicas, como los tratados europeos, la jurisprudencia y los convenios internacionales.

En el contexto migratorio, la Carta establece principios esenciales que se deben aplicar en el tratamiento de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas dentro del territorio de la Unión, como lo son la dignidad humana, la libertad, la seguridad, la igualdad y la no discriminación (Unión Europea, 2000).

Así las cosas, la Carta se convierte en un punto de referencia para la evaluación de la legalidad y la legitimidad de las medidas migratorias adoptadas y puesta en práctica por parte de la UE.

3.2. Crisis de refugiados del 2015: un antes y un después en las políticas migratorias de la UE

3.2.1. Contexto histórico de la crisis de refugiados del 2015

Durante el año 2015, Europa fue objeto de un aumento sin precedente en la llegada de personas migrantes y refugiadas, siendo que miles de personas provenientes de países como Siria, Afganistán e Irak llegaron a Europa en busca de protección a raíz de los conflictos armados, persecuciones y violaciones de derechos humanos de los que estaban siendo víctimas en sus países de procedencia.

La movilización humana mencionada desencadenó la llamada crisis de refugiados del 2015, ya que hizo que los sistemas de acogida y asilo colapsaran y por ende pusieran a prueba la capacidad de respuesta de la UE ante este tipo de situaciones, marcando un punto de inflexión en las políticas migratorias de la UE y exponiendo las debilidades estructurales del sistema y evidenciando la necesidad urgente de una respuesta más solidaria y coordinada por parte de los Estados miembros.

Dicha crisis reveló divisiones entre los Estados miembros, generando tensiones a nivel social y político, principalmente por la forma de atender y manejar la situación, difiriendo entre un país y otro.

Como respuesta inmediata a la situación, en mayo del año 2015, la Comisión Europea presentó una Agenda Europea de Migración en la que se proponían diversas medidas en pro de la gestión de la migración, entre ellas un sistema de reubicación de solicitantes de asilo, el fortalecimiento de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (FRONTEX) y la implementación de acuerdos con países terceros para gestionar los flujos migratorios (Unión Europea, 2015).

Ahora bien, la crisis migratoria del 2015 impactó en ámbitos como el social, político y económico, pero también en la percepción pública en las políticas migratorias internas de cada uno de los Estados miembros, siendo que hubo un evidente aumento en la xenofobia y el populismo, aumentando la preocupación ciudadana tanto por la seguridad, como por la identidad cultural de cada lugar, lo que de alguna forma obligó a los gobiernos a implementar medidas un poco más restrictivas y a cuestionar principio de la UE como lo es la libre circulación de personas (UNIÓN EUROPEA, 2015). Al fin y al cabo, como afirma el profesor Miranda Gonçalves, “para poder hablar de una cultura es necesario que no sólo esté reconocida por el mandato constitucional,

sino que su reconocimiento sea una interpretación extensiva al valor que supone la dignidad de la persona y su libre desarrollo de la personalidad” (MIRANDA 2023).

3.2.2. Evolución posterior a la crisis: entre la pandemia y el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo

Desde la crisis de refugiados del 2015, la UE ha intentado reformar el enfoque en el tema migratorio para todos sus Estados miembros, no obstante, ha sido objeto de múltiples desafíos como lo es la pandemia de COVID-19 así como el aumento de los movimientos migratorios en el Mediterráneo y los Balcanes.

Con respecto a la pandemia de COVID-19, esta tuvo repercusiones en los sistemas migratorios a nivel mundial, y por ejemplo, en el mes de marzo del 2020 en la UE, sus Estados miembros cerraron sus fronteras de manera temporal, es decir, el espacio Schengen dejó de ser de libre circulación, afectando a personas migrantes y solicitantes de asilo quienes en algunos casos quedaron expuestos a condiciones precarias en campos de refugiados o zonas fronterizas (MORENO-LAX, 2017); aunado a esto, muchos de los procesos de solicitud de asilo que ya se encontraban en trámite, se vieron retrasados, e incluso algunos organismos internacionales como el ACNUR y la OIM desde el inicio resaltaron el riesgo de violaciones del principio de “non-refoulement” y el acceso a derechos fundamentales durante este periodo (ACNUR, 2020).

3.2.2.1. Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo

Tal y como se mencionó en el apartado 2.2.2.4 del presente documento, en septiembre del año 2020, la Comisión Europea introdujo el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo buscando establecer un sistema más equitativo, eficaz y basado en la solidaridad entre los Estados miembros (COMISIÓN EUROPEA, 2020).

Dicho pacto, se caracteriza por contener cinco puntos focales, entre ellos la implementación de procedimientos integrados en las zonas fronterizas (por ejemplo a nivel sanitario y registro de las fronteras exteriores); la gestión de retornos con mayor eficiencia porque fortalece los mecanismos de retorno voluntario y/o forzoso; establecimiento de un mecanismo de solidaridad obligatoria y flexible, siendo que cada país debe integrarse en asuntos como la reubicación de personas solicitantes de asilo, el retorno patrocinada e incluso en brindar apoyo operativos; la cooperación con terceros países en la prevención de movimientos migratorios irregulares y buscar combatir las causas de los desplazamientos; por último, pero no menos importante,

que se establezcan y promociones vías seguras para movimiento migratorios laborales, por medio de políticas de integración.

La creación del Nuevo Pacto ha sido ambiciosa, ya que se trata de una oportunidad para el abordaje de prácticas ilegales, así como la creación de un mecanismo idóneo para la rendición de cuentas (Amnistía Internacional, 2020), no obstante, también ha generado críticas porque refieren que, de alguna forma, prioriza la seguridad fronteriza y los retornos por encima de la protección de los derechos fundamentales de las personas migrantes.

3.2.2.2. Políticas de externalización de fronteras y el enfoque en la seguridad

A partir de la crisis de refugiados del 2015, la UE ha venido reforzando una serie de políticas de externalización de fronteras, que consiste en delegar funciones de control fronterizo y asilo a países terceros, especialmente en África y Asia, a cambio de apoyo económico, e incluso hasta cooperación política (PRO ASYL, 2016).

Los principales acuerdos fueron el Acuerdo UE-Turquía, que indicaba que las personas migrantes que llegaban a las islas griegas desde Turquía, serían retornadas a ese país, mientras que la UE aceptaría a refugiados sirios directamente desde Turquía, además de ayudas económicas a ese país; otro de los acuerdos fue la cooperación con Libia, siendo que la UE ha financiado y capacitado a la Guardia Costera libia para interceptar embarcaciones y devolver a los migrantes, lo que ha generado cientos de abusos y de irrespeto a los derechos humanos; asimismo forma parte de dicha externalización de fronteras, la colaboración con países del Magreb, en la que países como Marruecos, Argelia, Túnez y Mauritania han recibido fondos europeos.

Conociendo lo anterior, es necesario destacar que dichos acuerdos han sido fuertemente cuestionados principalmente por la vulneración a los derechos fundamentales de las personas migrantes, y es que a pesar de que la externalización efectivamente ha sido funcional para la disminución de flujos migratorios hacia Europa, plantea una serie de problemas éticos, jurídicos y políticos, por lo que de diferentes sistemas y fuentes se ha recomendado la revisión de dichas prácticas para que éstas se ajusten a los estándares internacionales de protección de derechos humanos (Stella y Megerisi, 2023).

En síntesis, tomando en cuenta los puntos señalados en los apartados anteriores, se tiene que la crisis de refugiados de 2015 además de exponer las limitaciones en el tema migratorio y de asilo del sistema europeo, también impulsó a

que se diera una nueva configuración de la política migratoria de la UE en diferentes puntos, como el político y social, e incluso hasta en el normativo; y es que a pesar de que sí existieron avances significativos, el equilibrio entre seguridad fronteriza y protección de los derechos humanos continúa siendo un desafío, y las consecuencias de la crisis se mantienen hoy en día porque continúan dándose situaciones de desplazamientos forzados, y es ahí donde la UE debe actuar, diseñando políticas eficaces, pero coherentes con los valores éticos y morales que proclama.

4. SEGURIDAD FRONTERIZA VS. DERECHOS HUMANOS

Posterior a las crisis que ha vivido la humanidad durante los últimos años, la implementación de políticas de seguridad fronteriza en la Unión Europea no ha sido más que una respuesta a los desafíos migratorios que se han venido presentando, siendo que estas políticas han buscado fortalecer el control de las fronteras exteriores, prevenir el ingreso migratorio irregular y garantizar la seguridad interna de los Estados miembros; no obstante, también se han presentado diversos cuestionamientos sobre el impacto de estas medidas en los derechos humanos de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas.

La externalización de fronteras es tan solo una de las prácticas cuestionadas, ya que también se han presentado detenciones prolongadas, devoluciones masivas, devoluciones en caliente, entre otros, que han vulnerado el principio de no devolución y otros estándares internacionales de protección (Amnistía Internacional, 2014).

La situación descrita pone en evidencia la necesidad imperante de encontrar un equilibrio entre la seguridad fronteriza y la obligación ética y legal de respetar los derechos fundamentales de todas las personas, independientemente de su estatus migratorio.

4.1. Fortalecimiento de las fronteras e impacto de las políticas de seguridad en los derechos humanos de las personas migrantes

Una de las prioridades de la UE a nivel migratorio, es el refuerzo de sus fronteras ya que su objetivo controlar los flujos migratorios y prevenir la entrada de personas en situación irregular, sin embargo, las medidas adoptadas han presentado múltiples repercusiones en torno al respeto, o más bien, el irrespeto a los derechos fundamentales de las personas migrantes.

4.1.1. Externalización de las fronteras

La externalización de las fronteras, como fue desarrollado de forma más amplia en el apartado 3.2.2.2, se dio a través de acuerdos con diferentes países que han llevado a la UE a financiar y apoyar prácticas que vulneran los derechos fundamentales de las personas migrantes. Y es que un ejemplo de esto han sido las detenciones y deportaciones en condiciones inhumanas, a menudo sin acceso a procedimientos de asilo ni garantías procesales mínimas (Human Rights Watch, 2019).

Otro de los eventos cuestionados es la cooperación con la Guardia Costera Libia, misma que ha sido objeto de controversia tras el naufragio de una embarcación en 2017 que resultó en la muerte de 20 migrantes, y es que aunque la Corte Europea de Derechos Humanos falló que Italia no era responsable directa del incidente, la relación de la UE en acuerdo de índole migratorio con Libia, es lo que ha traído múltiples cuestionamientos por parte de diversas organizaciones de derechos humanos (AP News, 2025).

Así las cosas, las prácticas de externalización no solo delegan responsabilidades de control migratorio a terceros países, sino que también promueven un desinterés o una falta de compromiso por parte de los Estados miembros ante la rendición de cuentas a la que se deben someter; y es que en muchos casos, los países con los que la UE establece acuerdos, no cuentan con sistemas adecuados de protección internacional, lo que expone a las personas migrantes a detenciones arbitrarias, y a otro tipo de problemática conexas como asuntos de violencia sexual, trata de personas, tortura, entre otros; sin posibilidad de acceso real a la justicia.

Aunado a lo anterior, la externalización promovida por la UE ha sido duramente criticada por promover una lógica de contención que antepone la disuasión a las personas ante la protección de éstas, vulnerando una vez más los derechos humanos y poniendo en duda el compromiso ético de la Unión, estrategia que ha promovido división y un claro desacuerdo entre un sistema de asilo y la responsabilidad que le es depositada a los países de tránsito, quienes a su vez se encuentran enfrentando crisis internas a nivel social, político, y hasta migratorio.

En respuesta a lo anterior, algunas organizaciones como el ACNUR y la OIM han insistido en la necesidad de un replanteamiento de las políticas de externalización, pero ahora con un enfoque en los derechos humanos, que tomen en cuenta prácticas

como la de dar una garantía de rutas de desplazamiento verdaderamente seguras y legales para las personas migrantes, en lugar de mecanismos que las empujen a recurrir a redes de tráfico de personas, o bien, a tomar rutas más peligrosas en el que se vea vulnerada su integridad y hasta su vida (OIM, 2024).

4.1.2. Uso de tecnologías de vigilancia

La utilización de tecnologías de vigilancia en la gestión adecuada de las fronteras de la Unión Europea y en el mundo entero, ha estado en auge, siendo que en los últimos años se ha implementado el uso de drones, cámaras térmicas, sensores inteligentes, dispositivos de reconocimiento facial, sistemas biométricos avanzados, y hasta la inteligencia artificial, convirtiéndose en herramientas clave y que con el pasar del tiempo y la creación de nuevas tecnologías, se han mostrado como mecanismos eficaces para controlar los flujos migratorios, prevenir ingresos irregulares de personas, e incluso, para la detección de actividades ilícitas en territorio de la Unión.

A pesar de que el uso de sistemas computarizados facilita y robustecen la seguridad, su implementación también plantea serias preocupaciones desde la perspectiva de los derechos humanos, particularmente en lo relativo a la privacidad, la protección de datos personales y el uso desproporcionado de la fuerza tecnológica en contextos humanitarios.

El uso de la tecnología desmedido sin un marco jurídico que lo respalde y regule su funcionamiento, al menos a nivel europeo, es una de las problemáticas más graves, ya que no se conocen límites ni mecanismos de rendición de cuentas, y se convierte en un tema de gran delicadeza porque se da la recopilación de datos biométricos como las huellas dactilares, el escaneo del iris o el reconocimiento facial, sin existir un consentimiento informado de las personas migrantes, siendo que la gran mayoría se encuentran en situaciones de alta vulnerabilidad e indefensión, convirtiéndose en un procedimiento de control que puede derivar y hasta promover prácticas discriminatorias y violatorias del principio de proporcionalidad y otros derechos; se ha denunciado que estos sistemas refuerzan dinámicas de exclusión racial y estigmatización, especialmente cuando se emplean algoritmos con sesgos implícitos (FRA, 2024).

Por otra parte, el despliegue de drones y vigilancia aérea en las fronteras exteriores, como lo es el Mediterráneo, se ha visto envuelto en críticas porque prioriza la recopilación de datos sobre la asistencia humanitaria y no en alertar a los servicios de salvamento marítimo; además, las imágenes captadas por estos dispositivos han

sido utilizadas, en algunos casos, para coordinar devoluciones indirectas de personas migrantes y hasta para monitorear a algunas Organizaciones No Gubernamentales (ONG) que realizan rescates en el mar. Entonces, estas herramientas de vigilancia tecnológica no solo ponen en riesgo vidas humanas, sino que también desincentiva las obligaciones de búsqueda y rescate en virtud del derecho internacional del mar (Statewatch, 2021).

Por último, un tema de interés en torno al uso de tecnologías es la creciente participación de empresas privadas en el desarrollo y gestión de estas, las cuales son contratadas por la UE para operar sistemas como el Entry/Exit System (EES) o el European Travel Information and Authorisation System (ETIAS), en lo que se manejan grandes volúmenes de información personal sensible, sin contar con suficientes mecanismos de control y de supervisión pública, lo que viene a ser un tipo de privatización de la vigilancia fronteriza, como es conocido hoy en día ese sistema, el cual aumenta el riesgo del uso indebido de datos personales y reduce la transparencia sobre cómo se toman decisiones automatizadas que pueden afectar directamente el destino de miles de personas (IE MED, 2022). Frente a estos y otros desafíos principalmente en el tema de derechos fundamentales, diversas organizaciones han instado a la UE a garantizar que toda tecnología aplicada en contextos migratorios respete los estándares del derecho europeo e internacional de derechos humanos.

4.1.3. Impacto en los derechos de los niños migrantes

Con la exteriorización de las fronteras en la Unión Europea han salido a la luz consecuencias en diferentes aristas, sin embargo, han habido repercusiones especialmente graves para los niños migrantes, quienes constituyen uno de los grupos más vulnerables dentro de los flujos migratorios, a pesar de que el marco jurídico internacional, en particular la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) establece obligaciones claras para proteger sus derechos, las políticas de control fronterizo implementadas y la cuestionable gestión migratoria han dado lugar a múltiples violaciones a sus derechos.

Han existido críticas en torno al Pacto sobre Migración y Asilo, el cual fue adoptado por la UE en el mes de mayo del 2024, por permitir la detención sistemática de menores de edad en instalaciones que en la mayoría de los casos, no cumplen ni siquiera con las condiciones mínimas de habitabilidad ni salubridad, y tampoco garantizan servicios esenciales como atención médica, atención psicológica ni educación (Humanium, 2024).

Existe un sin número de problemáticas que rodean la migración de menores, pero la detención de niños en condiciones migratorias irregulares es una de las principales, sea que estos vengan acompañados o no, sean ingresados en centros de recepción e de tránsito, ya que esta medida debería ser siempre una excepción, no obstante, se ha convertido en una respuesta habitual ante la llegada de población infantil migrante.

Diversos organismos internacionales, ante las prácticas mencionadas, han reiterado que la detención de menores por razones migratorias nunca es una medida viable que existen alternativas más humanas y eficaces, como el acogimiento familiar o las instalaciones abiertas supervisadas (UNICEF, 2019), sin embargo, a pesar de ello, los Estados miembros de la UE continúan priorizando medidas de control y disuasión por encima de los principios de protección infantil.

Asimismo, los procedimientos acelerados de asilo establecidos por el nuevo pacto dificultan el acceso a un examen individualizado y exhaustivo de las solicitudes presentadas por menores o familias con niños y en la práctica, esto se traduce en una falta de tiempo suficiente para preparar sus casos, ausencia de intérpretes especializados o asesores legales, y decisiones adoptadas sin tener plenamente en cuenta la edad, el grado de madurez o el contexto psicosocial del niño, es decir, hasta se convierte un respeto al debido procedimiento, vulnerando incluso el derecho a la defensa, situación que se agrava cuando los menores no están acompañados, pues muchos de ellos enfrentan largos periodos sin tutela legal efectiva, lo que los expone a riesgos de explotación, abuso o desaparición (Save The Children, 2022).

Finalmente, es necesario mencionar que los controles fronterizos reforzados y las devoluciones inmediatas han afectado directamente el derecho de los niños a solicitar asilo, impidiéndoles ser escuchados y hasta para optar por la protección internacional, y es que sí existen reportes de niños migrantes que han sido interceptados en las fronteras sin que se haya evaluado adecuadamente su edad ni su situación de vulnerabilidad, lo cual constituye una violación directa de los principios de no discriminación y del interés superior del menor, y en respuesta a estas arbitrariedades es que diversas agencias de derechos humanos han buscado como invitar a que la UE adopte un enfoque centrado en la niñez, o prácticas especializadas que prioricen la protección frente al control y que de esa forma se garantice que ningún menor sea privado arbitrariamente de su libertad por motivos migratorios (OIM, 2022).

4.2. Vulneración de Derechos Humanos en los centros de detención en temas migratorios y en las fronteras

Los centros de detención para personas migrantes se encuentran localizados en las cercanías de las fronteras exteriores, así como en la parte interna de los Estados miembros de la Unión Europea, y han estado bajo la lupa por parte de organizaciones internacionales y agencias de derechos humanos, porque a pesar de que estas instalaciones se presentan oficialmente como centros de detención administrativa y no como prisiones, hay una creciente preocupación porque registran condiciones inadecuadas que incluyen hacinamiento, falta de acceso a servicios básicos como atención médica o alimentación adecuada, e incluso tratos inhumanos o degradantes; circunstancias que no solo violan principios fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y en tratados internacionales, sino que también generan efectos negativos en la salud física y mental de las personas, principalmente de los grupos revestidos de mayor vulnerabilidad, como lo son mujeres, niños y personas solicitantes de asilo.

A problemática citada, se le suman otras prácticas que evidencian el carácter punitivo de la gestión migratoria en la UE, una de ellas es la realización de "pushbacks" o devoluciones en caliente, mediante las cuales se expulsa de forma inmediata y colectiva a personas migrantes, sin existir y sin tener derecho a una evaluación individualizada, y por supuesto tampoco a tener acceso a procedimientos de solicitud de asilo, contraviniendo así el principio de no devolución establecido en el derecho internacional. Las prácticas mencionadas suelen ir acompañadas de violencia física, amenazas y privación de medios de subsistencia, en fin, en la vulneración a los derechos fundamentales de las personas migrantes, situación que persiste a pesar de las reiteradas denuncias, prevaleciendo la falta de rendición de cuentas por parte de los Estados, contribuyendo a la impunidad y debilitando los mecanismos de supervisión institucional.

En este contexto, la combinación de condiciones indignas en los centros de detención, devoluciones ilegales y ausencia de responsabilidad institucional revela una crisis estructural en la protección de los derechos humanos dentro del marco de la política migratoria de la UE.

4.2.1. Condiciones en los centros de detención

Los centros de detención para personas migrantes en la UE han sido criticados por las condiciones que enfrentan las personas privadas de libertad por razones

migratorias, y es que, aunque en teoría estos centros no tienen un carácter penal, la realidad es otra, porque muchos se asemejan a prisiones, tanto en términos de infraestructura, como de vigilancia y restricciones de libertad, además cuenta con características y problemáticas comunes de las cárceles, porque sufren de hacinamiento, falta de acceso a servicios médicos, deficiencias en la higiene, la escasez de alimentos, además de que las personas recluidas son víctimas de aislamiento social, aspectos recurrentemente denunciados por parte de diversos organismos internacionales.

Ahora bien, una de las situaciones más preocupantes de los centros de detención por temas migratorios se refiere a la estadía o detención prolongada sin existir una justificación individualizada y mucho menos un control judicial efectivo, a pesar de que el Derecho de la UE establece que la detención debe ser una medida de último recurso, la cual omiten muchos de los Estados miembros, los cuales la aplican de manera sistemática y casi de forma automática, incluso en casos en los que las personas migrantes están colaborando con los procedimientos y las debidas reglamentaciones.

Conociendo lo anterior, se muestra una vulneración al principio de proporcionalidad y a las garantías procesales mínimas, siendo que, para agravar aún más la situación, en muchos centros no se brinda información sobre los motivos de la detención, el tiempo de duración o los derechos que las personas detenidas poseen, lo que genera un estado constante de incertidumbre y angustia entre los migrantes ubicados en el lugar (European Parliament, 2023).

Si la situación mencionada líneas arriba es grave, ésta se complica más cuando se trata de personas en condiciones de vulnerabilidad, como mujeres, niños, personas con discapacidad o hasta personas víctimas de trata, ya que en algunos centros no se cuentan con servicios básicos diferenciados, como instalaciones sanitarias adecuadas para mujeres o espacios de atención psicosocial y en muchos casos, las personas con necesidades específicas no reciben un trato acorde con su situación, lo que ha sido calificado por el ACNUR como una forma de trato inhumano o degradante (ACNUR, 2017), deficiencias que no solo comprometen la dignidad humana, entendida esta como un valor inviolable, inherente e intangible de la persona, incluso considerada en varios ordenamientos jurídicos -no en el español-, como un derecho fundamental” (Miranda 2019), sino que pueden constituir violaciones graves a los derechos humanos y a las herramientas normativas internacionales que los protegen.

Por último, la detención migratoria tiene efectos negativos significativos en la salud mental de las personas, especialmente cuando se trata de detenciones prolongadas o indefinidas, y estudios clínicos mencionan que la ansiedad, la depresión, los trastornos del sueño e incluso tendencias suicidas han sido documentadas como consecuencias comunes en estos contextos de encierro. No en vano es que organizaciones como Médicos Sin Fronteras y Human Rights Watch han alertado sobre la falta de atención psicológica y psiquiátrica en los centros, así como sobre la revictimización de personas que ya han huido de conflictos, persecuciones o situaciones traumáticas en sus países de origen y en estando en busca de su estabilidad social, se encuentran recluidos en centros donde continúan siendo víctimas del irrespeto a sus derechos (MSF, 2016).

En respuesta a la inminente preocupación es que distintas instituciones y organizaciones han solicitado a la UE una reforma a su enfoque hacia la detención de personas migrantes, buscando alternativas menos lesivas y garantizando condiciones acordes con los estándares internacionales y al respeto de los derechos humanos.

4.2.2. Prácticas de "pushbacks" o devoluciones en caliente

Una de las prácticas que han llamado más la atención, hasta el punto de ser polémicas en el tema de la gestión de fronteras de la UE son las llamadas devoluciones en caliente o pushbacks, las cuales son expulsiones llevadas a cabo sin respetar las garantías jurídicas mínimas, como el derecho a solicitar asilo o a un proceso individual, y a pesar de vulnerar el principio de no devolución (non-refoulement) recogido en el derecho internacional, se convierten en mecanismos de control disuasivo.

Múltiples documentos, como lo son informes y denuncias de diferentes organismos, contemplan evidencia de que estas prácticas no sólo implican la expulsión ilegal de personas migrantes, sino que normalmente vienen acompañadas de actos de violencia física y tratos crueles e inhumanos, además las personas migrantes relatan haber sido golpeadas, desnudadas, amenazadas o abandonadas en condiciones extremas, sin acceso a agua, alimentos o asistencia médica, consistiendo esto en tratos degradantes, crueles e inhumanos, llegando incluso a la tortura. (ACNUR, 2018).

Los pushbacks se caracterizan por la ausencia de supervisión, y aunque algunos Estados miembros han prometido establecer mecanismos de monitoreo,

como exige el nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, estos mecanismos son débiles o no se encuentran operando.

Otro de las situaciones transversales de la problemática de las devoluciones en caliente, es que se ha detectado una tendencia a criminalizar a quienes documentan estas prácticas, entre ellos a periodistas, personas defensoras de derechos humanos y miembros de organizaciones no gubernamentales, elevando esta falta de transparencia institucional, aunada a la escasa rendición de cuentas, a un entorno de impunidad en el que las violaciones a los derechos humanos se repiten una y otra vez sin que existan consecuencias legales (Border Violence Monitoring Network, 2020).

Los pushback no solo es perjudicial a nivel de la UE, ya que no solo se violan derechos fundamentales, sino que se consolida un sistema de seguridad en el que es más importante el control territorial que el respeto a los derechos humanos, generando consecuencias lamentables, por ejemplo: personas que buscan protección internacional tienen que optar por rutas cada vez más peligrosas, expuestas al tráfico de personas y a múltiples formas de violencia; y es por esta y otras razones de peso que el ACNUR y otras organizaciones hacen un llamado urgente a los Estados miembros de la UE al cese de dichas prácticas, y que más bien busquen mecanismos de vigilancia que garanticen la protección de los derechos fundamentales de las personas migrantes.

4.2.3. Impunidad y falta de rendición de cuentas

Uno de los principales obstáculos para la garantía efectiva de los derechos humanos en las fronteras y centros de detención es la impunidad y la falta de rendición de cuentas, siendo que a pesar de la gran cantidad de denuncias existentes sobre violaciones a derechos humanos cometidas por agentes estatales, en el contexto migratorio (devoluciones ilegales, uso excesivo de la fuerza, detención arbitraria, entre otros), las sanciones impuestas son excepcionales, evidenciando una falta de conexión entre los marcos normativos y su aplicación práctica, motivando la impunidad, lo que a su vez debilita la confianza en las instituciones.

Muchas de las autoridades fronterizas operan bajo controles mínimos y se han detectado obstáculos para que periodistas, observadores y organizaciones humanitarias puedan acceder a los lugares donde ocurren presuntas violaciones, contribuyendo incluso a la criminalización de las personas defensoras de derechos humanos, trabajadores humanitarios y organizaciones que documentan abusos, puntuando aún más a la problemática de impunidad, y es que en lugar de proteger a

quienes denuncian prácticas ilegales, se han iniciado procesos judiciales contra ellos, indicando que “facilitan la migración irregular”, situación que silencia a quienes actúan en defensa de los derechos humanos y limita la capacidad de monitorear y denunciar violaciones.

En ese contexto, se conoce que algunas instancias internacionales han motivado a la UE y a sus Estados miembros a fortalecer los mecanismos de control y supervisión de las políticas migratorias, sugiriendo la creación de organismos independientes de monitoreo fronterizo, la garantía de acceso a la justicia para las personas migrantes, la recopilación de datos sobre violaciones y la sanción efectiva de los responsables, sin embargo, no es algo que pueda suceder de la noche a la mañana, su implementación ha sido lenta y en algunos casos, tan solo simbólica, reflejando la falta de voluntad política para priorizar los derechos humanos por encima de los intereses de seguridad y control fronterizo; porque, sin una rendición de cuentas real y transparente, cualquier política migratoria puede convertirse en una vía de legitimación de abusos institucionalizados.

4.3. Análisis crítico de la situación actual de las políticas migratorias en la UE

Las políticas migratorias en la UE nunca ha sido un tema fácil de digerir para sus Estados miembros, y se convirtió aún más complejo posterior a la crisis de refugiados del 2015, y en la actualidad, el diseño y la implementación de dichas políticas se encuentran en una encrucijada compleja, llena de tensiones entre los intereses de los Estados miembros, las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y una creciente presión política y hasta mediática que ha llegado a asociar la migración con riesgos para la seguridad de los ciudadanos. A pesar de los avances normativos del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), los resultados prácticos muestran una profunda disonancia entre los discursos institucionales que apelan a la solidaridad y la protección, y las medidas aplicadas en el terreno, orientadas principalmente al control y a la contención de los flujos migratorios (Carrera y Geddes, 2021).

Es imperante la necesidad de un análisis crítico que permita comprender los principales desafíos estructurales de la política migratoria actual en la UE, tomando en cuenta la persistencia de un enfoque en seguridad que condiciona la respuesta institucional ante los movimientos migratorios, privilegiando la vigilancia y el control sobre el respeto a los derechos fundamentales (FRA, 2020); además, los mecanismos

de protección de derechos humanos en el ámbito migratorio se han mostrado débiles frente a las prácticas abusivas registradas en las fronteras exteriores. Por todo lo anterior, es que se han logrado identificar una serie de retos y oportunidades para avanzar hacia una política migratoria más coherente, centrada en la dignidad humana, la solidaridad y el cumplimiento del derecho internacional.

4.3.1. Persistencia de un enfoque en seguridad y sus consecuencias

La UE durante los últimos años ha asumido compromisos en el contexto migratorio, en el marco del derecho internacional y europeo de los derechos humanos, sin embargo, se evidencia el persistente enfoque e interés en el tema de la seguridad fronteriza, a través de la ejecución de sus políticas migratorias, por ejemplo en la externalización del control fronterizo, el uso intensivo de tecnologías de vigilancia y la generalización de prácticas como la detención preventiva y las devoluciones en caliente (pushbacks), muchas veces sin las debidas garantías procesales (Amnesty International, 2014; Human Rights Watch, 2019).

Tal y como ha sido señalado por parte de diferentes organizaciones de derechos humanos, la estrategia de la UE prioriza la contención de los flujos migratorios sobre la protección efectiva de las personas migrantes y sus derechos fundamentales, lo que ha generado en violaciones sistemáticas como detenciones arbitrarias, condiciones inhumanas en centros de internamiento y negación del derecho a solicitar asilo (Human Rights Watch, 2019).

Lamentablemente, a pesar de ser una problemática pública, instrumentos normativos recientes, como el Pacto Europeo sobre Migración y Asilo, lejos de intentar revertir ese enfoque, lo que hace es reforzarlo porque se centran en el control y la devolución rápida, sin tomar en cuenta mecanismos de protección (FRA, 2020).

En síntesis, la persistencia de este enfoque en seguridad de la UE no solo debilita la eficacia de las políticas migratorias, sino que compromete gravemente los valores fundamentales de la Unión, como el respeto a la dignidad humana, la solidaridad y el Estado de derecho.

4.3.2. Falta de cohesión entre Estados miembros

A lo largo del tiempo, la UE ha enfrentado diversos desafíos en materia migratoria, y uno de ellos es la falta de cohesión entre los Estados miembros a consecuencia de una aplicación poco equilibrada de las normas, así como la falta de un sistema de asilo en común, y se debe a que las herramientas legales son interpretadas e implementadas con diferentes niveles de compromiso, lo que da lugar

a disparidades normativas y retrocesos en la protección de los derechos de las personas migrantes (Carrera y Geddes, 2021).

Un ejemplo de la falta de armonía es en la aplicación del Reglamento de Dublín, el cual establece que el primer país de ingreso debe tramitar la solicitud de asilo, lo que ha generado una sobrecarga desproporcionada en los Estados fronterizos, como Grecia, Italia y España, exacerbando las crisis humanitarias en sus centros de recepción y generando tensiones políticas internas (Parlamento Europeo y El Consejo, 2013).

La división entre los estados miembros ha facilitado el paso a políticas restrictivas por parte de algunos países, contrariando el principio de solidaridad y responsabilidad compartida que estipulan los tratados de la UE, y, en consecuencia, se ha debilitado la capacidad de ofrecer una respuesta equitativa, basada en los derechos humanos frente a los desafíos migratorios actuales en los Estado miembros.

4.3.3. Debilidad en la protección efectiva de los derechos humanos

La Unión Europea cuenta con un marco normativo robusto en diferentes ramas, pero si es muy sobresaliente la temática de derechos humanos entre sus herramientas jurídicas, no obstante, a pesar de la existencia de dichos instrumentos, su aplicación efectiva en el ámbito migratorio sigue enfrentando serias deficiencias. Por ejemplo, en la práctica, la vigilancia independiente de las fronteras y centros de detención es limitada, y persisten carencias en la transparencia institucional, lo que dificulta la detección y corrección de abusos (FRA, 2024), dejando una brecha para la comisión de irregularidades a nivel institucional.

Aunado a lo anterior, es lamentable el hecho de que los mecanismos de denuncia y reparación para las personas migrantes víctimas de violaciones de derechos humanos se tornan, en la mayoría de los casos, inaccesibles o ineficaces, creciendo la impunidad en este tipo de violaciones estructurales, y concatenado a ello, esta falta de garantías fomenta la repetición de prácticas abusivas, en clara contradicción con los principios que rigen el Estado de derecho en la UE (FRA, 2024).

Y no menos importante es el aumento de discursos políticos que buscando el agrado de mucho, lo que hacen es criminalizar la migración irregular, creando y apoyando el desarrollo de un clima hostil que refuerza la discriminación, la exclusión social y la estigmatización de las personas migrantes, a la vez que obstaculiza su integración, y consecuentemente, debilita el compromiso político con la protección de

los derechos fundamentales de las personas migrantes y solicitantes de asilo (OIM, 2022).

4.3.4. Retos y propuestas para una política migratoria humanitaria y eficaz

Ante la existencia de limitaciones estructurales que enfrenta actualmente la política migratoria de la Unión Europea, diversos organismos internacionales y expertos en derechos humanos han planteado la necesidad de un cambio de paradigma, el cual se encuentre orientado a un enfoque más humanitario, solidario y coherente con los valores fundacionales de la UE y por supuesto, respetuoso de los derechos humanos.

En respuesta a lo anterior, inicialmente se debe subrayar la urgencia de reforzar la solidad y la cooperación entre los Estados miembros implementando mecanismos o normas que garanticen una distribución equitativa de las personas solicitantes de asilo, y no hacerlo como lo indica el Reglamento de Dublín, sino, modificar esa indicación, con el fin de aliviar la presión sobre los países de primera entrada y garantizar un reparto justo de responsabilidades como Estados miembros de la UE, medida que requiere un compromiso político firme y mecanismos operativos eficaces que permitan la cooperación real y no meramente simbólica o de papel. Y es que, de forma paralela, además de que se estaría ante trámites más expeditos, indirectamente coadyuvaría en una mejor relación entre países y sus instituciones políticas y de seguridad.

Por otra parte, es indispensable garantizar el acceso efectivo a los procedimientos de asilo, eliminando prácticas como los pushbacks y mejorando las condiciones de acogida en los centros de recepción, especialmente para los colectivos vulnerables como menores, mujeres embarazadas o personas solicitantes de protección internacional (ACNUR, 2023); por ende, también se estaría asegurando el respeto al principio de no devolución y a las garantías procesales mínimas debe estar en el centro de cualquier política migratoria legítima; además, en comunión con la garantía de que un centro de acogida sea eso, un centro de acogida de personas migrantes, no un centro de privación de libertad con enfoque punitivo.

Asimismo, la protección de los derechos humanos debe integrarse de forma transversal en todas las fases de la gestión migratoria, estableciendo mecanismos de control legales, promoviendo la formación en derechos humanos especializada del personal fronterizo y la creación de canales accesibles de denuncia, el trámite de estas y la consecuente reparación para las víctimas.

Para finalizar, una de las propuestas es la ampliación y consolidación de vías legales y seguras para la migración, con el fin de reducir la dependencia de rutas irregulares que exponen a las personas migrantes a graves riesgos, como la trata, la violencia o la muerte en tránsito, garantizando el respeto a sus derechos fundamentales.

5. POLÍTICAS MIGRATORIAS DE LA UNIÓN EUROPEA VS. POLÍTICAS MIGRATORIAS DE CENTROAMÉRICA

A lo largo del tiempo, el tema de la movilidad humana ha estado especialmente caracterizada por su alta complejidad y por su diversidad, mostrando diversas dinámicas a nivel global, y un ejemplo de lo anterior es la Unión Europea y Centroamérica, regiones que, a pesar de sus diferencias geográficas, históricas y socioeconómicas, enfrentan desafíos similares en la gestión de flujos migratorios, siendo que ambas regiones poseen elementos comunes como la violencia estructural existente, la pobreza extrema, la inestabilidad política y los efectos del cambio climático, los cuales configuran crisis migratorias recurrentes que obligan a buscar respuestas urgentes y eficaces (ACNUR, 2022).

Centroamérica ha alcanzado niveles preocupantes cuando se habla de crisis en el contexto migratorio; según la ACNUR, miles de personas han sido desplazadas en la región debido a la violencia, la inseguridad y la persecución, principalmente por organizaciones criminales (ACNUR, 2022). Por ejemplo, países como El Salvador, Guatemala y Honduras que en algún momento registraron algunas de las tasas de homicidio más elevadas del mundo, mostraron desplazamientos de personas hacia países como estados Unidos (Mercy Corps, 2019).

Además de la violencia que se presentó en dichos países, también la parte climática juega un papel fundamental entre las razones de la movilidad humana en la región, ya que los impactos del cambio climático, como las sequías prolongadas, la degradación de tierras y los fenómenos meteorológicos extremos, afectan gravemente la producción agrícola y fomentan la migración forzada de comunidades rurales (Climate Refugees, 2021).

Ahora bien, aunque la Unión Europea si cuenta con un marco jurídico en torno a los derechos humanos y políticas migratorias, ha estado bajo la lupa y ha sido objeto de críticas porque, tal y como se desarrolló en los apartados anteriores, tiende a priorizar el enfoque en seguridad y una muestra fue la respuesta ante la crisis de

refugiados de 2015, ya que se adoptaron medidas centradas en el control de fronteras y la externalización de responsabilidades migratorias a terceros países, lo cual ha puesto en cuestión el respeto efectivo de los derechos de las personas migrantes (Greenhill, 2022).

Finalmente, el objetivo principal de este análisis comparativo entre las políticas migratorias de la Unión Europea y las adoptadas por Centroamérica es identificar las similitudes y diferencias en sus marcos legales y operativos, además de mostrar algunas fortalezas y debilidades en la protección de los derechos humanos de las personas en situación de movilidad, por lo que inicialmente se debe comprender cómo cada región aborda los desafíos migratorios, y así buscar la aplicación de las políticas más humanas, eficaces y coherentes con los estándares internacionales.

5.1. Crisis migratorias en Centroamérica en la última década

En el tema de crisis migratorias, Centroamérica no es la excepción, y es que al menos si se habla de los últimos 10 años, ha atravesado varias dificultades con diversidad de características porque se trata de flujos mixtos en contextos de alta vulnerabilidad social, económica y política. Países como Guatemala, Honduras y El Salvador, han sido foco de desplazamientos masivos provocados por violencia armada, crimen organizado, pobreza estructural, desigualdad y debilidad institucional (OIM, 2023).

En el caso de Honduras, la migración irregular tuvo un auge a partir del 2014, y fue particularmente a través de caravanas hacia México y Estados Unidos, motivados por la creciente violencia relacionada con pandillas (maras), además del narcotráfico e incluso la extorsión, delitos también ligados a la existencia de las pandillas. Las caravanas de migrantes reflejaban la desesperación de los miles de personas que las conforman, por encontrar seguridad y mejores condiciones de vida (ACNUR, 2019; AP News, 2024).

Por su parte, Costa Rica ha sido tradicionalmente un país receptor, y no se ha escapado de las crisis migratorias, enfrentando un aumento sostenido en la llegada de personas migrantes, siendo que, desde hace varios años, la afluencia de población nicaragüense ha aumentado significativamente debido a la crisis política, económica y los abusos en el tema de derechos humanos en Nicaragua, lo que ha presionado el sistema costarricense de protección y acogida (CIDH, 2021; CEPAL, 2022). A lo anterior, se suma la llegada de población venezolana, que actualmente se encuentra

huyendo de la emergencia humanitaria compleja que está atravesando su país. Así las cosas, ambas situaciones han generado un notable desafío en cuanto a integración, empleo, acceso a salud y educación para las personas migrantes en Costa Rica.

En el caso de Nicaragua, la crisis sociopolítica desatada en abril de 2018 ha generado una migración forzada masiva, ya que dicha problemática ha generado represión estatal, detenciones arbitrarias, criminalización de la protesta y falta de garantías judiciales, lo que han obligado a más de 100.000 personas a huir hacia países vecinos, especialmente hacia Costa Rica (CIDH, 2021; ACNUR, 2020). Solo entre 2018 y 2020, más de 70.000 solicitudes de refugio de nicaragüenses fueron registradas en Costa Rica, siendo una de las cifras más altas de América Latina en relación con su población (Solís Bastos; Hernández Murillo, 2022).

Los flujos migratorios mencionados, generalmente se tratan de movilizaciones de carácter mixto, es decir, incluyen refugiados, solicitantes de asilo, migrantes económicos y víctimas de trata o violencia de género, lo que hacen más complejo su tratamiento, ya que el fenómeno exige respuestas regionales coordinadas, con enfoque de derechos humanos, atención humanitaria adecuada y fortalecimiento institucional. Según datos de la OIM, más del 60 % de las personas migrantes centroamericanas entrevistadas reportaron haber salido por razones de violencia, amenazas o persecución, mientras que muchas desconocían sus derechos o los mecanismos de protección disponibles (OIM, 2023).

5.2. Herramientas jurídicas de Centroamérica en el contexto migratorio

A nivel migratorio, a lo largo del tiempo Centroamérica ha implementado normativa regional pero también ha adoptado mecanismos internacionales para gestionar la migración y proteger a las poblaciones en movilidad, aunque su aplicación y efectividad real se ve limitada por múltiples desafíos.

Algunos documentos normativos son los siguientes:

5.2.1. Convención de Cartagena

Se trata de un instrumento regional, el cual fue adoptado en Cartagena de Colombia, el cual lo que hace es ampliar la definición de persona refugiada establecida en la Convención de Ginebra de 1951; además incluye a las personas desplazadas por violencia generalizada, conflictos armados o violaciones graves de derechos humanos (ACNUR, 1984).

La Convención de Cartagena funciona como la base jurídica del llamado “sistema de protección complementaria”, y ha sido el fundamento de marcos normativos de países como Guatemala, Nicaragua, Honduras, El Salvador y Panamá; asimismo es importante mencionar que la Convención promueve la armonización normativa y la cooperación internacional para garantizar el acceso a procedimientos de asilo y refugio.

5.2.2. Protocolo de Tegucigalpa

Herramienta normativa adoptada por la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), que llegó a complementar la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA). Establece principios vinculantes como el non-refoulement, la prohibición de discriminación y la garantía de acceso a servicios básicos como salud y educación.

Su enfoque principal radica en las personas migrantes, sin distinción de condición migratoria, y además presta especial atención a grupos vulnerables (niños, género, LGTBI+).

5.2.3. Marco Integral Regional para la Protección y Soluciones (MIRPS)

En el año 2017, con un fuerte impulso del ACNUR se gestionó el MIRPS el cual agrupa a cinco países centroamericanos (Belize, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras) junto con México y Panamá para coordinar acciones de recepción, protección, integración, entre otras; asimismo, este marco opera con los cuatro pilares del programa: admisión, necesidades inmediatas, acogida y soluciones duraderas.

En informes de seguimiento del MIRPS, se han destacado avances en inclusión socioeconómica, cooperación técnica, canales legales y mecanismos comunitarios contra la violencia (ACNUR, 2021).

5.2.4. Plan Regional de Desarrollo Integral (PRDI)

Impulsado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y gobiernos regionales, el PRDI lo que hace es abordar de forma estructural las causas de la migración irregular, como lo es la violencia, la pobreza, la impunidad y la desigualdad territorial. Establece líneas de acción específicas para fortalecer las instituciones migratorias, coordinación intersectorial y protección de derechos (UNODC, 2021)

Así las cosas, es necesario señalar que, a pesar de los avances en el marco jurídico, siguen existiendo limitaciones como lo es la escasez de recursos humanos y financieros, lo que ralentiza la implementación y seguimiento; persiste la falta de

mecanismos de monitoreo independientes que vigilen el cumplimiento y la rendición de cuentas; hay una disparidad normativa entre países en áreas como reconocimiento de refugiado, acceso a regularización migratoria y rutas administrativas; finalmente, se denota una voluntad política fluctuante, la cual está sujeta a ciclos electorales y crisis económicas, lo que pone en riesgo la continuidad y sostenibilidad de las políticas.

5.3. Derecho comparado: Unión Europea vs. Centroamérica

Al efectuar un análisis comparado entre las políticas migratorias de la UE y Centroamérica, se localizan marcadas diferencias tanto en el diseño institucional como en el enfoque normativo de la gestión migratoria; y es que mientras en la UE se evidencia un marco jurídico que cuenta con una buena organización y armonización en sus mecanismos normativos, además de cimentadas estructuras de cooperación judicial, Centroamérica aún muestra múltiples retos estructurales y en la implementación de la normativa ya existente.

La UE ha vivido un proceso de integración que ha permitido construir un Sistema Común de Asilo e implementar herramientas como el Reglamento de Dublín III e incluso el Acervo Schengen que fueron detallados en apartados anteriores, los cuales, aunque han sido objeto de críticas, no se puede negar que representan un esfuerzo por establecer normas comunes para la movilidad humana y de alguna u otra forma, del respeto a los derechos humanos. La existencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y la Agencia de los Derechos Fundamentales (FRA) también refuerzan la supervisión de los derechos de las personas migrantes (Guild, Groenendijk, 2016).

Por su parte, aunque en Centroamérica existen esfuerzos de integración como lo es el Sistema de Integración Centroamericana (SICA) y acuerdos como el Protocolo de Tegucigalpa, no existe un sistema regional de asilo y de mecanismos que velen por la aplicación de la normativa y por ende, por la protección real de derechos, asimismo, las políticas migratorias se encuentran condicionadas por factores externos, como lo es Estado Unidos y sus propias políticas, así como las crisis humanitarias motivadas por la violencia en la región, la pobreza y hasta por desastres climáticos.

Así las cosas, a pesar de las diferencias mencionadas, tanto la UE como Centroamérica poseen el desafío de buscar una coordinación de sus políticas

migratorias con la aplicación efectiva de los derechos humanos; además una relación efectiva a nivel regional, el no poner como asunto prioritario la seguridad sobre los derechos fundamentales y la inversión en mecanismo de protección efectiva, se convierten en elementos trascendentales para una gestión migratoria más sostenible y por supuesto más justa.

Para una fácil identificación de las diferencias entre la UE y Centroamérica a nivel normativo en el contexto migratorio, se puede observar el siguiente cuadro:

ASPECTO	UNIÓN EUROPEA	CENTROAMÉRICA
MARCO NORMATIVO PRINCIPAL	- Tratado de Funcionamiento de la UE. - Carta de Derechos Fundamentales. - Reglamento de Dublín. - Acervo Schengen.	- Convención sobre Refugiados. - Protocolo de Tegucigalpa. - Plan Regional de Desarrollo Integral.
GESTIÓN FRONTERIZA	- Fronteras internas abiertas: Espacio Schengen. - Externalización y control reforzado mediante FRONTEX.	- Fronteras nacionales. - Control desigual y limitado por falta de recursos e infraestructura.
SISTEMA DE ASILO	- Directivas armonizadas: Sistema Común Europeo de Asilo.	- Ausencia de un sistema común. - Legislación nacional con escasa coordinación.
PROTECCIÓN DE DERECHOS	- Supervisión por FRA y TJUE. - Vinculación directa de la Carta de Derechos Fundamentales.	- Basada en tratados internacionales. - No posee mecanismos supranacionales de supervisión efectiva.
COOPERACIÓN REGIONAL	- Alta integración jurídica y política. - Decisiones vinculantes mediante instituciones europeas.	- Cooperación débil bajo el SICA. - Instrumentos jurídicos con poca implementación.

**ENFOQUE
GENERAL**

-Predominio del enfoque en seguridad.
-Debate en curso sobre solidaridad y protección.

-Enfoque emergente basado en derechos humanos.
-Énfasis en causas estructurales, pero con muchas limitaciones.

Una vez analizados ambos sistemas, y comparándolos entre sí, se evidencia que la Unión Europea ha alcanzado un grado desarrollado en la conexión entre sus herramientas jurídicas en materia migratoria, mientras que Centroamérica aún se encuentra en una fase inicial de fortalecimiento regional, donde el marco normativo es frágil y depende directamente de compromisos estatales voluntarios.

No obstante, es importante destacar que los dos contextos estudiados muestran oportunidades para el replanteamiento de las políticas migratorias, pero ahora con el enfoque hacia los derechos humanos.

6. CONCLUSIONES

1. La movilidad humana es un fenómeno social estructural, complejo y multidimensional que se manifiesta en múltiples formas, desde los desplazamientos voluntarios por razones económicas o personales, hasta los movimientos forzados provocados por conflictos armados, persecuciones, crisis ambientales o violencia generalizada. Este fenómeno afecta tanto a nivel interno como internacional y está motivado por una amplia gama de causas que reflejan las desigualdades globales. Su comprensión exige un enfoque integral e interdisciplinario que permita desarrollar políticas públicas y marcos jurídicos eficaces, capaces de abordar la diversidad de trayectorias y necesidades de las personas en movimiento, reconociendo siempre su dignidad humana como principio rector.

2. Todas las personas en situación de movilidad humana, sin importar las causas que originan su desplazamiento, su estatus migratorio o su nacionalidad, poseen derechos humanos inalienables que los Estados deben garantizar en todo momento. Este principio de universalidad constituye el núcleo de los sistemas internacionales de protección y debe reflejarse en políticas migratorias que prioricen el respeto a la dignidad humana, la no discriminación, el acceso a servicios esenciales y la protección efectiva contra cualquier forma de abuso, exclusión o violencia. En este

sentido, el enfoque basado en derechos humanos debe ser transversal a todo proceso de formulación, implementación y evaluación de políticas migratorias.

3. El reconocimiento de las distintas categorías jurídicas de personas en movilidad, a saber, refugiados, desplazados internos y migrantes económicos; resulta esencial para garantizar una protección adecuada. La condición de refugiado, amparada por la Convención de Ginebra de 1951, responde a situaciones en las que existen amenazas concretas a la vida, la libertad o la integridad personal, por razones como la persecución política, religiosa, étnica o por pertenencia a determinado grupo social. Los desplazados internos, aunque no cruzan fronteras internacionales, enfrentan vulnerabilidades semejantes o incluso más graves, por lo que los Estados tienen la obligación de garantizar su protección y asistencia dentro del territorio nacional. En cuanto a los migrantes económicos, pese a no contar con un estatuto internacional específico de protección, su creciente número en la movilidad global y su exposición a situaciones de explotación y discriminación, demandan políticas inclusivas que promuevan su integración social, laboral y jurídica, respetando en todo momento sus derechos fundamentales.

4. El marco jurídico internacional en materia migratoria se encuentra conformado por un conjunto de instrumentos diversos, como tratados, convenciones, declaraciones y protocolos, que, si bien poseen diferentes grados de obligatoriedad y alcances, coinciden en la defensa y garantía de los derechos fundamentales de las personas en movilidad. Entre estos destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Estos documentos establecen pilares esenciales como el derecho al asilo, la libertad de movimiento, la prohibición de expulsiones colectivas o arbitrarias y el principio de non-refoulement, sirviendo de referencia normativa indispensable para los Estados al diseñar sus políticas migratorias.

5. La Unión Europea ha logrado consolidar un cuerpo normativo armonizado en materia de migración y asilo, que articula los principios del derecho internacional con los objetivos de seguridad interna y cooperación regional. A través de directivas, reglamentos e instrumentos vinculantes, ha buscado establecer un sistema común que regule el asilo, combata la trata de personas y promueva la cooperación judicial en materia migratoria. Iniciativas como el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo buscan

renovar este sistema, promoviendo mecanismos de solidaridad entre los Estados miembros y una gestión conjunta de los flujos migratorios. No obstante, esta evolución normativa enfrenta críticas constantes por su énfasis en el control fronterizo, la externalización de responsabilidades y el fortalecimiento de dispositivos de disuasión, lo que a menudo entra en tensión con los estándares de protección internacional y los derechos de las personas migrantes.

6. La crisis de refugiados de 2015 marcó un punto de inflexión en las políticas migratorias europeas, al revelar las profundas limitaciones del sistema común de asilo frente a situaciones de emergencia. Esta crisis no solo evidenció la falta de mecanismos de respuesta rápida y solidaria, sino que también generó profundas divisiones entre los Estados miembros y motivó un giro restrictivo en muchas políticas nacionales. El uso intensificado de medidas de control, el cierre de fronteras y la adopción de procedimientos acelerados de expulsión comprometieron la protección efectiva de los derechos de miles de personas. La experiencia del 2015 expuso las contradicciones entre el discurso de derechos humanos de la UE y su práctica migratoria, y subrayó la urgencia de desarrollar mecanismos más justos, eficaces y coherentes con las obligaciones internacionales.

7. En este contexto, se ha generalizado en Europa la externalización de las fronteras, mediante acuerdos con terceros países para detener flujos migratorios antes de que lleguen al territorio comunitario. Si bien esta práctica pretende gestionar de forma anticipada los movimientos migratorios, ha sido objeto de fuertes cuestionamientos éticos y jurídicos, dado que en muchos de estos países se producen violaciones sistemáticas de derechos humanos, como detenciones arbitrarias, malos tratos y denegación del derecho al asilo. Asimismo, la incorporación de tecnologías de vigilancia como drones, biometría y reconocimiento facial ha planteado nuevas preocupaciones sobre la privacidad, la discriminación y la falta de garantías jurídicas, debido a la ausencia de regulación específica y mecanismos de supervisión transparentes que protejan adecuadamente a las personas migrantes.

8. Una de las consecuencias más graves de las políticas de control migratorio en Europa es el impacto sobre los derechos de grupos vulnerables, especialmente menores de edad y solicitantes de asilo. La detención migratoria, en condiciones frecuentemente inadecuadas, ha sido documentada como una práctica habitual que genera graves consecuencias físicas y psicológicas. La prolongación de estas detenciones sin control judicial efectivo, la ausencia de información clara sobre

derechos y procedimientos, y la utilización de devoluciones inmediatas ("pushbacks") sin evaluación individualizada, constituyen graves violaciones a las garantías procesales, al principio de non-refoulement y al derecho internacional de los derechos humanos. Esta situación refleja la falta de mecanismos eficaces de monitoreo, sanción y reparación, y evidencia una brecha preocupante entre los compromisos normativos de la Unión Europea y su implementación práctica.

9. Centroamérica, al igual que la Unión Europea, enfrenta desafíos complejos en materia migratoria, pero bajo contextos profundamente distintos. En la última década, la región ha experimentado múltiples crisis migratorias provocadas por violencia generalizada, presencia de organizaciones criminales, pobreza estructural, crisis políticas y desastres naturales. Estos factores han generado movimientos mixtos de personas, como migrantes, solicitantes de asilo, desplazados y retornados, en condiciones de alta vulnerabilidad. Pese a la existencia de instrumentos regionales como la Convención de Cartagena, el Protocolo de Tegucigalpa, el Marco Integral Regional para la Protección y Soluciones (MIRPS) y el Plan Regional de Desarrollo Integral (PRDI), la eficacia de estos mecanismos se ve limitada por la falta de recursos, la debilidad institucional, las disparidades normativas entre los países y la mínima voluntad política sostenida, lo cual impide una respuesta regional efectiva y respetuosa de los derechos humanos.

10. La comparación entre los sistemas migratorios de la Unión Europea y Centroamérica revela tanto diferencias estructurales como desafíos comunes. Mientras la UE ha logrado consolidar un marco jurídico armonizado, aunque con un enfoque creciente hacia la seguridad y el control, Centroamérica enfrenta dificultades asociadas a la falta de recursos, capacidades institucionales limitadas y escasa cooperación regional. Sin embargo, en ambas regiones persiste la necesidad de proteger de forma efectiva a los grupos más vulnerables, garantizar procedimientos justos y establecer marcos normativos coherentes y supervisados. La gobernanza migratoria del siglo XXI exige políticas integrales, sostenibles y solidarias, que coloquen en el centro a la persona migrante como sujeto de derechos, y no como objeto de control o disuasión, asegurando así un equilibrio real entre la seguridad y la justicia.

REFERENCIAS

Bibliografía básica

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR). Informe Semestral de Tendencias, Américas 2022. 2022. Disponible en: <<https://www.acnur.org/media/65879>>

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR). La protección de los desplazados internos y el papel del ACNUR. 2007. Disponible en: <<https://www.acnur.org/media/la-proteccion-de-los-desplazados-internos-y-el-papel-del-acnur>>

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR). Los refugiados y el impacto de la COVID-19. 2020. Disponible en: <<https://www.unhcr.org/media/refugees-and-impact-covid-19>>

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR). Manual para la Protección para Desplazados Internos. 2010. Disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11306.pdf>>

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR). Más de 100.000 personas forzadas a huir de Nicaragua tras dos años de crisis política y social. 2020. Disponible en: <<https://www.acnur.org/noticias/briefing-notes/mas-de-100000-personas-forzadas-huir-de-nicaragua-tras-dos-anos-de-crisis>>

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR). Situación en el Norte de Centroamérica A junio de 2019. 2019. Disponible en: <https://www.acnur.org/sites/default/files/legacy-pdf/5d52d27e4.pdf>

AMNISTÍA INTERNACIONAL. El coste humano de la fortaleza Europa: Violaciones de derechos humanos cometidas en las fronteras de Europa contra personas migrantes y refugiadas. 2014. Disponible en: <<https://www.amnesty.org/es/documents/eur05/001/2014/es/>>

Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios. Declaración de Cartagena sobre los refugiados. 1984. Disponible en: <<https://www.acnur.org/media/declaracion-de-cartagena-sobre-los-refugiados>>

AMNISTÍA INTERNACIONAL. UE: El mecanismo independiente de vigilancia de las fronteras de la UE debe garantizar derechos fundamentales y rendición de cuentas. 2020. Disponible en: <<https://www.amnesty.org/es/latest/press-release/2020/11/eu-independent-monitoring-mechanism-on-eu-borders-must-ensure-fundamental-rights-and-accountability/>>

CARRERA, Sergio; GEDDES, Andrew. European University Institute (EUI). The EU Pact on Migration and Asylum in light of the United Nations Global Compact on Refugees. International Experiences on Containment and Mobility and their Impacts on Trust and Rights. 2021. Disponible en: <<https://www.asileproject.eu/wp-content/uploads/2021/03/EU-pact-migration-asylum-global-compact-refugees.pdf>>



COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO (CEAR). Informe 2023 de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR). 2023. Disponible en <<https://www.cear.es/wp-content/uploads/2023/06/INFORME-CEAR-2023.pdf>>.

GREENHILL, Kelly M. Cuando los migrantes se convierten en armas: La larga historia y el preocupante futuro de una táctica coercitiva. Foreign Affairs, 2022. Disponible en: <<https://www.foreignaffairs.com/articles/europe/2022-02-22/when-migrants-become-weapons>>

MIRANDA GONÇALVES, R. "The Legal Institute of Refuge: A Study on Contemporary Forced Migration Flows and the International Responsibility of the State in the Protection of Refugees". Revista Jurídica, vol. 05, n.º 72, Curitiba, 2022, pp. 01-27. Disponible en: <<https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/6238>>

MIRANDA GONÇALVES, Rubén. "La dignidad de la persona humana. Breve estudio comparado desde el derecho público", A dignidade da pessoa humana. Entre a representatividade do significado jurídico e a efetividade no mundo da existência, (José Eduardo de Miranda & Haide Maria Hupffer organizadores), Brazil Publishing, Curitiba, 2019, pp. 239-257.

MIRANDA GONÇALVES, Rubén. Derechos Humanos, cultura e identidad: un estudio sobre el patrimonio cultural en Brasil. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

MORENO-LAX, Violeta. Acceso al asilo en Europa: Controles fronterizos extraterritoriales y derechos de los refugiados según el Derecho de la UE. Prensa de la Universidad de Oxford. 2017. Disponible en: <<https://global.oup.com/academic/product/accessing-asylum-in-europe-9780198701002?cc=cr&lang=en&#>>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Migración internacional, Desafíos Globales. 2023. Disponible en: <<https://www.un.org/es/global-issues/migration>>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). Informe sobre las migraciones en el mundo 2022, 2022. Disponible en: <<https://publications.iom.int/books/world-migration-report-2022>>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2024. 2024. Disponible en: <<https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2024>>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). Glosario de la OIM sobre Migración. 2019. Disponible en: <https://kmhub.iom.int/sites/default/files/publicaciones/glosario_de_la_oim_sobre_migracion.pdf>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). Tendencias migratorias en las Américas: Personas migrantes en Tránsito. 2023. Disponible en: <<https://lac.iom.int/sites/g/files/tmzbd11446/files/documents/2024-02/es-informe-de-tendencias-q4-2023-vf.pdf>>

RODRIGO, SERGIO. «Refugiados». Revista digital Entre fronteras. 2015. Disponible en: <<https://entrefronteras.com/?s=%C2%BFQu%C3%A9+es+la+Crisis+de+Refugiados%3F>>

SOLÍS BASTOS, Laura; HERNÁNDEZ MURILLO, Jason. Las migraciones en Costa Rica: desarrollo de políticas migratorias recientes para su atención. PNUD América Latina y el Caribe. 2022. Disponible en: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/2022-11/PNUDLAC-working-paper-36-Costa%20Rica-ES.pdf>>

Bibliografía complementaria

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR). Marco Integral Regional para la Protección y Soluciones (MIRPS). 2017. Disponible en: <<https://www.acnur.org/marco-integral-regional-para-la-proteccion-y-soluciones-mirps>>

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR). Tendencias globales: Desplazamiento formado en 2022. 2022. Disponible en: <https://www.acnur.org/sites/default/files/2023-06/global-trends-2022_esp.pdf>

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR). UNHCR's position regarding the detention of refugee and migrant children in the migration context. Division of International Protection. 2017. Disponible en: <<https://www.unhcr.org/sites/default/files/legacy-pdf/58a458eb4.pdf>>

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR). Viajes Desesperados: Refugiados y migrantes que llegan a Europa y a las fronteras europeas. 2018. Disponible en: <<https://www.unhcr.org/desperatejourneys/#:~:text=Access%20to%20territory,-People%20seeking%20international&text=UNHCR%20refers%20to%20such%20irregular,circumstances%20%E2%80%93%20could%20amount%20to%20refoulement.&text=In%20addition%20to%20the%20denial,been%20subjected%20to%20physical%20violence>>>

AP NEWS. El Tribunal Europeo dictamina que Italia no es responsable de las acciones de la Guardia Costera libia en el hundimiento fatal del barco en 2017. 2025. Disponible en: <<https://apnews.com/article/italy-libya-migrants-echr-court-migration-f10272c742af43bfb9e1ce0f9ac07be2>>

AP NEWS. Some 500 migrants depart northern Honduras in a bid to reach the US by caravan. 2024. Disponible en: <<https://apnews.com/article/honduras-migrants-caravan-4f1560601b5cd54383fa16d2f0624b58>>

BORDER VIOLENCE MONITORING NETWORK. El libro negro de los retrocesos 2020, vol. 2. 2020. Disponible en: <https://www.borderviolence.eu/uploads/publication/document/5/BVMN_Black_Book_Pushbacks_2020-vol2.pdf>

CLIMATE REFUGEES. Central American Climate Migration is a Human Security Crisis. 2021. Disponible en: <<https://www.climate-refugees.org/advocacy/central-america>>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). CIDH actualiza registro de víctimas fatales en el contexto de la crisis de derechos humanos iniciada en abril de 2018 en Nicaragua. 2021. Disponible en: <<https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/302.asp>>

ESTRADA GORRÍN, Ana Belén y FUENTES LARA, María Cristina. La construcción de las fronteras europeas como origen de la criminalización de las migraciones en Europa: retóricas de securitización y humanitarismo. Revista Brasileira de Política Internacional. 2022, vol. 65, n.º 2, e003. Disponible en: <<https://www.scielo.br/j/remhu/a/DyhRz9Gjpxnjx7pLjkJw6CK/?lang=es>>

EUROPEAN PARLIAMENT. Detention of migrants: A measure of last resort. 2023. Disponible en: <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/-753926/EPRS_BRI\(2023\)753926_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/-753926/EPRS_BRI(2023)753926_EN.pdf)>

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA). Migration: Fundamental rights. Issues at land borders. 2020. Disponible en: <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-land-borders-report_en.pdf>

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA). Fundamental Rights Report –2024. 2024. Disponible en: <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2024-fundamental-rights-report-2024-opinions_en.pdf>

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA). Opiniones de la FRA sobre biometría. 2024. Disponible en: <<https://fra.europa.eu/en/content/fra-opinions-biometrics#>>

GUILD, Elspeth; GROENENDIJK, Kees. Illiberal Liberal States: Immigration, Citizenship and Integration in the EU. 2016. Disponible en: <<https://www.taylorfrancis.com/books/edit/10.4324/9781315587813/illiberal-liberal-states-elspeth-guild-kees-groenendijk>>

HUMAN RIGHTS WATCH. No hay escapatoria del infierno: Las políticas de la UE contribuyen al abuso de los migrantes en Libia. 2019. Disponible en: <<https://www.hrw.org/report/2019/01/21/no-escape-hell/eu-policies-contribute-abuse-migrants-libya>>



HUMANIUM. Examen de las repercusiones del Pacto de Migración y Asilo de la UE en los derechos de los niños. 2024. Disponible en: <<https://www.humanium.org/es/examen-de-las-repercusiones-del-pacto-de-migracion-y-asilo-de-la-ue-en-los-derechos-de-los-ninos/>>

INSTITUTO EUROPEO DEL MEDITERRÁNEO. The Role of Non-State Actors in Digitised Migration Management. The Impacts and Limits of Digitalisation on the EU's Externalised Migration Control in the Mediterranean. 2022. Disponible en: <<https://www.iemed.org/publication/the-role-of-non-state-actors-in-digitised-migration-management-the-impacts-and-limits-of-digitalisation-on-the-eus-externalised-migration-control-in-the-mediterranean/?lang=es>>

FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF). Alternatives to Immigration Detention of Children. 2019. Disponible en: <[https://www.unicef.org/media/58351/file/Alternatives%20to%20Immigration%20Detention%20of%20Children%20\(ENG\).pdf](https://www.unicef.org/media/58351/file/Alternatives%20to%20Immigration%20Detention%20of%20Children%20(ENG).pdf)>

MÉDICOS SIN FRONTERAS (MSF). Neglected Trauma: Asylum seekers in Italy: an analysis of mental health distress and access to healthcare. 2016. Disponible en: <https://www.msf.org/sites/default/files/neglected_trauma_report.pdf>

MERCY CORPS. Los hechos: la migración centroamericana. 2019. Disponible en: <<https://www.mercycorps.org/blog/facts-central-american-migration>>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). La OIM, el ACNUR y el UNICEF instan a los Estados europeos a poner fin a la detención de niños. 2022. Disponible en: <<https://www.iom.int/news/iom-unhcr-and-unicef-urge-european-states-end-child-detention>>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). Tendencias Migratorias en Centroamérica, Norteamérica y el Caribe. 2021. Disponible en: <https://lac.iom.int/sites/g/files/tmzbd1446/files/documents/sitrep-12_de_oct_2021.pdf>

PRO ASYL. Ojos que no ven, corazón que no siente: la externalización de las políticas migratorias y de refugiados. 2016. Disponible en: <<https://www.proasyl.de/en/news/out-of-sight-out-of-mind-externalisation-and-regionalisation-of-migration-and-refugee-policie/>>

SAVE THE CHILDREN. Nuevo informe: Expulsiones, violencia y humillación para los niños migrantes que cruzan las fronteras europeas. 2022. Disponible en: <<https://www.savethechildren.net/news/new-report-pushbacks-violence-and-humiliation-child-migrants-crossing-european-borders>>

STATEWATCH. Vigilancia fronteriza, drones y militarización del Mediterráneo. 2021. Disponible en: <<https://www.statewatch.org/analyses/2021/border-surveillance-drones-and-militarisation-of-the-mediterranean/>>



STELLA MARTINI, Lorena y MEGERISI, Tarek. Camino a ninguna parte: Por qué la externalización de las fronteras europeas es un callejón sin salida. Consejo Europeo de Relaciones Exteriores. 2023. Disponible en: <<https://ecfr.eu/publication/road-to-nowhere-why-europes-border-externalisation-is-a-dead-end/>>

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). Estrategia UNODC 2021-2025. 2021. Disponible en: <https://www.unodc.org/res/strategy/full-strategy_html/full-strategy-ES.pdf>

Legislación citada

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR). Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. 1951. Disponible en: <https://www.acnur.org/sites/default/files/2023-05/Convencion_1951.pdf>

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR). Declaración de Cartagena sobre los refugiados. Adoptada por el Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá. 1984. Disponible en: <<https://www.acnur.org/sites/default/files/2024-03/Declaracion-de-Cartagena-1984.pdf>>

COMISIÓN EUROPEA. Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo. 2020. Disponible en: <<https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/10/NUEVO-PACTO-UE-SOBRE-MIGRACION%CC%81N-Y-ASILO.pdf>>

COMISIÓN EUROPEA. Pacto sobre Migración y Asilo: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité de las Regiones. 2020. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:85ff8b4f-ff13-11ea-b44f-01aa75ed71a1.0012.02/DOC_1&format=PDF>

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Convenio Europeo de Derechos Humanos. 1950. Disponible en: <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_spa> Comisión Europea>.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2003/109/CE relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. 2003. Disponible en: <<https://www.boe.es/doue/2004/016/L00044-00053.pdf>>

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2009/50/CE relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado. 2009. Disponible en: <<https://www.boe.es/doue/2009/155/L00017-00029.pdf>>

ESTADOS FIRMANTES. Acuerdo de Schengen entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, la República Federal de Alemania y la República Francesa sobre la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes. Schengen. 1985. Disponible en: <<https://www.interior.gob.es/opencms/es/servicios-al-ciudadano/tramites-y-gestiones/extranjeria/acuerdo-de-schengen/#:~:text=Ministerio%20del%20Interior%20%7C%20Acuerdo%20de%20Schengen>>



ESTADOS FIRMANTES. Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, la República Federal de Alemania y la República Francesa sobre la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes. Schengen. 1990. Disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1799.pdf>>

ESTADOS MIEMBROS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros de las Comunidades Europeas. Dublín. 1990. Disponible en: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:41997A0819\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:41997A0819(01))>

IX CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. 1948. Disponible en: <<https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención Internacional sobre los Trabajadores Migratorios y sus Familias. 1990. Disponible en: <<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-rights-all-migrant-workers>>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948. Disponible en: <<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Ginebra. 1951. Disponible en: <https://www.acnur.org/sites/default/files/2023-05/Convencion_1951.pdf>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención sobre los Derechos del Niño. 1989. Disponible en: <<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. 2016. Disponible en: <<https://docs.un.org/es/A/RES/71/1>>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966. Disponible en: <<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular. 2018. Disponible en: <<https://www.ohchr.org/es/migration/global-compact-safe-orderly-and-regular-migration-gcm>>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. 1967. Disponible en: <<https://www.acnur.org/sites/default/files/legacy-pdf/5b076dcd4.pdf>>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Co97 Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado). 1949. Disponible en: <https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312242:NO>

ORGANIZACIÓN DE LA UNIDAD AFRICANA (OUA). Convención que regula los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África. 1969. Disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1270.pdf>>

ORGANIZACION DE ESTADOS CENTROAMERICANOS. Carta de la ODECA. 1991. Disponible en: <http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=27652>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). C143 Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y sobre la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes. 1975. Disponible en: <https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=normlexpub:12100:0::no:12100:p12100_instrument_id:312288:no>

PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2008/115/CE (Directiva de Retorno). 2008. Disponible en: <<https://www.boe.es/doue/2008/348/L00098-00107.pdf>>

PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2013/32/UE (Directiva de Procedimientos de Asilo). 2013. Disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9260.pdf>>

PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2013/33/UE (Directiva de Condiciones de Acogida). 2013. Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2013/33/oj/spa>>

PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Reglamento Eurodac (Reglamento 603/2013). 2013. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/LSU/?uri=oj:JOL_2013_180_R_0001_01>

PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Reglamento de Dublín III (Reglamento 604/2013). 2013. Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32013R0604>>

PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2016/399 (Código de Fronteras Schengen). 2016. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2016-80504>>

PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2018/1861 sobre el Sistema de Información Schengen (SIS). 2018. Disponible en: <<https://www.boe.es/doue/2018/312/L00014-00055.pdf>>



PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2019/1896 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas (FRONTEX). 2019. Disponible en: <<https://www.boe.es/doue/2019/295/L00001-00131.pdf>>

PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2024/1347 sobre normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas que pueden acogerse a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. 2024. Disponible en: <<https://www.boe.es/doue/2024/1347/L00001-00034.pdf>>

UNIÓN EUROPEA. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). 2012. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf>

UNIÓN EUROPEA. Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. Luxemburgo. 1997. Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:11997D/TXT>>

UNIÓN EUROPEA. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). 2012. Disponible en: <<https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>>

UNIÓN EUROPEA. Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Luxemburgo. 2007. Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12007L/TXT>>

UNIÓN EUROPEA. Tratado de Maastricht por el que se establece la Unión Europea. Maastricht. 1992. Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:11992M/TXT>>

HUMANIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: UTOPIA OU REALIDADE?

HUMANIZATION OF PRISON SENTENCES: UTOPIA OR REALITY?

Adilson Anacleto¹

Ana Luiza Barroso Marcondes Bueno²

Resumo: A humanização da pena privativa de liberdade no Brasil tem se constituído um desafio e ao mesmo tempo uma esperança contra a situação caótica do sistema prisional comum, no entanto poucos estudos foram encontrados no sentido que investigassem a auto percepção dos apenados sobre essa questão. Neste sentido este estudo investiga o método adotado pela Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC). Foi realizada pesquisa exploratória descritiva com abordagem quanti-qualitativa, baseada em entrevistas semiestruturadas com 34 recuperandos e 7 funcionários. Os resultados evidenciaram forte correlação entre vulnerabilidade social, baixa escolaridade, trabalho precário e incidência de encarceramento, confirmando que a população prisional é majoritariamente composta por sujeitos pobres e racialmente marginalizados. Em contraste, os funcionários apresentam elevada escolaridade e melhores condições socioeconômicas, revelando a reprodução estrutural das desigualdades sociais no interior do sistema penal. As narrativas indicam que o sistema prisional comum é percebido como violento, degradante e incapaz de promover ressocialização, sendo frequentemente descrito como espaço de desumanização e reprodução da criminalidade. Em contraposição, o modelo APAC foi associado à dignidade, disciplina, oportunidades educativas e possibilidade concreta de mudança pessoal, sendo considerado justo pela maioria dos participantes. Entretanto, persistem limites significativos como o estigma social pós-pena, a resistência da sociedade à humanização do encarceramento, a sobrecarga institucional e as contradições discursivas do próprio método.

Palavras-chaves: Sistema Prisional; Desigualdade Social; Ressocialização.

Abstract: The humanization of custodial sentences in Brazil has become both a challenge and a source of hope in response to the chaotic conditions of the conventional prison system. However, few studies have investigated inmates' self-perceptions regarding this issue. In this context, this study examines the method adopted by the Association for the Protection and Assistance of the Convicted (APAC). An exploratory descriptive study with a mixed quantitative–qualitative approach was conducted, based on semi-structured interviews with 34 inmates and 7 staff members. The results revealed a strong correlation between social vulnerability, low educational attainment, precarious employment, and incarceration rates, confirming that the prison population is predominantly composed of poor and racially marginalized individuals. In contrast, staff members demonstrated higher educational levels and better socioeconomic conditions, highlighting the structural reproduction of social inequalities within the penal system. The narratives indicate that the conventional prison system is

¹ Pós Doutor pela Universidade Federal do Paraná, Professor do Programa de Mestrado Interdisciplinar em Sociedade e Desenvolvimento da Universidade Estadual do Paraná - Campus de Campo Mourão.

² Mestra em Sociedade e Desenvolvimento, da Universidade Estadual do Paraná. Bacharel em Direito pelo CEI -Centro Educacional Integrado, Brasil. Advogada.

perceived as violent, degrading, and incapable of promoting social reintegration, often described as a space of dehumanization and reproduction of criminality. Conversely, the APAC model was associated with dignity, discipline, educational opportunities, and a concrete possibility for personal transformation, being considered fair by most participants. Nevertheless, significant limitations persist, such as post-release social stigma, societal resistance to the humanization of incarceration, institutional overload, and discursive contradictions within the method itself.

Keywords: Prison System; Social Inequality; Resocialization.

1. INTRODUÇÃO

A humanização da pena privativa de liberdade é tarefa árdua, não apenas pelas condições do sistema prisional comum, mas pela supressão da liberdade, indubitavelmente um dos direitos mais importantes do ser humano.

As escolhas realizadas pelo indivíduo ao longo de sua trajetória são influenciadas por inúmeros fatores, que o acompanham do nascimento à morte. Nesse sentido, a família tem importante papel, na medida em que é por meio dela que o ser humano inaugura o contato com outros indivíduos, em sua primeira experiência como ser social, na microsociedade familiar. Os familiares, ainda, representam as pessoas com quem, normalmente, o indivíduo mais convive conforme relatado por Anacleto e Bueno (2021).

Os hábitos, valores, princípios e cultura adotados pelos pais ou responsáveis podem ser transmitidos aos seus filhos. Esses, ainda na infância, passam a conviver com outras pessoas, culturas e valores, de acordo com o contexto social e cultural em que estiverem inseridos. Diante dessa situação, o encadeamento dos valores transmitidos pela família e as experiências vivenciadas pelo indivíduo ao longo do trajeto formativo podem moldar, não apenas sua identidade social, mas sua percepção de si, do mundo e, ainda, seus comportamentos, conhecer essas questões pode auxiliar a compreender quais os possíveis reflexos dos fatores nos desdobramentos das vivências dos indivíduos, na construção e reconstrução de suas identidades associadas a criminalidade ou desvio.

Ao estudar envolvidos no desvio, é possível adotar o ponto de vista dos rotulados como desviantes (Becker, 2019, p. 177-178), assim o, que se apresenta não é uma visão distorcida da “realidade”, mas a realidade apresentada pelas pessoas envolvidas nestes processos de acordo com suas percepções e suas interpretações de suas experiências.

A criminologia crítica segundo Baratta (2020), afirma que as desigualdades sociais são determinantes para a rotulação do indivíduo como criminoso. No mesmo sentido de Becker (2019) e Goffman (2004), para Baratta (2020) os conceitos de “crime” e “criminoso” são construções sociais, a partir de definições criadas por lei e por ações de instâncias oficiais, como a Polícia e o Poder Judiciário, para controlar o comportamento de alguns indivíduos. Dessa forma, a criminalidade não é uma propriedade inerente ao sujeito, mas reflexo do meio e da vivência.

Diante deste contexto, este estudo objetiva de forma geral investigar se, mesmo diante das dificuldades, é possível promover a execução da pena de forma humanizada, e quais seriam seus limites e possibilidades, dando resposta a questão se a humanização da pena privativa de liberdade é uma utopia ou pode ser uma realidade?

A compreensão das particularidades do cumprimento de pena humanizada neste estudo de caso, passa pelo conhecimento das proposições da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC, instituição que defende o tratamento digno como condição necessária para a recuperação de pessoas que se encontram privadas de liberdade (FBAC, 2022).

A APAC é uma entidade civil, sem fins lucrativos, com personalidade jurídica própria, que se destina a promover a recuperação e reintegração social das pessoas que foram condenadas ao cumprimento de penas privativas de liberdades. Suas finalidades são “recuperar o preso, proteger a sociedade, socorrer as vítimas e promover a justiça restaurativa” (FBAC, 2022).

A instituição atua como auxiliar do Poder Judiciário na execução da pena privativa de liberdade e do Poder Executivo na administração do cumprimento dessas penas, e tem como objetivo principal “promover a humanização das prisões, sem perder de vista a finalidade punitiva da pena. Seu propósito é evitar a reincidência no crime e oferecer alternativas para o condenado se recuperar” (FBAC, 2022).

O método desenvolvido pela APAC “rompe com o sistema penal vigente, cruel em todos os aspectos e que não cumpre com a finalidade precípua da pena” (Ottoboni, 2001) e possibilita a devolução do condenado à sociedade, em condições de conviver pacificamente. A metodologia é composta pelos 12 elementos (Figura 1), que devem ser aplicados conjuntamente para que o Método produza efeitos (Ottoboni, 2001).

Figura 1 – Elementos do Método APAC



Fonte: Ministério Público de Goiás (2021)

2. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A pesquisa seguiu o rigorosamente o proposto por Anacleto e Bueno (2021) se classifica como exploratória descritiva quanti-qualitativa, tendo sido realizado um levantamento de dados, por meio da realização de entrevistas semiestruturadas, a fim de verificar as percepções acerca das metodologias utilizadas no cumprimento da pena privativa de liberdade, correlacionando as respostas com os seus históricos de vida e perfis socioeconômicos.

A unidade APAC de Ivaiporã – PR foi escolhida como local de pesquisa, em virtude de sua acessibilidade e receptividade em virtude da autorização da equipe de gestão para a realização da pesquisa.

Ao final foram entrevistados os 34 recuperandos que estavam na instituição (23 em regime fechado e 11 em regime semiaberto) e 7 funcionários da instituição, totalizando 41 entrevistas, sendo que o critério de inclusão dos entrevistados consistiu, unicamente, no aceite em participar da pesquisa. As participações representaram 100% dos recuperandos e 38,88% dos funcionários da instituição.

A primeira parte do questionário versou sobre o método, a APAC, o sistema comum e suas noções de justiça (entrevista do tipo temática). Já os funcionários foram questionados sobre a experiência de trabalhar na instituição, se conheceram ou trabalharam no sistema comum, suas percepções sobre o método e sobre justiça (entrevista do tipo temática). A segunda parte dos questionários, aplicados a todos os entrevistados, abordou questões como idade, estado civil, raça/cor, nível de

escolaridade, nível de escolaridade dos pais, onde e com quem moraram na infância, número de filhos e renda familiar (entrevista do tipo história de vida).

No contato inicial com os participantes, foram lidos os termos de consentimento livre e esclarecido – TCLE e explicadas as condições de participação na pesquisa, ressaltando a voluntariedade, o sigilo de suas identidades, o direito de não participar ou de deixar de responder qualquer questionamento. Cada recuperando foi entrevistado individualmente e os termos foram assinados apenas ao final das entrevistas, “depois que a relação já se estabeleceu ao longo de horas de conversa e conhecimento mútuo”, para evitar qualquer embaraço ou sentimento de “obrigação” para com a pesquisa.

Ainda no que tange à subjetividade dos entrevistados e suas autopercepções, especificamente quanto aos recuperandos, foram incluídas perguntas comparativas do sistema prisional comum e sobre a APAC. Nesse sentido, foram apresentadas questões como: “você considera justo o cumprimento de pena na APAC?”, “você acha justo o cumprimento de pena como ocorre no sistema comum?”, “você acha que a sociedade considera justo o cumprimento de pena na APAC?”, entre outras.

Os resultados obtidos com as entrevistas também foram confrontados com o Regulamento Disciplinar da APAC (FBAC, 2022) e com dados referentes ao sistema prisional comum, por meio dos levantamentos divulgados pelo SISDEPEN (2021) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2021), para fins de comparação, com base no discurso dos entrevistados.

Os dados foram tabulados com a adoção da estatística descritiva conforme proposto por com posterior análise interpretativa proposta por Vergara (2005), por meio da técnica de triangulação de dados com agrupamentos similares.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 As percepções de justiça sob diferentes olhares

A totalidade dos recuperandos entrevistados se identificou como sendo do gênero masculino, enquanto a maioria dos funcionários que participaram da pesquisa era do gênero feminino.

No que se refere às faixas etárias dos participantes da pesquisa, a distribuição percentual amostral foi bastante variada, sendo que a média de idade dos entrevistados do regime semiaberto era de 30 anos, similar a dos funcionários (31 anos), enquanto a média dos participantes do regime fechado era de 39 anos. Não foi

constatada uma padronização entre as idades reveladas nesse estudo. Todavia, foi possível verificar que entre os recuperandos, de ambos os regimes, houve uma predominância de indivíduos acima de 30 anos, contrariando a maior faixa etária em cumprimento de pena no Brasil, abaixo de 30 anos, que representam 43,15% de toda população prisional brasileira (SISDEPEN, 2021).

Quanto à autodeclaração de cor ou raça, verificou-se a predominância de pessoas negras cumprindo pena na instituição, na medida em que essas representavam 55,88% dos recuperandos entrevistados. Notoriamente, o preconceito racial é uma das mais acentuadas e infelizes características da sociedade brasileira. Nessa relação, o aprisionamento se revela como o último nível de segregação social, onde os “dejetos” da sociedade são depositados.

Ao se constatar que a maioria das pessoas em privação de liberdade, não apenas na instituição em análise, mas no sistema prisional comum são negras, representando 66,73% do total (SISDEPEN, 2021), foi possível verificar que o estigma de criminoso recai mais sobre uma raça em específico, conforme também relatado por Davis (2020), Borges (2019) e Becker (2019).

Em sentido oposto, ainda que inseridos no contexto prisional, mas como sujeitos livres e não como recuperandos, a maior parte dos funcionários entrevistados era branca. Essa discrepância revela uma realidade bastante comum, na qual os espaços de poder e controle se destinam, em sua maioria, aos brancos, enquanto aos negros se reservam os papéis de obediência e subordinação. Mesmo que os funcionários da instituição não sejam policiais, sendo essas as figuras mais próximas a serem equiparadas, esse predomínio também é característico do sistema comum, como confirmado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2021), no sentido de que Polícia brasileira era composta por 56,8% de pessoas brancas e 42% de pessoas negras, confirmando que as prisões são instituições estruturalmente racistas, como Davis (2020) e Borges (2019) já haviam revelado.

Atreladas à questão racial, as condições socioeconômicas também se revelaram aspectos influentes para a orientação de qual papel o ser humano ocupará no contexto prisional e se ocupará algum papel nesse espaço. Nesse sentido, a maioria dos recuperandos entrevistados era oriunda de famílias socialmente vulneráveis classificadas como pobres ou de extrema pobreza, tendo em vista que os valores de renda de toda a família não ultrapassavam em nenhuma situação três salários mínimos.

Esse fator pode ser indicativo de que a pobreza, nesse estudo de caso, pode ter exercido influência para a inserção dos entrevistados no sistema prisional. No entanto, isso não significa compreender que a pobreza é uma causa para que os recuperandos entrevistados tenham, eventualmente, cometido os crimes, mas sim que a situação de pobreza pode ter facilitado a rotulação como “criminosos” dos indivíduos pobres entrevistados, conforme Baratta (2020) já havia mencionado.

Essa relação entre pobreza e criminalidade foi e permanece sendo objeto de diversas pesquisas que apontam, inclusive, que a pobreza é um dos principais motivos para as instituições que se destinam ao cumprimento de pena existirem, na medida em que são ocupadas, principalmente, por pessoas pobres, como as entrevistadas neste estudo, conforme já relatado por Garland (2017) e Rusche e Kirchheimer (2004).

O estudo ainda revelou que a situação de pobreza dos entrevistados inviabilizou o acesso a produtos essenciais para uma vida digna. A carência enfrentada pela maioria dos recuperandos entrevistados aliados à perspectiva de dinheiro fácil mediante a prática de atos ilícitos é, em grande parte, estimulada pela cultura do consumo, característica da pós-modernidade, conforme já relatado por Bauman (2008). Esse estímulo ao consumo frequentemente faz com que pessoas de todas as classes sociais desejem ter acesso aos mesmos bens e serviços, sendo que às camadas mais pobres o acesso é quase impossível, conforme Khaled Jr. (2018) já havia sinalizado.

Essa inviabilidade de obtenção, além de excluir e estigmatizar pela pobreza e falta de acesso aos produtos desejados, pode fazer com que a privação provoque no indivíduo o “estalo” para a criminalidade, conforme Bauman (2008)) já havia mencionado, fornecendo a ele um novo estigma: o de criminoso. Todavia, o que chama atenção neste estudo é que, enquanto Bauman (2008) se referia às “seduções de consumo” como consumismo, os indivíduos entrevistados demonstraram que não possuíam acesso a itens necessários para uma existência digna, como roupas e calçados.

Essa fragilidade econômica relatada pela maioria dos recuperandos entrevistados pode ser explicada pela situação de desemprego mencionada por 8,69% dos recuperandos do regime fechado e 27,27% dos respondentes do regime semiaberto, assim como pelas atividades laborais informadas e pelos entrevistados Trabalhador rural (17,39%), pedreiro 17,39%), pintor (8,69%), serralheiro (8,69%), mecânico (8,69%) e outras atividades temporárias diversas.

O estudo revelou a precarização do trabalho vivenciada pelos entrevistados, na medida em que a maioria das atividades mencionadas, por entrevistados de ambos os regimes, era remunerada por dia de trabalho. Essa fragilidade, além de propiciar remunerações insuficientes para o custeio de despesas básicas, acarretava inseguranças e incertezas sobre como sobreviveriam, na medida em que, como mencionado pelos entrevistados, em períodos de chuva, muitos ficavam completamente sem renda.

Essa precariedade no que diz respeito às oportunidades de empregos formais demonstrou, nesse estudo, seus reflexos diretos no aumento da probabilidade de seguirem caminhos que os rotulariam como criminosos. Essa mesma constatação já havia sido relatada por Becker (2019), no sentido de que pessoas que não possuem um emprego convencional a conservar são mais propensas a seguir seus impulsos desviantes. No entanto não se trata de simplesmente seguir impulsos desviantes, mas da impossibilidade de suprir suas necessidades básicas e de suas famílias e da não percepção de outra alternativa, na medida em que somente 9,09% dos recuperandos do regime semiaberto mencionaram que jamais haviam trabalhado. Todos os demais estavam trabalhando antes de serem privados de liberdade ou estavam temporariamente desempregados, o que pode ser indicativo de que a “opção” pelo impulso desviante pode ter sido executada tão somente pelo entrevistado que nunca havia trabalhado.

A pesquisa ainda revelou que a vulnerabilidade econômica das famílias dos recuperandos, que já ocorria pela fragilidade de suas relações de trabalho, na totalidade dos casos ficou ainda mais acentuada quando os entrevistados foram privados de liberdade.

O aumento da fragilidade econômica dos familiares dos recuperandos é um fator que merece especial atenção. Além de fazer com que os efeitos da condenação ultrapassem a pessoa do condenado, atingindo diretamente seus familiares, em sentido contrário ao que estabelece o artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), pode influenciar para que membros da mesma família tenham o mesmo destino, na medida em que grande parte das famílias, com a prisão dos entrevistados, perdeu suas únicas fontes de renda. Esse efeito reflexo faz com que a privação de liberdade, indiretamente, fabrique “novos criminosos”, a insegurança social e causando mais problemas do que os que se propõe a resolver, como já haviam alertado e Borges (2019).

Ainda que os efeitos indiretos da condenação pareçam hipotéticos, o estudo revelou que isso ocorre na prática, na medida em que 8,68% dos recuperandos do regime fechado informaram que os pais “pertenciam ao crime” e foram mortos em confronto com a Polícia; 4,34% dos entrevistados do regime fechado revelaram que a esposa também estava cumprindo pena, assim como 9,09% do regime semiaberto informaram que foram presos juntamente com seus pais.

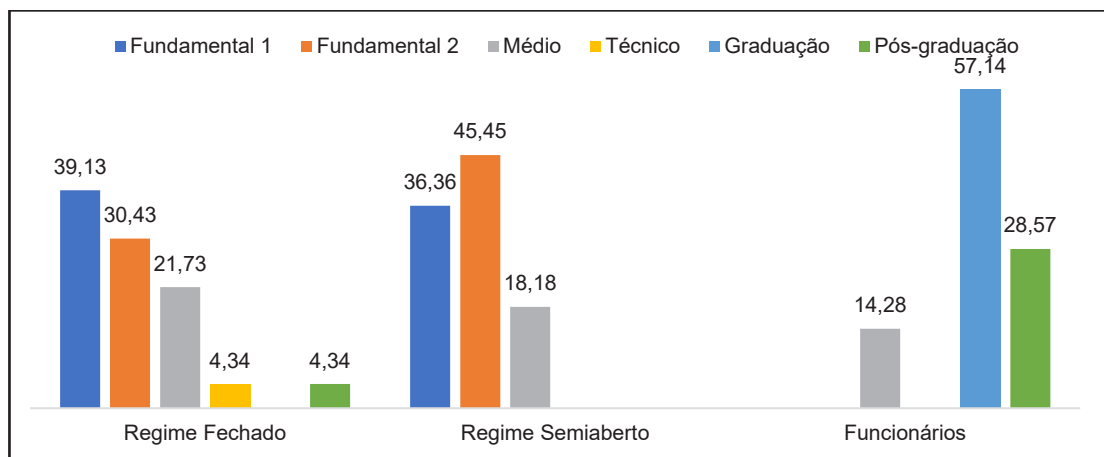
Essas revelações ainda podem ser indicativas de que ocorre a normalização do crime, mediante o convívio com pessoas que possuem comportamentos rotulados como criminosos. Isso pode fazer com que as pessoas moldem suas atitudes e ajam de acordo com as representações que fazem parte do seu cotidiano e da sua percepção do mundo, assim como já haviam descrito Moscovici (2015) e Becker (2019).

Além da normalização do crime, aliada à pobreza e a precariedade do trabalho exercido pelos entrevistados, a problemática ficou ainda mais evidente quando se verificou que o início da vida laboral dos recuperandos entrevistados ocorreu ainda na infância e adolescência. A média de idade com que os recuperandos do regime fechado e do semiaberto começaram a trabalhar era de 11 e 12 anos, respectivamente. Por outro lado, a média de idade com que os funcionários iniciaram seus trabalhos era de 15 anos.

Em famílias empobrecidas, é habitual que seus membros comecem a trabalhar muito cedo, especialmente em empregos informais, para auxiliar no sustento familiar. Nessa sistemática, a educação pode ser prejudicada, na medida em que a sobrevivência, por meio do trabalho, é priorizada em detrimento da escolarização.

Nesse sentido, o estudo demonstrou que o início precoce da vida laboral pode ter influenciado nos níveis de escolaridade dos recuperandos, mas pouco refletiu na formação dos funcionários, que, em sua maioria, possuíam ensino superior (Figura 2).

Figura 2 – Distribuição amostral percentual (%) do nível de escolaridade dos entrevistados



Fonte: Elaborado pelos autores (2025)

As diferenças dos níveis de escolaridade demonstrados pelos recuperandos e funcionários, especialmente se comparadas aos dos entrevistados do regime semiaberto, que possuem praticamente a mesma média de idade dos funcionários, pode demonstrar os impactos da educação nos caminhos a serem trilhados. Ainda que os/as funcionários/as também tenham revelado o início das atividades laborais aos 15 anos, não se pode ignorar que o fazer aos 11 ou 12 anos possui um impacto ainda maior.

Por outro lado, chamou atenção a revelação de 27,27% dos entrevistados do regime semiaberto de que havia estudado ou estava estudando durante o cumprimento de pena. Destes, um dos recuperandos inserido no percentual dos que concluíram o ensino médio, revelou que estava cursando Administração, por ter obtido uma bolsa de estudos.

O estudo demonstrou os baixos níveis de escolaridade alcançados pelos pais dos recuperandos. O percentual de respondentes demonstra que o maior número de pais, de ambos os regimes, abandonou os estudos ainda no ensino fundamental 1. Destacou-se o fato de a maioria dos entrevistados regime fechado sequer saber o nível de escolaridade de seus pais (43,47%) e a discrepância entre os níveis de escolaridade entre os níveis de escolaridade dos pais dos recuperandos em comparação aos pais dos funcionários que, em sua maioria, concluíram o ensino superior. Além disso, 18,18% dos recuperandos do regime semiaberto, únicos que

mencionaram terem sido criados por outros familiares, informaram que os avós eram analfabetos.

Já no que se refere às mães, os níveis de escolaridade das genitoras dos recuperandos foi ainda mais baixo do que os dos pais, com a revelação de que a maioria era analfabeta.

O analfabetismo, revelado neste estudo como o mais acentuado nível de escolaridade dos responsáveis pelos recuperandos, sequer foi mencionado pelos funcionários entrevistados. Esse fator pode indicar que, em famílias empobrecidas e em situação de vulnerabilidade social, cujos membros precisam trabalhar desde muito cedo para auxiliar no sustento do grupo familiar, mormente de maneira informal, o acesso à educação pode restar deficitário e, por essa razão, a obtenção de empregos formais e em melhores condições é dificultada.

Essa relação entre pobreza, educação e emprego escancara os efeitos da desigualdade social, na medida em que, quanto menor o nível de escolaridade, maior a dificuldade de conseguir emprego. Quando obtido, geralmente são com baixos salários e em serviços exaustivos. A situação é paradoxal: pessoas pobres deixaram de estudar para trabalhar e posteriormente ficaram sem empregos ou em “subempregos”, informais e em posições mais árduas – por falta de estudo. E esse círculo vicioso se prolonga por gerações, conforme já havia sido relatado por Bayma-Freire *et al.* (2015), provocando a manutenção da situação de pobreza, o que pode ser determinante para a prática de crimes, como observado por Baratta (2020).

A análise do empobrecimento e da precariedade do trabalho dos entrevistados esbarra nos fatores educacionais, de modo que as possibilidades de ascensão social por meio do trabalho estão diretamente ligadas ao desenvolvimento pessoal e educacional, como já havia sido relatado por Giddens (2001). Não vislumbrando essa possibilidade, ou não tendo esse parâmetro de forma de ascensão social como parte de sua realidade, considerando que crianças aprendem e modelam comportamentos de acordo com as pessoas com quem convivem, especialmente os pais. Como observado por Moscovici (2015), o exemplo dos pais pode corroborar para a adoção de comportamentos e na definição do que é percebido como prioridade. Nesse estudo, notadamente houve a priorização do trabalho ao invés do estudo, para a maioria dos recuperandos.

Em sentido contrário, a pesquisa revelou que os funcionários, filhos de pais com níveis de escolaridade mais altos, em comparação aos dos genitores dos

recuperandos, fez deles pessoas cujos níveis de instrução também se sobressaíram aos dos recuperandos. Essa observação pode indicar que as famílias dos funcionários vivenciaram condições socioeconômicas diferentes das experimentadas pelas famílias dos recuperandos, a possível maior importância dada à educação no contexto em que os funcionários e seus familiares estão inseridos, e o importante papel da educação na formação do caráter e na possibilidade de alcançar melhores condições de vida. Essa influência do ambiente em que se está inserido, das pessoas com quem convive, com destaque ao arranjo familiar e à cultura social, conforme já haviam observado Moscovici (2015), reflete diretamente nos comportamentos, reações e estipulam o que é moralmente relevante e aceitável.

Ressalta-se que, ainda que tenham sido traçados perfis genéricos dos entrevistados, baseado no maior percentual de respostas obtidas em cada uma das categorias de análise, isso não implica que indivíduos que não participaram deste estudo e tenham características similares estejam pré-dispostos a praticarem crimes, mesmo porque se pactua com a noção de que esses fatores não podem ser interpretados como causas para a criminalidade, mas como elementos que influenciam em escolhas e para que o rótulo de criminoso recaia sobre o indivíduo. Dessa forma, essa síntese foi realizada para avaliar a influência destes aspectos na definição do papel em que ocupam no contexto de privação de liberdade, suas percepções sobre os sistemas de cumprimento de pena e o que compreendem como justiça.

3.2 Sistemas de cumprimento de pena e as implicações nas percepções de justiça

O estudo revelou, para a maioria das pessoas em regime fechado, a boa estrutura oferecida pela APAC para cumprimento de pena se destaca como sua principal característica (78,26%). Por outro lado, a dignidade com que os recuperandos são tratados representou o maior elemento de descrição da unidade, realizada pelos participantes do regime semiaberto (36,36%), ainda que a maioria tenha informado a transferência compulsória. O maior número de funcionários, por sua vez, associou a APAC à humanização da pena privativa de liberdade, ao respeito à dignidade humana e o incentivo ao trabalho e profissionalização como forma de preparo para a reinserção social do recuperando (28,75%), de modo que as descrições foram condizentes com o discurso institucional da APAC (FBAC, 2022).

Nesse mesmo sentido, a pesquisa evidenciou que o melhor aspecto em cumprir pena na APAC, para a maioria dos recuperandos do regime fechado, era o tratamento ofertado ao recuperando (34,78%), sendo que, para o regime semiaberto, a principal vantagem era a melhor estrutura fornecida pela instituição para o cumprimento de pena (45,45%). Sobre este aspecto, implicitamente os entrevistados apresentaram um paralelo com o sistema prisional comum, para definir a APAC como “melhor”.

Como a totalidade dos recuperandos havia cumprido pena na Cadeia Pública de Ivaiporã – PR antes de serem transferidos, observou-se que as descrições e comparações eram realizadas principalmente com este local. Nesse sentido, a maior parte dos relatos do sistema prisional comum apresentados nesta pesquisa enfatizava a falta de espaço físico adequado para uma sobrevivência digna, em virtude da superlotação.

A maioria absoluta das respostas (90,01%) apresentou a crueldade com que a pena privativa de liberdade é executada, na prática, em descumprimento às normas constitucionais, penais e internacionais de Direitos Humanos. Todas essas informações não são novidades. É de conhecimento público e notório a indignidade com que essas pessoas sobrevivem dentro do sistema.

As revelações sobre o sistema prisional comum obtidas nesta pesquisa, ainda que não permitam que se compreenda “na pele” as condições às quais as pessoas em privação de liberdade são submetidas, com ênfase, neste caso, para a Cadeia Pública de Ivaiporã – PR, demonstraram que ainda há muito o que melhorar para que esse cenário ofereça uma subsistência adequada aos seres humanos que se encontram em privação de liberdade nesses locais, marcados pela sujeira, má alimentação e insegurança que os privam, inclusive, de dormir, em virtude da falta de espaço, estrutura precária e das violências física e sexual que costumam ocorrer neste ambiente, sendo que, para a maior parte dos entrevistados, essa situação não guarda nenhuma relação com justiça.

A cultura do encarceramento como principal espécie de pena, que provoca o aumento cada vez maior do número de pessoas privadas de liberdade, contribui para que as condições sejam cada vez piores e a sociedade parece não se importar, ou até mesmo considerar justa essa situação.

Diante da predominância de recuperandos de baixa renda, a situação “sem dificuldade” mencionada anteriormente não correspondia a realidade da maior parte dos entrevistados. Para esses, o sentimento de que sequer eram percebidos como

seres humanos foi o mais citado quando questionados sobre como se sentiam no sistema prisional:

É como se fosse um cachorro mesmo. Adestrado. Até um dia eu me senti muito mal, porque nós estávamos no pátio e em cima das galerias assim, tava passando estudantes de Direito olhando nós. Tipo assim, parecia ali os seres humanos e nós como macacos, bichos, dentro da jaula e eles olhando nós lá de cima. Eu me senti, naquele momento, como o pior ser humano do mundo (Recuperando 14, Fechado).

A sensação de desumanização narrada pelo entrevistado foi recorrente. Os recuperandos mencionaram que eram tratados como bichos e que alguns se comportavam como tal, na medida em que o que valia era a “lei da selva”. Essas experiências remontam ao estado de guerra, mencionado por Hobbes (2003), com a especial diferença de que, nesse ambiente, normaliza e aceita esse estado de guerra. A sociedade, do mesmo modo, não se incomoda com esse cenário, na medida em que essa situação é confortável para que não sejam obrigadas a refletir sobre os problemas sociais, conforme Davis (2020) já havia alertado.

Nesse sentido, como as condições ofertadas pela APAC são melhores do que as entregues pelo sistema comum, o estudo revelou que, de acordo com os entrevistados, essa melhoria não costuma ser bem percebida pela sociedade livre. Para a maioria dos participantes (56,52% do regime fechado, 90,90% do regime semiaberto e 100% dos funcionários), enquanto uma pequena parcela da sociedade considera o cumprimento de pena humanizado justo, a maior parte do corpo social percebe o trabalho realizado pela APAC como uma injustiça.

Nesse sentido, recuperandos e funcionários mencionaram que a instituição é comumente referida como “hotel de vagabundo”, entre outras expressões correlatas, como evidenciado no discurso de um dos recuperandos:

Tem muitas pessoas que admiram o sistema APAC e diz “nossa que bom que as pessoas vão se ressocializar, e voltar pessoas melhores [...], pessoas que passaram por disciplina [...], e se tornaram pessoas melhores e que vão conviver no meio da sociedade sem problema algum”. Mas pra um percentual, que eu não sei determinar o quanto, eles pensam assim “ah, a APAC é hotel de malandro”. Porque se come bem, se dorme bem, tudo limpinho [...]. Só que essas palavras não são dirigidas pra mim, eu não recebo pra mim de jeito nenhum, porque eu sempre trabalhei (Recuperando 12, Fechado).

Falas como esta demonstraram que não apenas os recuperandos são rotulados como “malandros”, mas a própria instituição recebe o rótulo de “hotel”. Ainda que neste caso em específico o discurso do recuperando tenha demonstrado que sua autopercepção não foi alterada, por não aceitar o rótulo de vagabundo, a rotulação da instituição recai sobre os próprios funcionários:

Nossa é até difícil você sair com o uniforme da APAC, porque parece que as pessoas te olham de um jeito meio torto [...]. O pessoal no mercado fica fazendo uns comentários inadequados: ‘Nossa, tudo isso é pra eles? Nossa, mas eles comem isso? Não acredito que eles comem tão bem lá.’ Você já vê que é uma curiosidade carregada de preconceito: ‘Eu não tenho isso na minha casa e aquele vagabundo [...] tem tudo isso enquanto tem gente passando fome’ (Funcionário/A 2).

A insatisfação com o oferecimento de uma alimentação digna aos recuperandos demonstram o efeito da privação de liberdade de tirar do indivíduo o status de ser humano, reduzindo-o ao crime eventualmente cometido. Revela, ainda, que a revolta tem como causa a falta de acesso à alimentação por pessoas que não estão privadas de liberdade. Indaga-se, então: o ideal não seria canalizar a revolta ao fato de pessoas passarem fome?

A sociedade livre em parcela significativa exige que as penas sejam executadas da forma mais cruel possível, para que os condenados passem a sobreviver em condições piores do que as experimentadas pelos sujeitos livres, conforme já relatado por Rusche e Kirchheimer (2004), Garland (2017) e Foucault (2020). Todavia, chamou atenção no estudo o fato de os próprios recuperandos aceitarem a indignação das pessoas, consentindo com o rótulo de “hotel” atribuído à APAC:

A gente mora num país que os trabalhador vive na miséria, como que vai ser justo você viver num hotel 5 estrelas praticamente, e as pessoas, trabalhadores, num tem nem um banheiro pra usar e você usa um banheiro de porcelanato? Daí já se torna injusto. E muita moleza pra preso também, eles fica tudo manso demais. Manso! Não é boa vida que vai modificar a pessoa (Recuperando 22, Fechado).

Essa percepção pode indicar que, para pessoas que já estiveram marginalizadas antes do crime e da privação de liberdade, o acesso a espaços como a APAC causa uma sensação de não merecimento e não pertencimento, enfatizada com a comparação irreal a um hotel 5 estrelas. Se a injustiça reside no fornecimento de uma boa estrutura para os que estão em cumprimento de pena, enquanto os

trabalhadores pobres não possuem as mesmas condições, acredita-se que as discussões devem se concentrar em como melhorar a situação experimentada pelas pessoas livres e não em piorar as dos que estão em privação de liberdade.

Nesse sentido, o estudo revelou que, além da desestrutura e do tratamento degradante não serem eficazes para dissuadir comportamentos criminosos, o próprio ambiente prisional permite que permaneçam em atividade, mesmo durante o cumprimento de pena. A prisão ainda foi descrita como uma “escola” para o crime, visto que, diante do contato com outros detentos que cometeram crimes similares, os entrevistados revelaram que, costumeiramente promovem análises dos motivos pelos quais foram presos. Esses diálogos, muitas vezes, remetem a uma espécie de aprendizagem, que dá ao indivíduo um conjunto de informações sobre como cometer os mesmos delitos sem serem presos novamente.

Essa situação foi revelada pela maioria dos entrevistados do regime semiaberto (63,63%) e pelos funcionários/as (71,42%) como a principal causa para a prática de novos crimes, após o cumprimento de pena no sistema prisional comum.

Nesse sentido, o estudo demonstrou que a “escola” do crime é fortalecida diante da inoperância do sistema governamental ante a gigante e crescente população carcerária brasileira, que vive trancafiada em locais superlotados, em condições precárias, com insuficiência de profissionais que garantam a segurança dos que cumprem pena, o que resulta em um cenário de hostilidades, histórias brutais e a imputação da escolha de um lado nos conflitos internos, como o ato de “entrar com eles” conforme já relatado por Anacleto e Bueno (2021).

O cenário do sistema prisional, que se revela aparentemente sem solução a curto prazo, ainda transforma o condenado por um delito “pequeno” em um “especialista”, fazendo com que as pessoas privadas de liberdade passem a ter conhecimento das várias possibilidades dentro do crime e a privação de liberdade consolide sua carreira criminosa, esse processo foi descrito por Baratta (2020) como “educação para ser criminoso”.

A ineficácia do Estado, no que tange ao sistema prisional brasileiro, também foi relatada por Anacleto e Bueno (2021), que afirmaram que, em relação às políticas públicas de segurança, as proposições do Estado, em sua maioria, são punitivistas, pouco educativas e comumente desconsideram as questões sociais referentes às origens dos sujeitos em privação de liberdade. Não se trata de um discurso vazio, relativo ao “coitadismo” ou ao “protecionismo” de “bandidos”, mas é fato que a

população carcerária brasileira é invisível ao olhar do Estado quando o que está em pauta são políticas públicas que verdadeiramente poderiam efetivar mudanças comportamentais e auxiliar o indivíduo em sua verdadeira inserção social.

Nessa perspectiva, o trabalho da APAC, para os funcionários entrevistados, apresentou relevância que ultrapassa o valor da atividade remunerada, que sequer foi citada no presente estudo. Entre os fatores que motivavam os funcionários no exercício de suas atividades, a relevância social do trabalho de recuperação (71,42%) e a mudança em suas percepções sobre o “preso” (71,42%) foram os mais citados, sendo que essa última foi a principal modificação pessoal acarretada pela experiência de trabalhar na APAC, mencionada pela totalidade dos funcionários entrevistados.

O desinteresse da população para com a situação prisional reside no conforto em não lidar com os problemas públicos ocultados pelo encarceramento, já amplamente debatido por Davis (2020). Paradoxalmente, o mesmo corpo social que prefere não se envolver com os problemas públicos existentes por trás da criminalidade e do aprisionamento costuma ter voz ativa para incentivar e propagar as segregações sociais envoltas ao crime. Nesse sentido, o preconceito da sociedade para com o indivíduo que cumpriu pena foi apontado pelos recuperandos do regime fechado como a principal causa para a reincidência criminal (39,13%), por inviabilizar a obtenção de empregos lícitos em virtude da certidão de antecedentes criminais.

Pessoas marginalizadas que foram condenadas e privadas de liberdade, considerando que queiram tomar novos rumos, ainda que inseridas em um contexto que promove a especialização criminal, quando postas em liberdade não podem retomar suas vidas. A pena foi cumprida e encerrada, mas o estigma da condenação é perpétuo, de modo que a sociedade e o próprio Estado não fornecem “segundas chances”. Nesse sentido, tanto a especialização no crime quanto a não contratação de pessoas que cumpriram pena, mencionadas nesse estudo como causas para a reincidência, representam um “acionador” para a repetição infinita de insegurança causada pela privação de liberdade: pessoas rotuladas como criminosas são amontoadas com outros rotulados e desenvolvem novas habilidades e técnicas para a prática de crimes. A parcela de pessoas que pretende retornar à sociedade com o intuito de obter trabalho lícito é mais uma vez segregada, pelo estigma da condenação, culminando na “profecia autorrealizável” mencionada por Baratta (2020), de que os rotulados consolidam suas carreiras criminosas em virtude dos efeitos da condenação sobre suas identidades sociais.

O estudo revelou ainda que, em sua maioria, essas pessoas jamais estiveram, de fato, inseridas na sociedade. O preconceito assume, então, uma relevância extremamente negativa na vida do egresso do sistema prisional, muitas vezes superior às dores físicas, às necessidades humanas e ao sofrimento experimentados durante o cumprimento da pena. Após o cumprimento da pena, espera-se que a obrigação tenha sido extinguida, a “justiça” tenha sido feita. Todavia, carregar o estigma de “ex-detento” suprime as possibilidades de recomeço, mantendo em funcionamento a engrenagem de manutenção das desigualdades sociais, como já observado por Borges (2019).

O modelo prisional brasileiro mais dificulta a reinserção social do que apresenta ações concretas que efetivamente possam auxiliar na recuperação. Situação similar foi descrita por Alexandre et al. (2015), que ressaltou que a sociedade, em geral, não reconhece o egresso como alguém que se recuperou, mas como um indivíduo que representa uma fonte de perigo e que, em questão de tempo, voltará ao sistema prisional. Nesse sentido, basta cometer um único crime para ser rotulado como criminoso e carregar a presunção de que isso acontecerá de novo, como relatado por Becker (2019).

Ainda que tenham mencionado o preconceito que os espera após o cumprimento de pena, a dificuldade em obter trabalhos lícitos em virtude do estigma da condenação, a maioria dos entrevistados do regime fechado (47,82%) e do semiaberto (45,45%) isentou a sociedade de qualquer responsabilidade por serem inseridos no universo criminal e no sistema prisional. Apenas 17,39% dos entrevistados do regime fechado e 27,27% revelaram que percebiam uma corresponsabilidade social.

O estudo revelou que, em sentido contrário, para a totalidade dos funcionários a sociedade tinha uma parcela de responsabilidade, na medida em que compreendiam o crime enquanto um fenômeno social complexo, que não derivava de uma simples escolha, mas de inúmeros fatores, como: desestrutura familiar (85,71% dos/as funcionários/as); desigualdade social (57,14% dos/as funcionários/as); baixo nível de escolaridade (14,28% dos/as funcionários/as); invisibilidade das pessoas em situação de vulnerabilidade social (14,28% dos/as funcionários/as); desconhecimento dos próprios direitos (14,28% dos/as funcionários/as); desproteção durante a infância e adolescência (14,28% dos/as funcionários/as); racismo (14,28% dos/as funcionários/as); falta de acesso às políticas públicas de educação, emprego e saúde

(14,28% dos/as funcionários/as); e má distribuição de renda (14,28% dos/as funcionários/as).

Essa corresponsabilidade social percebida pela totalidade dos/as funcionários/as e pela minoria dos recuperandos é a percepção adotada neste estudo. A omissão social diante das desigualdades que permeiam a sociedade brasileira, a desproteção oferecida à crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social, o desconhecimento dos próprios direitos e o próprio preconceito racial refletem na insegurança coletiva que tanto se sonha erradicar. Nesse sentido, o Estado assume uma parte da responsabilidade diante de sua inércia em oferecer condições de igualdade a todos os indivíduos, conforme já havia relatado.

A minoria dos recuperandos entrevistados percebia a influência dos fatores sociais em suas rotulações. Essa percepção do crime como uma simples escolha pode ser prejudicada pelo discurso institucional de que não devem apontar culpados.

Fomentar nos recuperandos a ideia de que são os únicos responsáveis pela condenação e pelo crime que eventualmente cometeram é o mesmo que ignorar a influência dos contextos em que estiveram inseridos, suas histórias de vida, as coletividades e comunidades às quais pertenceram, os valores que lhes foram ensinados e as interações que realizaram com outras pessoas.

Não se trata de um discurso vitimista que dispensa a responsabilização do indivíduo sobre seus atos, mas ignorar a influência dos acontecimentos que marcaram a trajetória dos recuperandos, mas que não foram causados por eles e sob os quais não exerceram e nem poderiam ter exercido nenhum controle, como nascer em uma família pobre, não possuir condições de estudar, ser filho de pais que passaram a maior parte de suas vidas presos, vulnerabilidade social, entre outras situações mencionadas pelos entrevistados, faz com que criem uma representação de sociedade acolhedora e não responsável por nenhum dos fatores que interferiram em seus comportamentos, transferindo todo o peso das responsabilidades para suas próprias costas. Essa situação já foi abordada por Moscovici (2015) e por Bauman (2013).

Mesmo com o panorama da difícil reinserção social e do peso da atribuição da culpa, o estudo revelou que a maior parte dos entrevistados do regime fechado (60,86%) acredita totalmente na recuperação de indivíduos que passaram pelo cumprimento de pena na APAC. Nesse sentido, ainda que a maioria dos entrevistados tenha demonstrado ter ciência das dificuldades que enfrentariam após o cumprimento

da pena, a totalidade dos recuperandos entrevistados revelou que seu principal objetivo para a liberdade é “conquistar” um trabalho lícito.

O estudo ainda revelou que, para os recuperandos entrevistados, cumprir pena na APAC acarretou como principais mudanças a melhoria da personalidade (73,91% do regime fechado) e a ausência de pensamentos criminosos (36,36% do regime semiaberto). Ao longo das entrevistas, foi possível observar que, ao mencionar a disciplina, os recuperandos se referiam ao Regulamento Disciplinar do Centro de Reintegração Social da APAC (FBAC, 2022), referido por eles como “disciplina” ou “método” e comparado ao Código Penal. Ao analisá-lo, foi possível observar que contém os direitos e deveres dos recuperandos, o sistema de faltas, recompensas e sanções disciplinares utilizados pela instituição e a comparação ao Código Penal pareceu acertada, na medida em que normatiza e sanciona condutas.

A instituição, possui a filosofia de que o delito pelo qual o recuperando foi condenado fica do lado de fora, adentrando apenas o homem no entanto relacionado a “crimes desonrosos” foi mencionada pelos/as funcionários/as como dificuldade em trabalhar na instituição (Tabela 1).

Tabela 1 – Distribuição amostral percentual (%) dos piores aspectos em trabalhar na APAC

Dificuldades em trabalhar na APAC		%
1	Lidar com todo tipo de crime/esquecer que são criminosos	57,14
2	Impaciência dos recuperandos	28,75
3	Ponderar entre o papel de “funcionário” e “amigo”	28,75
4	Machismo	28,75
5	Carência dos recuperandos	28,75
6	Perceber que alguns não querem mudança	14,28
7	Limites da atuação	14,28
8	Ambiente penitenciário	14,28
9	Efeitos da desigualdade social	14,28
10	Famílias que não querem reaproximação	14,28
11	Insegurança	14,28
12	Ingratidão dos recuperandos	14,28
13	Deficiências de recurso	14,28
14	Preconceito da sociedade para com o recuperando	14,28

Fonte: Elaborada pelos autores (2025)

A principal dificuldade mencionada pelos funcionários foi descrita com clareza por um dos entrevistados:

Uma delas seria esquecer que eles são criminosos. Porque assim, ao mesmo tempo a gente tá conversando e é muito fácil enxergar eles como pessoa, mas às vezes se, sei lá, algum deles comenta alguma coisa, né? Sobre o próprio crime. Porque a gente não pode ficar perguntando, ficar relembrando, pra gente ficou lá fora. Mas às vezes é difícil pra você ter essa neutralidade, né? Porque você pensa na família, pensa na vítima e tudo mais. Então acaba sendo uma via de mão dupla ali. Às vezes se coloca no lugar e fala 'nossa, poderia ter sido eu a vítima daquele crime' (Funcionário/A 2).

Em que pese este estudo tenha a nítida percepção de que trabalhar no contexto de privação de liberdade, no sistema prisional comum ou em instituições como a APAC não deve ser tarefa fácil, esquecer que são criminosos e lidar com todo tipo de crime é o que a instituição em que os entrevistados trabalham se propõe a fazer, inclusive com a eliminação do estigma do “criminoso”.

O estudo revelou ainda que essa mesma contradição é praticada pela própria APAC, uma vez que utiliza os termos “homem” e “recuperando”, com o fim de eliminar o estigma, mas em sua missão consta “recuperar o preso” e, na visão, “transformar criminosos em cidadãos de bem e úteis à sociedade” (FBAC, 2022), provocando a manutenção dos rótulos e estigmas que se compromete a eliminar.

Ao mesmo tempo que essa tenha sido narrada como a principal dificuldade, os/as funcionários/as revelaram a mudança da percepção sobre o “preso” como melhor aspecto em trabalhar na instituição e principal mudança que este trabalho acarretou neles mesmos.

Essa postura aparentemente contraditória, que exige a ponderação entre os papéis de “funcionário/a” e de “amigo/a”, inclusive foi revelada no estudo como um dos elementos mais difíceis em trabalhar na instituição. Esse aspecto ainda pode se relacionar a outros entraves mencionados, como a carência de atenção dos recuperandos e a impaciência em ter suas necessidades atendidas, lidar com a ingratidão ou a perceber que nem todos estão ali para saírem “recuperados”, mas tão somente para cumprir pena em um ambiente melhor do que o sistema comum; vivenciar os sofrimentos experimentados pelos recuperandos que não possuíam recursos financeiros para custear uma boa defesa, ou permanecem desassistidos financeiramente durante o cumprimento de pena; sentir a frustração de constatarem que algumas famílias não queriam se reaproximar dos recuperandos; a insuficiência de recursos da instituição para propiciar tudo o que eles gostariam de oferecer aos recuperandos; e ter ciência do preconceito da sociedade para com o recuperando.

Esses fatores revelam que as funções desempenhadas exigem um grande esforço psicológico dos funcionários para lidar com as dificuldades inerentes à profissão, incluindo a insegurança acarretada pelo trabalho e pelo ambiente de cumprimento de pena. Muitas delas, porém, derivam de fatores que não dependem dos funcionários, tampouco dos recuperandos. Dessa forma, enxerga-los com empatia e buscar semelhanças com suas histórias de vidas foram experiências narradas pelos funcionários, que revelaram, em sua maioria, ter um bom relacionamento com os recuperandos (85,71% dos funcionários).

Nesse sentido, o estudo revelou que a percepção acerca do bom relacionamento era recíproca, de acordo com as respostas dos recuperandos do regime fechado (78,26%) e do semiaberto (90,90%).

Nesse estudo, a privação de liberdade, mesmo que em um espaço mais “humano”, ainda representa uma insegurança social, onde que o Estado não é capaz de superar, enquanto o “crime” permanece forte e operante, exercendo sua principal função enquanto outros problemas públicos são ocultados.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo permitiu conhecer com profundidade as diferenças sociais. Os funcionários entrevistados, preponderantemente brancos, com altos níveis de escolaridade e oriundos de famílias de classe média, vivenciaram na APAC o primeiro contato com a realidade prisional, em virtude da relevância social do trabalho. Por outro lado, os recuperandos se apresentaram tais quais as observações de diversos estudiosos sobre quem o rótulo do desvio recai: pardos, pobres, com trabalhos informais ou desempregados, com baixos níveis de escolaridade e oriundos de famílias com pouca instrução e recurso. Pessoas excluídas e marginalizadas, cujas falas indicaram o desconhecimento da complexidade que envolve a criminalidade, e que reproduzem discursos enraizados no senso comum de que a responsabilidade pela exclusão e segregação é unicamente pessoal.

Ainda que tenha sido demonstrada a possibilidade real de promover o cumprimento da pena privativa de liberdade de forma mais digna do que a executada no sistema prisional comum, isso não significa que a privação de liberdade pode ser considerada “humana” ou eficaz para a transformação da vida de quem “optou” pela criminalidade, sem com que haja uma renovação dos paradigmas sociais vigentes que

excluem e segregam pessoas, sob o pretexto de propiciar segurança à parcela livre da sociedade.

Apesar de limitações identificadas, estudo revelou que para 100% dos recuperandos do regime fechado, 100% dos funcionários e 81,81% dos recuperandos do regime semiaberto o cumprimento de pena humanizado, nos moldes da APAC, transmite a sensação de justiça. Do mesmo modo, a recuperação de pessoas por meio do Método APAC se mostrou uma realidade possível para a maioria dos entrevistados.

Acredita-se que a efetiva transformação de indivíduos, enquanto seres sociais, em um ambiente excluído da macro sociedade e que conta com costumes e estruturas sociais particulares se mostra uma falácia que se destina a legitimar a privação de liberdade como sinônimo de justiça, independentemente do sistema de cumprimento de pena que se utilize.

Dessa forma, foram identificados limites e possibilidades de avanço para a forma com que a APAC promove o cumprimento de pena, como: propiciar, de fato, autonomia aos recuperandos, de modo que exerçam papéis realmente ativos durante o cumprimento de pena e não somente como executor de ordens; ensiná-los a enxergar a questão criminal não somente como uma escolha, da qual eles são os únicos responsáveis, mas elucidar a complexidade das questões envolvidas, não com uma postura vitimista, mas com a consciência da interligação dos fatores e da realidade social de onde vieram e o que os espera, sem uma percepção ilusória do mundo; aumentar o número de funcionários ou reformulação dos horários de trabalho, para que não se sintam tão sobrecarregados, bem como propiciar tanto aos recuperandos quanto aos funcionários assistência psicológica para que consigam lidar da melhor forma possível com as dificuldades inerentes ao ambiente prisional, ainda que “humanizado”; e a adoção de um cuidado ainda maior com a problemática do estigma/rótulo, de modo que a instituição não reproduza o que se propõe a eliminar.

Não se ignora que o cumprimento de pena, “humanizado” ou não, permanecerá operante enquanto for capaz de satisfazer aos anseios do Poder, ao ocultar os problemas públicos que os governantes não são capazes ou não se interessam em resolver. Em uma percepção realista, tem-se ciência de que a problemática criminal permanecerá sem solução em curto ou médio espaço de tempo. Todavia, com base no conjunto de informações obtidas, espera-se que os dados gerados possam subsidiar a elaboração de políticas públicas que contribuam para a melhoria das



instituições que se destinem ao cumprimento da pena privativa de liberdade, enquanto ainda são utilizadas.

Por outro lado, promover a [re]inserção social de pessoas que sempre estiveram à margem da sociedade requer que a sociedade esteja preparada para efetivamente incluí-los, concentrando suas atenções em enfrentar as causas e não os sintomas da questão criminal, assim o modelo analisado apesar de não ser classificado como utopia, o cenário ideal está longe de ser realidade.



REFERÊNCIAS

ANACLETO, Adilson; BUENO, Ana Luiza Barroso Marcondes. A humanização da prisão e as percepções de justiça sob os olhares dos aprisionados: um estado da arte. **Revista Diálogos Possíveis**, v. 20, n. 2, p. 1-19, 2021.

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de coisas inconstitucional no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução de Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Pólen, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 2 fev. 2022.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 7. ed. Rio de Janeiro, RJ: Difel, 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/10/anuario-15-completo-v7-251021.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2022.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social da sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via e seus críticos**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner; revisão da tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalheite. 42. ed. 9. reimp. Petrópolis, RJ: Vozes, 2020.



FBAC. **Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (2022)**. Portal da transparência. Disponível em: <<https://fbac.org.br/transparencia/visao.php>>. Acesso em: 24 fev. 2022.

MOSCOVICI, Serge. **Representações sociais**: investigações em psicologia social. Tradução de Pedrinho A. Guareschi. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

OTTOBONI, Mário. **Vamos matar o criminoso?** Método APAC. São José dos Campos: Edições Paulinas, 2001.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. **Renovando caminhos – APAC**. Disponível em: <<http://www.mpggo.mp.br/portal/conteudo/renovando-caminhos-apac#.YLebuKhKhPY>>. Acesso em: 2 jun. 2021.

SISDEPEN. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional**, 2020.



SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL: ESTRUTURA, FINALIDADES E O CONTROLE EXTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

FEDERAL PENITENTIARY SYSTEM: STRUCTURE, PURPOSES, AND EXTERNAL OVERSIGHT BY BRAZIL'S FEDERAL PROSECUTION SERVICE

Emanuel Fernandes Monteiro de Almeida¹

Resumo: O trabalho examina o Sistema Penitenciário Federal brasileiro como instrumento excepcional de atuação da União na execução penal, estruturado pela Lei nº 11.671/2008 para o isolamento qualificado de presos de alta periculosidade e a contenção de organizações criminosas, sem afastar a finalidade ressocializadora. Analisa-se a natureza extraordinária das transferências, a centralização jurisdicional federal e a limitação regulamentar de vagas como elementos de um modelo diferenciado de custódia voltado à segurança pública em dimensão nacional. O estudo sustenta que o controle externo exercido pelo Ministério Público Federal constitui pilar de governança do sistema, ao assegurar legalidade, excepcionalidade da transferência ao regime de custódia federal e respeito a direitos fundamentais, prevenindo distorções e uso indevido do mecanismo. Demonstra-se a convergência entre a tutela coletiva da execução penal e a tutela coletiva de segurança pública, o que amplia o papel ministerial para a fiscalização estrutural, planejada e orientada por evidências, com integração institucional e produção sistemática de dados. O texto destaca ainda a incorporação do paradigma dos direitos humanos e a influência da jurisprudência interamericana quanto à necessidade de investigações independentes em eventos críticos ocorridos no ambiente prisional. Por fim, apontam-se avanços administrativos e mecanismos de coordenação interna, como os Ofícios Especiais do Sistema Penitenciário Federal no MPF e a institucionalização de espaços permanentes de estudo, que reforçam o caráter estratégico e preventivo do controle ministerial, consolidando o SPF como componente estruturante da política nacional de segurança pública.

Palavras-chave: Sistema Penitenciário Federal; controle externo; Ministério Público Federal; Segurança Pública; Execução Penal.

Abstract: This study examines Brazil's Federal Penitentiary System as an exceptional federal mechanism within criminal enforcement, structured by Law No. 11,671/2008 to provide qualified isolation of high-risk inmates and containment of organized crime, without abandoning the rehabilitative purpose of punishment. It analyzes the extraordinary nature of inmate transfers, federal jurisdictional centralization, and regulatory capacity limits as elements of a differentiated custodial model aimed at national public security. The study argues that the external oversight exercised by Brazil's Federal Prosecution Service constitutes a core pillar of system governance by ensuring legality, the exceptional character of federal custody transfers, and respect for fundamental rights, thereby preventing distortions and misuse of the mechanism. It demonstrates the convergence between collective oversight of criminal enforcement and collective public security protection, expanding prosecutorial action toward structural, evidence-based supervision supported by institutional integration and

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Processus, Brasília/DF (2022). Graduado em Secretariado pela mesma instituição (2020). Pós graduado em Direito Constitucional. Delegado de Polícia Civil do Estado do Paraná. E-mail: emanuelfmalmeida@gmail.com.



systematic data production. The text also highlights the incorporation of a human rights framework and the influence of Inter-American jurisprudence regarding the need for independent investigations in critical incidents occurring within custodial environments. Finally, it addresses administrative advances and internal coordination mechanisms, including the MPF's Special Federal Penitentiary Offices and the institutionalization of permanent study forums, which strengthen the strategic and preventive nature of prosecutorial oversight and consolidate the SPF as a structural component of Brazil's national public security policy.

Keywords: Federal Penitentiary System; External Oversight; Brazil's Federal Prosecution Service; Public Security; Criminal Enforcement.

1 INTRODUÇÃO

O Sistema Penitenciário Federal brasileiro, instituído pela Lei nº 11.671/2008 e regulamentado pelo Decreto nº 6.877/2009 e pelo Decreto nº 6.049/2007, representa instrumento excepcional de atuação da União no âmbito da execução penal. Concebido para o isolamento qualificado de presos de alta periculosidade e para a contenção de organizações criminosas com atuação interestadual ou nacional, o modelo federal não substitui a execução penal ordinária dos Estados, mas opera de forma supletiva e estratégica, em hipóteses legalmente delimitadas e fundamentadas em razões concretas de segurança pública.

Estruturado em unidades de segurança máxima, com limitação rigorosa de vagas, padronização de rotinas e centralização jurisdicional na Justiça Federal, o Sistema Penitenciário Federal configura mecanismo diferenciado de custódia, orientado à contenção e mitigação de riscos relevantes à ordem pública e à preservação da disciplina prisional. Sua natureza extraordinária impõe controle estrito quanto aos critérios de inclusão, permanência e transferência de pessoas presas, a fim de evitar a banalização do instituto como solução ordinária para deficiências estruturais do sistema penitenciário estadual.

Nesse contexto, o controle externo exercido pelo Ministério Público Federal assume papel estruturante. À luz da Constituição Federal e das Resoluções CNMP nº 277/2023 e nº 278/2023, a atuação ministerial transcende a fiscalização individual de casos e se projeta como tutela coletiva das políticas públicas de execução penal e de segurança pública. O acompanhamento sistemático das unidades federais, a verificação da legalidade das transferências, o monitoramento da lotação e das condições de custódia, bem como a exigência de apurações independentes em eventos críticos, evidenciam a centralidade do Ministério Público Federal na governança do sistema.

O presente estudo examina, portanto, os fundamentos legais, os aspectos estruturais e a natureza excepcional do Sistema Penitenciário Federal, bem como a interface entre execução penal e segurança pública, destacando o controle externo ministerial como instrumento estratégico de preservação da legalidade, da eficiência administrativa e dos direitos fundamentais, em consonância com parâmetros constitucionais e convencionais de proteção da dignidade humana.

2. O SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL: FUNDAMENTOS LEGAIS, ASPECTOS ESTRUTURAIS E NATUREZA EXCEPCIONAL DA CUSTÓDIA

A Lei nº 11.671/2008 instituiu o Sistema Penitenciário Federal e previu a criação de estabelecimentos penais federais de segurança máxima (Brasil, 2008). Atualmente, o país conta com cinco unidades em funcionamento, localizadas em Catanduvas/PR, Mossoró/RN, Campo Grande/MS, Porto Velho/RO e Brasília/DF.

Os presídios federais de segurança máxima foram concebidos, precipuamente, como instrumento de contenção e neutralização de lideranças de organizações criminosas de alta periculosidade, constituindo eixo estratégico da política nacional de segurança pública. Nesse contexto, acolhem ou já acolheram lideranças vinculadas a grupos como o Comando Vermelho e o PCC, bem como presos de grande repercussão criminal, a exemplo de Fernandinho Beira-Mar, Marcinho VP e Juan Carlos Abadía (Associação dos Juízes Federais do Brasil, C. 2016; Rebello, 2026), o que evidencia sua função de isolamento qualificado destinada a reduzir a capacidade de comando externo dessas organizações.

Por longo período, consolidou-se a percepção de que os estabelecimentos penais federais eram marcados por virtual ausência de fugas e por elevada resistência a evasões, o que reforçava sua imagem de segurança máxima praticamente estanque. Esse paradigma, contudo, foi significativamente abalado com a fuga de dois detentos da unidade de Mossoró, em 14 de fevereiro de 2024 (Domingo Espetacular, 2024), episódio que evidenciou a necessidade de revisão contínua de protocolos, rotinas e mecanismos de controle e reafirmou que a segurança do Sistema Penitenciário Federal depende de monitoramento permanente e de aperfeiçoamento institucional constante.

Há previsão regulamentar que fixa em 208 o número máximo de vagas por unidade do Sistema Penitenciário Federal, limite que a administração observa com rigor, inclusive com a manutenção deliberada de certa ociosidade operacional (Brasil,

2007). Essa margem de capacidade não preenchida constitui medida salutar de gestão e segurança, pois assegura flexibilidade para transferências urgentes, preservação da ordem interna e melhor controle da custódia, em consonância com a finalidade estratégica dos estabelecimentos federais.

Trata-se de um modelo de execução penal estruturado, diferenciado e fortemente organizado, marcado por padronização de rotinas, rigor operacional e planejamento institucional, que não se confunde com as realidades frequentemente sobrecarregadas e fragmentadas observadas nas administrações penitenciárias estaduais.

O Sistema Penitenciário Federal representa uma incursão administrativa excepcional da União em matéria tradicionalmente afeta aos Estados, justificada pelo próprio desenho do federalismo brasileiro, que admite atuação supletiva e complementar federal quando a eficácia do sistema estadual se mostra comprometida ou quando há necessidade de resposta institucional coordenada diante de ameaças de maior complexidade, como a atuação de organizações criminosas. Trata-se, portanto, de intervenção qualificada e pontual, destinada à preservação da segurança pública em dimensão nacional, sem desnaturar a predominância estadual na execução penal ordinária.

3. O CONTROLE EXTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL: A INTERFACE ENTRE A EXECUÇÃO PENAL E A SEGURANÇA PÚBLICA

A Lei nº 11.671/2008 disciplina a transferência de pessoas presas para penitenciárias federais de segurança máxima, prevendo que, deferida a medida, os autos da execução penal sejam encaminhados ao juízo federal competente e, quando se tratar de prisão processual, seja expedida a devida carta deprecada à Justiça Federal correspondente (Brasil, 2008).

O Ministério Público Federal atua como guardião da regularidade das unidades federais, da excepcionalidade e da temporalidade estrita do Sistema Penitenciário Federal, zelando para que sua utilização permaneça restrita às hipóteses legais e alinhada à sua finalidade estratégica. Ao exercer controle externo contínuo, o MPF assegura que o SPF cumpra seu escopo principal, consistente na contenção qualificada de riscos à segurança pública com observância dos direitos fundamentais, e evita sua banalização como mecanismo ordinário de gestão prisional.

A transformação do antigo Departamento Penitenciário Nacional em Secretaria Nacional de Políticas Penais, promovida pela Medida Provisória nº 1.154/2023, manteve no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública as atribuições previstas na Lei de Execução Penal, ao mesmo tempo em que conferiu nova estrutura administrativa dedicada à formulação, coordenação e supervisão das políticas penitenciárias, inclusive do Sistema Penitenciário Federal. A reorganização institucional, materializada pelo Decreto nº 11.348/2023, reforçou a centralidade estratégica da gestão penitenciária no plano federal, com diretorias especializadas em políticas, sistema federal, inteligência e alternativas penais (Brasil, 2023).

No âmbito do Sistema Penitenciário Federal, o controle externo exercido pelo MPF, destinado a prevenir ilegalidades estruturais e violações de direitos na custódia e a induzir correções na gestão prisional, encontra correspondência direta com a Resolução CNMP nº 277/2023, que define a tutela coletiva das políticas públicas de execução penal e a fiscalização dos estabelecimentos penais como atuação planejada, baseada em diagnóstico, monitoramento e evidências, com foco na prevenção de fugas, rebeliões, maus-tratos, tortura e mortes (Conselho Nacional do Ministério Público, 2023).

A Resolução assegura livre ingresso do Ministério Público, acesso reservado às pessoas presas e a registros, dados, documentos e sistemas, inclusive videomonitoramento, e disciplina visitas ordinárias com formulários padronizados e adoção de providências decorrentes das constatações, o que fornece o arcabouço operacional que instrumentaliza e uniformiza essa atuação fiscalizatória no SPF.

O controle externo do sistema penitenciário federal pelo Ministério Público Federal constitui, também, expressão da tutela coletiva de segurança pública (Resolução CNMP nº 278/2023), pois a execução penal federal integra a política estatal de enfrentamento à criminalidade organizada. Essa compreensão amplia o papel ministerial para além da persecução penal e o insere na fiscalização estrutural, planejada e orientada por evidências das políticas públicas, tratando o sistema penitenciário federal como espaço estratégico de segurança pública sujeito a monitoramento institucional. Nesse cenário, a atuação do MPF demanda coordenação, integração e uso sistemático de dados, com inspeções, análise de critérios de custódia e diálogo interinstitucional, de modo a assegurar legalidade, eficiência administrativa e prevenção de violações estruturais, dentro de um modelo

de tutela coletiva voltado a planejamento e resultados (Conselho Nacional do Ministério Público, 2023).

Embora, à primeira vista, o controle externo ministerial sobre o Sistema Penitenciário Federal se aproxime do eixo de execução penal disciplinado pela Resolução CNMP nº 277/2023, é no SPF que a interface entre segurança pública e execução penal se manifesta com maior intensidade. Na execução penal ordinária, predominantemente estadual, prevalece o vetor ressocializador como finalidade central, ao passo que, no SPF, sem afastar esse objetivo, ganham relevo a potencial incomunicabilidade e o isolamento geográfico, interpessoal e social orientados à contenção de riscos à segurança pública, especialmente no enfrentamento à criminalidade organizada. Por integrar de forma direta a política de segurança pública em perspectiva interfederativa, o SPF também deve receber os influxos normativos próprios dessa esfera.

Nesse sentido, a Resolução 278 enfatiza a produção e a sistematização de dados, a integração institucional e a centralidade dos direitos humanos como pilares da tutela coletiva de segurança pública, diretrizes que assumem especial relevância no sistema penitenciário federal, cuja finalidade estratégica exige avaliação constante de resultados, riscos e impactos. O controle externo exercido pelo MPF se estrutura como instrumento de diagnóstico e monitoramento das políticas penitenciárias, com inspeções e relatórios inseridos em ciclo contínuo de verificação da legalidade e da efetividade administrativa, ao mesmo tempo em que assegura alinhamento das práticas federais aos parâmetros constitucionais e convencionais de proteção da dignidade humana. Essa lógica reforça a compreensão de que o sistema penitenciário federal integra a política de segurança pública em dimensão estrutural, o que confere à atuação ministerial caráter estratégico e preventivo, orientado por planejamento, coordenação interinstitucional e busca de resultados.

4. PARADIGMAS CONVENCIONAIS E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO MONITORAMENTO ESTRATÉGICO NO MPF

No tocante aos influxos convencionais e da jurisprudência internacional de direitos humanos no Sistema Penitenciário Federal, é oportuno destacar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirma a necessidade de investigação independente sempre que haja indícios de participação de agentes estatais em violência ou letalidade, especialmente quando a apuração poderia permanecer sob a

esfera da própria instituição envolvida, como reconhecido no caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil* (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2017).

Essa orientação admite leitura ampliativa para alcançar situações em que, ainda que não exista indício inicial de envolvimento de agentes, a possível violação de direitos, sobretudo a morte de custodiado dentro de estabelecimento de segurança máxima, reclama investigação externa, neutra e institucionalmente autônoma.

Episódio ilustrativo ocorreu na morte de Elias Maluco na Penitenciária Federal de Catanduvas, em 2020, tratada como suicídio, cuja apuração ficou a cargo da Polícia Federal, sob supervisão do Ministério Público Federal (G1 PR; RPC Cascavel, 2020). A inexistência de atribuição de polícia judiciária pela administração penitenciária federal favorece a observância desse padrão internacional de investigação independente, reforçando a credibilidade, a imparcialidade e a conformidade convencional do controle estatal sobre eventos críticos no ambiente prisional.

A Portaria PGR/MPF nº 748/2023, alterada pela nº 836/2023, instituiu 15 Ofícios Especiais do Sistema Penitenciário Federal, de atuação nacional, destinados à execução penal federal e aos incidentes de inclusão, permanência e transferência de presos (Ministério Público Federal, 2023). O acervo judicial e extrajudicial é distribuído de forma equitativa e aleatória, sem vinculação territorial, e as inspeções periódicas incumbem a todos os titulares, conforme cronograma da 7ª Câmara de Coordenação e Revisão. Os ofícios são providos por membros do primeiro grau com atribuição correlata, observados critérios de antiguidade e alternância, com possibilidade de designação compulsória, cabendo à 7ª CCR a coordenação, a uniformização de procedimentos e a revisão dos atos. A norma estabelece ainda planejamento anual, elaboração e circulação de relatórios, seleção por edital, mandato prorrogável e sistema de suplência, tendo a alteração posterior concentrado na 7ª CCR a condução do processo seletivo e a gestão de vacâncias e designações. Esse arranjo normativo consolida instrumento orgânico e permanente de atuação do MPF na temática do Sistema Penitenciário Federal.

É relevante que o MPF institua e mantenha, de forma permanente, a exemplo do que já realiza a 7ª CCR, grupos de estudo e observatórios sobre o Sistema Penitenciário Federal, como espaços técnicos de consolidação de dados, padronização de rotinas e difusão de boas práticas, que qualificam a atuação fiscalizatória e a tutela coletiva da execução penal. Trata-se de iniciativa homóloga

àquela desenvolvida pelo Poder Judiciário por meio de fórum permanente operacionalizado pelo Conselho da Justiça Federal (Conselho da Justiça Federal, 2022), o que reforça a importância de instâncias contínuas de coordenação e aprimoramento institucional no SPF.

Como guardião da legalidade e da Lei nº 11.671/2008, o Ministério Público Federal exerce função estratégica de fiscalização no âmbito do Sistema Penitenciário Federal, especialmente quanto ao respeito à lotação máxima e à adequada manutenção das condições de custódia. Tal atuação se coaduna com o Regulamento Penitenciário Federal (Decreto nº 6.049/2007), que fixa parâmetros estruturais e operacionais das unidades. No plano judicial e extrajudicial, o MPF acompanha os incidentes de inclusão, permanência e transferência de presos, adotando providências para prevenir ou corrigir situações que possam comprometer a capacidade instalada e a regularidade do sistema.

À luz da recente sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Hernández Norambuena vs. Brasil (2025), que afirmou a legitimidade de regimes mais rigorosos, como o RDD, condicionando-os, contudo, à fundamentação individualizada, à reavaliação periódica, ao acompanhamento contínuo de saúde e ao controle judicial efetivo (Ministério Público do Estado Do Paraná, 2026), é previsível que o Ministério Público Federal venha a ser instado a se manifestar sobre a conformidade das penitenciárias federais de segurança máxima com os parâmetros convencionais fixados.

Diante da proximidade funcional entre o isolamento qualificado característico do Sistema Penitenciário Federal e as medidas próprias do RDD, inclusive pela própria existência de RDD no âmbito do SPF, a análise ministerial poderá envolver a verificação da adequação das rotinas de incomunicabilidade, dos protocolos de monitoramento, das avaliações periódicas da necessidade da medida e da garantia de contato humano significativo aos standards interamericanos, reafirmando o papel do MPF na harmonização das políticas penitenciárias federais com as obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro.

5. CONCLUSÃO

O Sistema Penitenciário Federal consolidou-se como instrumento excepcional e estratégico da União no enfrentamento qualificado à criminalidade organizada, operando de forma supletiva à execução penal estadual e sob critérios rigorosos de



legalidade, limitação de vagas e controle jurisdicional federal. Sua natureza diferenciada impõe permanente vigilância quanto à excepcionalidade das transferências, à proporcionalidade das medidas restritivas e à observância dos direitos fundamentais.

Nesse cenário, o controle externo exercido pelo Ministério Público Federal revela-se elemento estruturante da governança do sistema, ao integrar a tutela coletiva da execução penal à tutela coletiva da segurança pública, com atuação planejada, baseada em evidências e orientada à prevenção de distorções institucionais. A incorporação de parâmetros convencionais e da jurisprudência interamericana reforça a necessidade de monitoramento contínuo, fundamentação individualizada das medidas restritivas e garantia de investigações independentes em eventos críticos.

Assim, o SPF afirma-se como componente relevante da política nacional de segurança pública, cuja legitimidade e eficácia dependem do equilíbrio entre rigor institucional, legalidade estrita e conformidade com os compromissos constitucionais e internacionais assumidos pelo Estado brasileiro, cabendo ao Ministério Público Federal papel central na preservação desse equilíbrio.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL. Programa nº 710 – Sistema Penitenciário Federal: 2º bloco [vídeo]. **YouTube**, c. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3Fq-SBuHHBY>>. Acesso em: 06 fev. 2026.

BRASIL. Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008. Dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 9 maio 2008. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11671.htm>. Acesso em: 11 fev. 2026.

BRASIL. Decreto nº 6.049, de 27 de fevereiro de 2007. Aprova o Regulamento Penitenciário Federal. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 28 fev. 2007. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6049.htm>. Acesso em: 06 fev. 2026.

BRASIL. Decreto nº 6.877, de 18 de junho de 2009. Regulamenta a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, que dispõe sobre a inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima ou a sua transferência para aqueles estabelecimentos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 19 jun. 2009. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6877.htm>. Acesso em: 06 fev. 2026.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **O Depen agora é Secretaria Nacional de Políticas Penais**. Brasília, 4 jan. 2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/o-depen-agora-e-secretaria-nacional-de-politicas-penais>>. Acesso em: 11 fev. 2026.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Portaria nº 235-CJF**, de 24 de maio de 2022. Dispõe sobre a atualização da Portaria CJF nº 154/2012, que trata da composição do Fórum do Sistema Penitenciário Federal. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2022. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/publico/biblioteca/PCG%20235-2022.pdf>>. Acesso em: 06 fev. 2026.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução nº 277, de 12 de dezembro de 2023. Dispõe sobre as atribuições do Ministério Público na tutela coletiva das políticas públicas de execução penal e na atividade de fiscalização dos estabelecimentos penais. **Diário Eletrônico do CNMP**, Caderno Processual, Brasília, DF, 13 dez. 2023, p. 1–8. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/CALJ/resolucoes/Resolucoes/Resoluco-277-de-2023.pdf>>. Acesso em: 06 fev. 2026.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução nº 278, de 12 de dezembro de 2023. Dispõe sobre as atribuições do Ministério Público na tutela coletiva de segurança pública. **Diário Eletrônico do CNMP**, Caderno Processual, Brasília, DF, 13 dez. 2023. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/CALJ/resolucoes/Resolucoes/Resoluco-278-de-2023.pdf>>. Acesso em: 06 fev. 2026.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil (Série C nº 333)**. Sentença de 16 fev. 2017. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2026.

DOMINGO ESPETACULAR. PF investiga a fuga de dois criminosos de presídio de segurança máxima no RN [vídeo]. **YouTube**, 19 fev. 2024. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=oKCharITpHE>>. Acesso em: 06 fev. 2026.

G1 PR; RPC CASCAVEL. Delegado da PF diz que Elias Maluco deixou cartas. **G1 Oeste e Sudoeste**, 23 set. 2020. Atualizado em 23 set. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/oeste-sudoeste/noticia/2020/09/23/delegado-da-pf-diz-que-elias-maluco-deixou-carta-afirmando-que-nao-tinha-mais-vontade-de-viver.ghhtml>>. Acesso em: 11 fev. 2026.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. CAOP de Proteção aos Direitos Humanos. Nova sentença da Corte Interamericana – **Caso Hernández Norambuena vs. Brasil**. Curitiba: MPPR, 27 jan. 2026. Disponível em: <<https://site.mppr.mp.br/direito/Noticia/NOVA-SENTENCA-DA-CORTE-INTERAMERICANA-Caso-Hernandez-Norambuena-vs-Brasil>>. Acesso em: 11 fev. 2026.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Portaria PGR/MPF nº 748, de 27 de setembro de 2023. Dispõe sobre a criação e distribuição dos Ofícios Especiais de Inspeção, Vistoria e Atuação nos feitos do Sistema Penitenciário Federal no âmbito do Ministério Público Federal. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 28 set. 2023, Seção 1, p. 117. Disponível em: <<https://biblioteca.mpf.mp.br/server/api/core/bitstreams/e107ea84-2d97-417e-aaaf-e5c77a5dfd2e/content>>. Acesso em: 06 fev. 2026.

REBELLO, Aiuri. Mesmo atrás das grades, principais lideranças do crime organizado seguem dando as cartas nas ruas. **Gazeta do Povo**, Brasil, 22 jan. 2026. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/brasil/principais-lideres-crime-organizado-pcc-cv-presos/>>. Acesso em: 11 fev. 2026.

O REGIME JURÍDICO DO CHEQUE EM MOÇAMBIQUE

THE LEGAL REGIME OF CHECKS IN MOZAMBIQUE

Neucilto Alberto Chapila¹

Resumo: No presente artigo abordamos sobre tema “O regime jurídico do cheque”. O tema pertence ao direito bancário, onde fazemos a abordagem do tema tendo como base as leis inerentes a instituições financeiras, o código civil e penal. A elaboração do presente artigo, no âmbito dos cheques, é motivada pela seguinte questão problemática: Qual é o regime jurídico que regula as transações por via de cheque? O estudo do tema tem como objectivo geral analisar qual é a eficácia do regime jurídico dos cheques, tendo em conta a protecção dos interesses dos usuários dos cheques. Com isso, de modo a concretizar este objectivo geral, temos os seguintes objectivos específicos: compreender o regime jurídico dos cheques; analisar a questão da apresentação, prazo, lugar e revogação dos cheques; estudar os mecanismos jurídicos de responsabilização pela emissão de cheque sem provisão. Do ponto de vista metodológico, recorreremos ao método dedutivo, partindo do geral para o particular, recorreremos também a pesquisa documental. Portanto a pesquisa documental teve como base, a análise da legislação aplicável em matéria de cheque, e doutrinal que se baseia na análise das obras que dizem respeito a essa matéria. No que tange a estrutura do trabalho, de forma tornar o trabalho mais compreensível, o presente artigo encontra-se dividido em 3 pontos. Sendo que no primeiro ponto, apresentamos o marco teórico, no segundo fizemos referência aos procedimentos metodológicos usados na elaboração do trabalho, no último ponto procedemos a análise dados e discussão dos resultados, e considerações finais, e finalizamos com as referências bibliográficas. A presente pesquisa, permite nos chegar a indubitável conclusão que o regime jurídico do cheque é dotado de normas eficazes e que protegem os interesses dos usuários dos cheques.

Palavras-chave: Cheques, Provisão, Regime Jurídico.

Abstract: In this article we discuss the topic “The legal regime of checks”. The theme belongs to banking law, where it addresses the theme based on the laws inherent to financial institutions, the civil and penal code. The elaboration of this article, without the scope of checks, is motivated by the following problematic question: What is the legal regime that regulates as check records? The study of the theme has as general objective to analyze what is the application of the legal regime of checks, taking into account the protection of the interests of the users of checks. Thus, in order to achieve this general objective, we have the following requirements: understand the legal regime of checks; analyze a question of presentation, deadline, location and revocation of checks; study the legal codes of responsibility for issuing checks without provision. Make a methodological point of view, perform a deductive method, starting from general to particular, also perform a documentary research. Therefore, a documentary research was based on an analysis of the applicable legislation in the field of checks and the doctrines that are based on the analysis of the works that concern this matter. In the case of a work structure, in order to make the work more understandable, this article is divided into 3 points. Being the first point, the theoretical framework, the second reference test and the methodological procedures used in the work, the last

¹ Doutor em Direito Privado, mestre em Direito Civil, Licenciado em Direito e Professor auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Moçambique. Correio: neuciltochapila@gmail.com.

point of procedure and data analysis and discussion of results and final considerations, and we end with bibliographic references. This research allows you to reach an undoubted conclusion or the legal verification regime is endowed with applicable rules and that protects the interests of users of checks.

Keywords: Checks, Provision, Legal Regime.

INTRODUÇÃO

No presente artigo abordamos sobre tema “O regime jurídico do cheque”. O tema pertence ao direito bancário, onde fazemos a abordagem do tema tendo como base as leis inerentes a instituições financeiras, o código civil e penal.

A elaboração do presente artigo, no âmbito dos cheques, é motivada pela seguinte questão problemática: Qual é o regime jurídico que regula as transações por via de cheque?

O estudo do tema tem como objectivo geral analisar qual é a eficácia do regime jurídico dos cheques, tendo em conta a protecção dos interesses dos usuários dos cheques. Com isso, de modo a concretizar este objectivo geral, temos os seguintes objectivos específicos:

- Compreender o regime jurídico dos cheques;
- Analisar a questão da apresentação, prazo, lugar e revogação dos cheques;
- Estudar os mecanismos jurídicos de responsabilização pela emissão de cheque sem provisão.

Do ponto de vista metodológico, recorreremos ao método dedutivo, partindo do geral para o particular, recorreremos também a pesquisa documental. Portanto a pesquisa documental teve como base, a análise da legislação aplicável em matéria de cheque, e doutrinal que se baseia na análise das obras que dizem respeito a essa matéria.

No que tange a estrutura do trabalho, de forma tornar o trabalho mais compreensível, o presente artigo encontra-se dividido em 3 pontos. Sendo que no primeiro ponto, apresentamos o marco teórico, no segundo fizemos referência aos procedimentos metodológicos usados na elaboração do trabalho, no último ponto procedemos a análise dados e discussão dos resultados, e considerações finais, e finalizamos com as referências bibliográficas.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICA

1.1 Noções gerais

O cheque é um meio de pagamento, em regra normalizado, pelo qual uma pessoa – sacador ou emitente – ordena a um banco – sacado – onde tenha fundos disponíveis – provisão – a efectuar um pagamento a vista de determinada importância, a seu favor ou de um terceiro – tomador, beneficiário ou terceiro beneficiário.

O cheque assegura a elasticidade e a exposição do sistema monetário e minimiza os efeitos inflacionários sendo essa razão um importante instrumento do sistema financeiro onde lhe podem ser identificadas as seguintes funções económicas: levantamento de fundos; pagamentos e compensações.

Como título de crédito que incorpora um direito literal e autónomo, o cheque apresenta-se com características gerais de literalidade; autonomia; incorporação; legitimação e de circulabilidade. A Literalidade, decorre do facto de ser um documento escrito e dele consta um direito expresso em palavras e algarismos.

O cheque é Autónomo, pois o sacador confere fundos (direito subjacente) ao banqueiro que deve pagar ao beneficiário (autonomia do direito cartular) que passa a deter o título, na cadeia de circulação, de modo autónomo em relação a outros portadores anteriores, que hajam sido eventualmente desapossados (autonomia da posição do portador).

Na Legitimação, o portador exerce o direito incorporado (legitimidade activa) e obriga o devedor a cumprir perante o portador sem apor eventual ilegitimidade (legitimação passiva). A circulabilidade, decorre do facto de o cheque ser tipicamente destinado a circular, por endosso (Waty, 2011, p. 175).

1.2 Convenção do Cheque

Esquemas materialmente semelhantes ao cheque documentam-se na era egípcia dos Ptolomeus, a partir de 323 a.C. já em Roma, os pagamentos eram feitos directamente em dinheiro, numa prática que perduraria. Apenas a partir dos meados do séc. XIV, com início em Itália, se difundiu a prática das ordens, dadas a banqueiros, de efectuar determinados pagamentos, como forma de assegurar uma circulação monetária sem espécie. O cheque é um documento, em regra normalizado e do qual consta uma ordem, dada por um cliente ao seu banqueiro, de efectuar um determinado pagamento a um terceiro, ao portador ou, até, ao próprio mandante. O cliente diz-se

sacador; o banqueiro diz-se sacado; o beneficiário da ordem diz-se terceiro beneficiário ou, simplesmente beneficiário (Cordeiro, 2001, p. 527).

O desenvolvimento moderno do cheque está no entanto, ligado ao próprio alargamento das notas de banco. No séc. XVII, e merce da insegurança reinante, os particulares ricos providenciavam o depósito seguro de seu dinheiro e substituíam uma ordem, dada ao depositário, ao banqueiro, de pagar, em espécie, ao beneficiário. Não é segura a origem da palavra cheque: ela poderá radicar nas ordens, dadas pelos reis ingleses ao seu exchequers, o ministro do tesouro para efectuar determinados pagamentos, por seu turno, exchequers advirá do franco/normando echecs, xadres, aqui relacionado com o facto de as bancas usadas pelos cambistas e outros manipuladores de dinheiro terem tampos quadriculados, como forma de facilitar as contagens das moedas (Cordeiro, 2001, p. 528).

O cheque conheceu um especial desenvolvimento moderno em Inglaterra, vindo a expandir-se nos países continentais. O tráfego baseado no cheque apenas se radicaria, na Alemanha, a partir da segunda metade do séc. XIX. As exigências do tráfego comercial e do universalismo mercantil recomendavam a elaboração de regras uniformes sobre o cheque, o resto, tal como sucedia com outros títulos de crédito. Assim, após a iniciativa de Haia, em 1912, chegar-se-ia as Convenções de Genebra que aprovaram as leis uniformes e, em especial, a Lei Uniforme sobre Cheques, de 7 de Junho de 1930. A Convenção foi aprovada pelo Decreto nº. 23 721, de 29 de Março de 1934, tendo sido publicada no Diário do Governo, de 21 de Junho de 1934 (Cordeiro, 2001, p. 527).

Numa confirmação da vitalidade jurídico-cultural dos Direitos nacionais, a Lei Uniforme acabaria por ser diferentemente interpretada pelas jurisprudências dos diversos países.

1.3 A convenção de cheque e o seu conteúdo

O cheque consubstancia uma ordem dada a um banqueiro. Os próprios títulos de crédito funcionam, hoje e na prática, essencialmente, nas relações entre o banqueiro e os seus clientes. O cheque é sacado sobre um banqueiro que tenha fundos a disposição do sacador e em harmonia com uma convenção expressa ou tácita, segundo a qual o sacador tem o direito de dispor desses fundos por meio de cheque.

A validade do título como cheque não fica, todavia, prejudicada no caso de inobservância destas prescrições. São partes no contrato ou convenção de cheque, necessariamente, um banqueiro e o seu cliente; o primeiro deve ter fundos a disposição do segundo; a convenção pode ser expressa ou tacita; a convenção tem, como, conteúdo, atribuir ao sacador o direito de dispor dos fundos por cheque (Cordeiro, 2001, p. 533).

Se o primeiro elemento da convenção de cheque, o relativo às partes, não oferece dúvidas, os restantes requerem algumas explicações suplementares. O banqueiro deve ter fundos a disposição do cliente: é a chamada relação de provisão. Tais fundos a disposição podem resultar de previa obrigação assumida pelo banqueiro, como é o caso de um depósito a ordem, que o banqueiro deva restituir de acordo com as instruções do cliente, dum crédito concedido ou que o banqueiro se tenha obrigado a conceder ou de decisão livremente tomada pelo banqueiro, na ocasião, este pode decidir, mesmo na ausência de fundos disponíveis, pagar o cheque; a conta ficara, então, a descoberto, por tolerância do banqueiro (Cordeiro, 2001, p. 534).

A convenção de cheque pode ser expressa ou tácita. Nesta última hipótese, a convenção resultara, designadamente, de o banqueiro por uma caderneta de cheques a disposição do cliente ou de ele facultar impressos para operar a sua requisição. Normalmente, ela surge ligada a um contrato de abertura de conta. Já se tem suscitado o problema de saber se se trata duma convenção autónoma ou se estamos perante um mero acto integrado num negócio mais vasto: a abertura de conta.

A prática bancária tem, de facto conferido a convenção de cheque um regime próprio, que sustenta a autonomia. Por seu turno, o cliente fica obrigado a guardar com cuidado os cheques por preencher. Este dever está, por vezes, explicitado em cláusulas contratuais gerais. A jurisprudência já entendeu que compete ao cliente provar que usou de diligência, na guarda dos cheques. No tocante ao problema dos cheques falsificados, a jurisprudência apela para a determinação, em concreto, da culpa do cliente ou do banqueiro (Cordeiro, 2001, p. 534).

A convenção de cheques tem, por fim, o conteúdo de atribuir ao cliente o direito de dispor dos fundos por cheque. Normalmente, a convenção reporta-se ao uso dum número indeterminado de cheques, na disponibilidade do cliente. Podemos admitir uma convenção relativa a um único cheque: assim o cliente que, embora não beneficie da convenção geral, obtenha do banqueiro um determinado cheque avulso.

O direito de dispor de fundos por cheque equivale ao direito de sacar cheques. O direito de sacar cheques envolve a possibilidade de acelerar pactos de preenchimento: o sacador passa um cheque incompleto – máxime, em branco quanto ao seu valor e acorda, depois, com um terceiro os termos em que se procedera ao preenchimento dos elementos em causa. A violação do acordo de preenchimento não pode ser oposta ao terceiro adquirente de boa-fé nem ao próprio banqueiro, também de boa-fé (Cordeiro, 2001, p. 535).

O direito de sacar cheques envolve o direito de os revogar, expirando o prazo da apresentação. No tocante ao pagamento de cheques revogados, há jurisprudência nem sempre coincidente, isto é, após revogação, esse pagamento é indevido pelo que, se for feito, responsabiliza o banqueiro, antes da revogação, a recusa de pagamento não responsabiliza contratualmente o banqueiro, perante o portador, pode, porém, ser fonte de responsabilidade aquiliana.

A convenção de cheque adstringe ainda as partes a vários deveres acessórios. Assim, o banqueiro deve actuar com diligencia e profissionalismo, nos diversos aspectos atinentes ao manuseio dos cheques; não deve demorar mais do que o necessário a creditá-los, deve verificar com cuidado a assinatura do cliente e deve, na dúvida, ser cauteloso, recusando o pagamento de cheques menos claros (Cordeiro, 2001, p. 535-536).

1.4 O contrato e a convenção de cheque

No mundo jurídico o cheque é uma ordem de pagamento a vista contra p estabelecimento bancário que mantém, administra ou disponibiliza recursos financeiros do emitente. O cheque é o documento do qual consta uma ordem, dada por um cliente (sacador) ao seu banqueiro (sacado), de efectuar um determinado pagamento a terceiro, ao portador ou ao próprio mandante (beneficiário). A convenção de cheque é o acordo entre o titular da provisão e a instituição bancaria pelo qual esta permite ao titular da provisão movimentar os fundos a sua disposição por meio da emissão do cheque. Esta convenção celebra-se, na prática, mediante a requisição pelo cliente de livro de cheques e sua entrega pela instituição bancária (Waty, 2011, p. 173).

Estabelece o nº 1, do art.º 4 do Regulamento da Lei do Cheque que, o fornecimento do primeiro livro ou caderneta de impressos de cheque, é sempre

precedida de uma convenção de cheque, e só deve se feito ao titular, após confirmação de todos os elementos constantes da ficha de assinatura.

A convenção de cheque pressupõe a existência de um depósito bancário, da relação de provisão e da própria disponibilização dos cheques que é feita pelo depositário a favor do depositante. O depósito torna-se um mero executante do contrato de cheque na medida em que, por via da convenção deve pagar ao beneficiário ou ao portador do cheque.

A convenção de cheque funda-se, por isso, na confiança recíproca das partes (banco e titular da provisão) na seriedade e correção que o banco pode esperar do titular da conta. De referir que ainda na prática bancária, não existe uma distinção nítida entre o contrato de depósito e a convenção de cheque. A ficha de abertura da conta conte elementos importantes da convenção do cheque tais como, identidade e assinatura dos titulares da conta, bem como a quantidade de cheques a requisitar (Waty, 2011, p. 174).

2. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Quanto ao método de pesquisa, a monografia fez-se o uso do método dedutivo, partindo de um estudo dos cheques no geral, e conseqüentemente procedeu-se o estudo específico do regime jurídico dos cheques à luz da legislação em vigor no ordenamento jurídico moçambicano.

Quanto ao procedimento metodológico o presente artigo recorreu à pesquisa documental. Para tal, recorreu-se a documentos legislativos tais como, (constituição da república de Moçambique e demais leis ordinárias).

A pesquisa documental possibilitou a cobertura total do nosso estudo. Fizemos a escolha da pesquisa documental, pois, é o tipo de pesquisa que mais se adequa aos nossos objectivos e nos permitiu encontrar os instrumentos necessários para a realização do trabalho.

Para a discussão dos resultados, a pesquisa privilegiou um olhar interpretativo (hermenêutico), visto que a pesquisa tem como objectivo geral analisar a eficácia de um regime jurídico.

3. ANÁLISE DE DADOS E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

3.1 Regime jurídico

O cheque é disciplinado pela Lei Uniforme Relativa ao Cheque (LUC), aprovada pela Convenção de Genebra, de 7 de Julho de 1930. Para além deste instrumento de direito internacional temos, entre nós, a Lei sobre Dignificação do Cheque e respectivo regulamento.

3.1.1 Elementos estruturais do cheque

Como título formal que o cheque imposta que ele contenha, sob pena de nulidade, os elementos constantes do art.º 1 da LUC, designadamente:

- a) Palavra cheque inscrita no texto do título, na língua aí empregada;
- b) Mandato, puro e simples de pagar a quantia;
- c) Nome do sacado;
- d) Assinatura do sacador.

Embora sejam essenciais, a omissão dos seguintes elementos não conduz a nulidade: Indicação do lugar de emissão; Indicação do lugar de pagamento. Sobre o requisito do mandato de pagar importa ter em consideração as regras dos artigos 7º e 9º da LUC. Com efeito, em caso de dúvidas sobre o montante válido, quando haja divergência em mais do que uma indicação, devem seguir-se como regra, que: vale a designada por extenso e a indicada por algarismos e vale a menor quantia, quando a indicação seja feita mais do que duas vezes e haja divergência. Quando o valor a pagar não seja determinado, a estipulação ausente no cheque será considerada inexistente, sem afectar porém a validade do cheque (Waty, 2011, p. 174).

3.2 Consequências da falta de elementos essenciais

Com recurso ao nº 1, do art.º 2 da LUC, conduzira a ausência, não de todos, a sua ineficácia como título executivo, porque nulo, na falta de elementos essenciais descritas acima. Tem porém, valor como título portador da obrigação – quirografo – impondo-se então, que pelo menos exista o nome do beneficiário.

No caso de cheque em branco, isto é, aquele em que falta algum dos requisitos essenciais, autorizando-se o credor para preencher, aplica-se o art.º 13 da LUC, que estabelece que o cheque incompleto no momento de ser passado tiver sido completado contrariamente aos acordos realizados, não pode a inobservância desses acordos ser motivo de oposição ao portador, salvo se este tiver adquirido o cheque de

má-fé, ou adquirindo-o, tenha cometido uma falta grave e, desse modo, ocorre o risco de não conseguir provar a excepção de preenchimento abusivo.

Quanto as assinaturas, está consignado o princípio da autonomia das declarações cambiárias de título formalmente valido, cujo objectivo é proteger a boa-fé do portador do cheque, assegurando as suas legítimas expectativas (Waty, 2011, p. 177).

3.3 Apresentação, prazo, lugar e revogação

Como ordem de pagamento a vista, é pago no dia da apresentação e não pode, por isso, ter o tratamento de um título de crédito, sendo errada a ideia de cheque garantia que se pretende conferir aos cheques pré-datados e pós ou post-datados. Após datação não conduziu a nulidade, apesar de ser clara a falta de um elemento essencial do cheque (art.º 1, nº 5 da LUC), por protecção da boa-fé dos eventuais portadores, nos termos do nº 2, do art.º 28. Os prazos para a apresentação do cheque, que contam a partir do dia indicado no cheque como data de emissão, são os indicados no art.º 29 da LUC, com a excepção do nº 2 do art.º 28 do mesmo dispositivo.

O lugar da apresentação é o lugar de pagamento ao qual equivalem as camaras de compensação. O cheque pode ser revogado, mas a revogação só produz os seus efeitos findo o prazo de apresentação, sendo ineficaz durante esse período, nos termos do art.º 32 da LUC. Convém notar que, por se tratar de uma ineficácia relativa, se o banco pagar, para bem, embora nada o obrigue a fazê-lo, isto é, o sacador pode como não há obedecer a ordem de revogação (Waty, 2011, p. 181-182).

3.4 Modalidades de pagamento

O cheque pode ser pago em numerário, por crédito em conta, por substituição, por outro cheque ou por compensação, por inteiro ou parceladamente, nos termos do art.º 34, nº 2 e 3 da LUC (Waty, 2011, p. 183-184).

3.5 Acção cambiária

Em caso de falta de pagamento pode recorrer-se a acção cambiária declarativa ou executiva, a acção causal ou a uma acção fundada no enriquecimento sem causa. Na acção cambiária, a causa de pedir é o cheque, título executivo que não carece de

reconhecimento notarial e procede-se de acordo com as regras dos artigos 52 e 53 do CPC (Waty, 2011, p. 183).

3.6 Cheque sem provisão

A emissão de um cheque pressupõe a existência de uma ordem de pagamento dada pelo titular de uma conta bancaria a instituição de crédito depositária de uma determinada importância para que esta pague ao portador legítimo do cheque a quantia nele estipulada. Assim sendo, a emissão de cheque sem provisão, constitui matéria de grande preocupação por parte das entidades publicas que tem o dever de fiscalizar o normal funcionamento da actividade bancaria e do publico em geral, na medida em que este facto conduz a uma situação de crescente desconfiança do publico na aceitação do cheque como meio de pagamento (Waty, 2011, p. 185).

Na maior dos casos a aceitação é condicionada através de certificação prévia feita pela instituição depositária, da existência do montante em causa (por via de cheque visado), pois caso contrário o cheque não é aceite, não obstante a proibição de fixação de anúncios que proíbam a aceitação do pagamento por meio do cheque (art.º 13 da Lei 5/98 de 15 de Junho). É neste contexto que surge a necessidade de se dignificar e promover a utilização do cheque como meio de pagamento, com recurso a criação de mecanismos que permitam regulamentar o seu funcionamento, por forma a intensificar-se cada vez mais o uso do cheque e incrementar no público a confiança na sua aceitação. Com o advento das novas tecnologias, o sistema bancário esta a desenvolver novos meios de pagamento.

A introdução dos serviços de compensação e pagamentos por via dos sistemas electrónicos e a aprovação da Lei do Cheque (5/98 de 15 de Junho), onde expressamente o legislador refere a necessidade de se promover o prestígio e dignidade do cheque como meio de pagamento, e do seu respectivo regulamento, por forma á que, o mesmo possa circular com desembaraço e com a desejável confiança, constituem, mediadas adoptadas pelas entidades publicas competentes com vista a responder a necessidade de valorização do uso do cheque (Waty, 2011, p. 186).

A relação de provisão é um elemento fundamental; a provisão equivale a existência de fundos colocados a disposição do titular da conta, pela instituição bancaria, tendo preexistido, um contrato de depósito entre o titular da conta e a instituição bancaria. Pode-se dizer, atendendo ao facto de o cheque ser pagável a vista (art.º 28 da LUC), considerando-se não escrita qualquer menção em contrário,

importar que a provisão exista no momento em o cheque deva ser apresentado para pagamento.

Não obstante a falta ou insuficiência de provisão estabelece a Lei do Cheque no seu art.º 8, nº 1, a obrigatoriedade de pagamento ao portador pelo banco sacado, de qualquer cheque de montante não superior a 250,00 MT. Esta medida não é aplicável quando a recusa de pagamento não seja fundada na falta ou insuficiência de provisão (Waty, 2011, p. 186).

A preocupação com tutela jurídica do cheque não é recente, como pode-se ver da análise a legislação existente (Waty, 2011, p. 187-188):

a) A LUC, já anteriormente referida, que encontra ainda em vigor, constitui um importante instrumento de fonte internacional, que regula esta matéria;

b) O Decreto- Lei 182/74, de 2 de Maio, cuja aprovação tinha como objecto intensificar o uso do cheque como meio de pagamento, e impedir a saída abusiva de fundos do sistema bancário. Estabelecia medidas punitivas para situações de não aceitação do cheque como meio de pagamento e agravava a pena de prisão para o crime de emissão de cheque sem provisão;

c) O Decreto 13004, de 12 de Janeiro de 1927, que tutelava a emissão, o pagamento e o uso do cheque;

d) Decreto-Lei 184/74, de 4 de Maio que visava colmatar situações anómalas que se verificavam com a aplicação do Decreto-Lei 182/74, de 2 de Maio, estipulando que a obrigatoriedade de aceitação de cheque como meio de pagamento limitava-se a cheque com valor superior a 500.000,00 MT;

e) Portaria 443/74, de 10 de Julho, que torna extensivos ao Estado de Moçambique, os Decretos-Lei 182/74 184/74 de 2 e 4 de Maio respectivamente. Esta portaria refere ainda a obrigatoriedade de aceitação de cheques com valor superior a 1.000.000.00MT, o dobro do valor fixado pelo Decreto-Lei 184/74, de 4 de Maio;

f) Aviso 23/GGBM/97, cria o serviço de Cadastro de Emitentes de Cheque sem Provisão, e aprova o respectivo regulamento. A finalidade deste cadastro é de proceder ao registo de todas as comunicações referentes a emissão de cheques sem provisão e/ou outras situações de uso indevido do cheque;

g) Lei 5/98, de 15 de Junho, a Lei do Cheque, através da norma revogatória do art.º 17, revoga o art.º 1 do Decreto-Lei 1/74 de 2 de Maio, relativamente as multas a aplicar em caso de não aceitação do cheque como meio de pagamento e as alterações

a este artigo introduzidas pelo Decreto-Lei 184/74 de 4 de Maio e Portaria 443/74 de 10 de Junho.

h) Aviso 8/GGBM/98, de 16 de Dezembro, que fixava as normas de regulamentação da Lei do Cheque, recentemente revogado através do aviso 01/GGBM/2003, de 26 de Fevereiro, e que visa aperfeiçoar a regulamentação da Lei 5/98 de 15 de Junho.

3.7 O crime de emissão de cheque sem provisão

O Decreto 13004 de 12 de Janeiro, estabelece que é considerada criminosa a emissão de um cheque que, apresentado a pagamento, no competente prazo do art.º 12 do presente Decreto com força de lei, não for integralmente pago por falta de provisão. O art.º 24 do mesmo dispositivo, estabelece que ao sacador de um cheque cujo não pagamento por falta de provisão, tiver sido verificado nos termos e prazos previstos no art.º 21 do Decreto com força de Lei, será aplicada a pedido do portador do cheque, a pena de 6 meses a 2 anos de prisão correccional.

O parágrafo único refere que a aplicação da pena acima referida, não isenta o sacador do cheque da responsabilidade civil, ou de qualquer outra em que por disposição especial, possa incorrer. Estes artigos encontram-se parcialmente revogados por força do art.º 17, alínea b) da Lei 5/98, de 15 de Junho, naquilo que não contrarie a mesma. No que diz respeito apenas aplicável esta vai de 2 a 8 anos de prisão maior, nos termos do Decreto-Lei 182/74, de 2 de Maio. Quanto a iniciativa processual estamos perante um crime particular que depende de queixa do ofendido, que neste caso é o portador do cheque.

A doutrina dominante considera a existência de 3 elementos constitutivos na verificação deste crime, nomeadamente: a) a emissão do cheque; b) a falta ou insuficiência da provisão; c) o dolo genérico que se traduz no conhecimento da falta ou insuficiência de provisão e na vontade de emissão do cheque sabendo que tal facto é punido (Waty, 2011, p. 196).

3.8 Figuras equiparadas ao crime de cheque sem provisão

A Lei 5/98, de 15 de Junho, estabelece no capítulo III, referente ao regime penal do cheque, art.º 11, a figura do crime equiparado ao de emissão do cheque sem provisão. Incorre igualmente nas penas do crime de emissão do cheque sem provisão, quem: proibir ao banco sacado dentro do prazo para apresentação a pagamento

indicado pela LUC, o pagamento de cheque emitido e entregue sem que haja relevante razão de direito; e aquele que endossar cheque que recebeu, conhecendo da falta de provisão. Todavia, o legislador não se limitou a equiparação das condutas acima referidas ao crime de emissão de cheque sem provisão como também instituiu penas acessórias para os infractores (Waty, 2011, p. 196).

Refere o art.º 12 da Lei do cheque, que a quem for condenado nos termos do art.º 11 da mesma Lei, poderá o tribunal aplicar as penas acessórias abaixo mencionadas, nos prazos e termos previstos no mesmo artigo: a) interdição temporária do uso do cheque; b) publicidade da decisão condenatória. Incorre no crime de desobediência, aquele que tendo sido por sentença judicial, temporariamente interdito do uso do cheque, e tendo-lhe sido comunicado o dever de devolver a todos os bancos os cheques em seu poder ou de seus mandatários, assim não proceda. Incorre ainda no crime de desobediência qualificada, aquele que no decurso da interdição declarada na sentença emita cheques (Waty, 2011, p. 196).

3.9 Responsabilidade Civil e Criminal pela emissão de cheques sem Provisão

Importa verificar que meios processuais é que estão disponibilizados ao portador do cheque que este faça valer os seus direitos. O portador do cheque pode recorrer a dois meios: acção cível e a acção penal.

O portador pode exercer o seu direito de acção contra o sacador e outras pessoas obrigadas pelo cheque, se o cheque for apresentado para pagamento dentro do prazo estipulado no art.º 29 da LUC, os prazos poderão ser prorrogados em caso de força maior, verificados os procedimentos estatuídos no art.º 48 da LUC. Caso o portador opte pela acção penal, devesse ter em conta o art.º 30, paragrafo 1º e 20, do CPP, segundo o qual, uma vez proposta a acção cível, só poderá ser proposta acção penal caso o processo penal esteja parado por mais de seis meses, o processo tenha sido arquivado ou o réu tenha sido absolvido (Waty, 2011, p. 197).

Optando pela acção cível, devesse atender as disposições do art.º 51 do CPC, que estabelece os requisitos que o cheque deve reunir para que seja considerado como título executivo.

O portador poderá ainda recorrer ao meio de acção previsto no art.º 40 da LUC, pedindo a condenação do réu no pagamento do valor do cheque, o pagamento de juros a uma taxa de 6%, a contar da data de apresentação, e demais despesas incorridas nos termos do art.º 45 da LUC. Outras acções poderão ser intentadas caso

haja impossibilidade de se recorrer as acções acima referidas, nomeadamente a do crime de burla por defraudação, art.º 451 do CP, e do enriquecimento sem causa, art.º 473 do CC (Waty, 2011, p. 198).

3.10 O pagamento como causa extintiva da responsabilidade penal

A Lei nº 5/98 de 15 de Junho, estabelece no seu artigo 11, nº 2, que a responsabilidade pelo crime de emissão do cheque sem provisão, extingue-se pelo pagamento, efectuado ate cinco dias apos o interrogatório do arguido em processo penal. O pagamento devera ser feito atendendo aos demais requisitos legais fixados no art.º ora referido (Waty, 2011, p. 198).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa, permite nos chegar a indubitável conclusão que o regime jurídico do cheque é dotado de normas eficazes e que protegem os interesses dos usuários dos cheques.

Portanto, as normas relativas aos apresentação, prazos e revogação dos cheques, permitem um uso seguro deste meio de pagamento.

A possibilidade de responsabilização civil e bancaria pela emissão do cheque sem provisão, tornam ainda mais o cheque como um dos títulos de crédito mais seguros e eficazes para as transações bancarias.

Entendemos que a convenção de cheque é o contrato que permite a movimentação da conta de depósitos através de cheque. O cheque deve ser emitido sobre fundos disponíveis na conta de depósitos, observando os requisitos de preenchimento enunciados e desenvolvidos ao longo do trabalho.

O bom uso do cheque existe quando se verifica o pagamento ao beneficiário da quantia nela indicada. A utilização indevida do cheque pode ter como consequência a restrição. Regra geral, quando um cheque é apresentado ao Banco, esta instituição de crédito deve proceder ao seu pagamento, debitando da conta do sacador (aquele que dá a ordem de pagamento) a respectiva quantia.



REFERÊNCIAS

Legislação

MOÇAMBIQUE. (1998, 15 de Junho). **Lei n.º 5/98, de 15 de Junho**: Lei do Cheque (I Série, n.º 23). Boletim da República.

Manuais

CORDEIRO, António M. (2001). **Manual de Direito Bancário** (2ª ed.). Almedina.

ISSÁ, Abdul C., Changa, A. D., & Amaral, Aires J., et al. (1999). **Temas de Direito Bancário**. Maputo.

PRATA, Ana. (2008). **Dicionário Jurídico** (Vol. I, 5ª ed.). Almedina Editora.

WATY, Teodoro A. (2011). **Direito Bancário**. Maputo.

CONFAZ E CONSELHO GESTOR: UMA ANÁLISE COMPARATIVA NO CONTEXTO DA REFORMA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA

CONFAZ AND THE IBS MANAGING COUNCIL: A COMPARATIVE ANALYSIS IN THE CONTEXT OF BRAZILIAN TAX REFORM

Fernanda Mendes Zenatti¹

Viviane Lazzeres Novatzki²

Adriane Garcel Chueire Calixto³

Resumo: O presente artigo analisa os aspectos institucionais e as competências do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) e do recém-criado Conselho Federativo, no contexto da transição para o novo regime tributário brasileiro, especialmente com a implementação da CBS e do IBS. A investigação destaca a relevância do CONFAZ na coordenação das políticas fiscais estaduais e as mudanças significativas que o Conselho Federativo trará, sobretudo no que tange à centralização da arrecadação e distribuição de receitas. A partir de uma abordagem normativa e institucional, o estudo compara os modelos de governança, discute as implicações federativas da substituição parcial do CONFAZ e levanta questionamentos sobre a efetividade do novo arranjo na preservação da autonomia dos entes subnacionais. Conclui-se que a transição demandará mecanismos robustos de cooperação federativa e ajustes legais para garantir equilíbrio e legitimidade na nova estrutura de governança tributária.

Palavras-chave: CONFAZ; Conselho Federativo; Reforma Tributária; Federalismo Fiscal; Governança.

Abstract: This article analyzes the institutional aspects and competencies of the National Council for Fiscal Policy (CONFAZ) and the newly established Federative Council within the transition to the new Brazilian tax regime, particularly with the implementation of CBS and IBS. The study highlights the relevance of CONFAZ in coordinating state fiscal policies and the significant changes introduced by the

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade Pan Americana de Administração e Direito. Atua como consultora tributária na LacLaw – Consultoria Tributária. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/6735511839540403> ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-2213-7210>.

² Doutoranda pela UNICURITIBA em Direito Empresarial e Cidadania, Mestre em Cultura Jurídica: Segurança, Justiça e Direito com dupla certificação pela Universidade de Girona da Espanha e pela Universidade de Gênova da Itália, revalidado pela Universidade Estadual de Londrina. Possui graduação em Direito Processual Tributário Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e pela Escola do Ministério Público do Paraná (Fempar). Professora da Faculdade Pan Americana de Administração e Direito e advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2355061236548637>; ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-5503-4833>;

³ Doutoranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania – UNICURITIBA. Pós-Graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Pós-graduada em Direito do Trabalho, Processual do Trabalho e Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA em parceria com o UNIBRASIL. Pós-graduada em Ministério Público – Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná – FEMPAR em parceria com a Universidade Positivo. Assessora Jurídica da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3684019694966209>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br



Federative Council, especially regarding the centralization of revenue collection and distribution. Through a normative and institutional approach, it compares governance models, discusses the federal implications of the partial replacement of CONFAZ, and raises questions about the effectiveness of the new arrangement in preserving subnational autonomy. The article concludes that the transition will require robust mechanisms of federal cooperation and legal adjustments to ensure balance and legitimacy in the new tax governance structure.

Keywords: CONFAZ; Federative Council; Tax Reform; Fiscal Federalism; Governance.

1. INTRODUÇÃO

O federalismo fiscal brasileiro tem sido, nas últimas décadas, palco de intensos debates e sucessivas tentativas de reforma, impulsionadas por sua reconhecida complexidade, ineficiência e fragmentação normativa. A autonomia tributária dos entes federados, garantida pela Constituição, convive com a necessidade de coordenação intergovernamental em um cenário marcado por profundas desigualdades regionais, disputas por bases arrecadatórias e ausência de mecanismos eficazes de governança cooperativa.

Nesse contexto, a criação do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), instituído pela Lei Complementar nº 24/1975, representou uma tentativa pioneira de institucionalizar o diálogo entre os estados e o Distrito Federal quanto à concessão de benefícios fiscais relacionados ao ICMS. No entanto, o modelo adotado revelou-se progressivamente disfuncional, sobretudo devido à exigência de unanimidade nas deliberações, o que inviabilizou decisões conjuntas em temas sensíveis e incentivou práticas unilaterais, agravando a chamada "guerra fiscal". A falta de mecanismos de controle social, a opacidade dos processos decisórios e a limitada capacidade coercitiva também comprometeram sua legitimidade e eficácia.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 132/2023, o sistema tributário brasileiro entra em uma nova fase. A substituição do ICMS e do ISS pelo Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) representa um marco na política fiscal nacional, ao propor a unificação da tributação sobre o consumo e instituir um novo órgão de coordenação: o Conselho Gestor do IBS. Essa autarquia de caráter nacional, com competências amplas e composição federativa paritária, inaugura uma estrutura inovadora, voltada à condução da transição para o novo modelo tributário e à preservação dos princípios constitucionais da autonomia, cooperação e equidade entre os entes federativos.

O presente artigo propõe uma análise crítica e comparativa entre o CONFAZ e o Conselho Gestor do IBS, buscando identificar continuidades, rupturas, avanços e desafios no desenho da governança tributária no federalismo brasileiro. Partindo do reconhecimento das limitações históricas do CONFAZ — em especial sua rigidez procedimental, ausência de mecanismos eficazes de transparência, controle e coerção —, o estudo examina as inovações trazidas pelo novo conselho, que conta com autonomia administrativa, técnica e financeira, além de uma composição mais representativa dos entes subnacionais.

Para tanto, adota-se uma metodologia qualitativa, com base em revisão bibliográfica, análise documental da legislação histórica e recente (como a EC nº 132/2023 e o Projeto de Lei Complementar nº 39/2024), além de dados de institutos especializados e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A técnica de análise comparativa é aplicada para avaliar os impactos institucionais de cada modelo de governança, considerando suas implicações para a eficácia da coordenação intergovernamental e a preservação da autonomia federativa.

A pergunta norteadora da pesquisa é: em que medida os modelos institucionais do CONFAZ e do Conselho Gestor do IBS afetam a governança fiscal federativa, a eficácia da coordenação intergovernamental e a implementação de políticas tributárias harmonizadas no Brasil? A resposta a essa questão é essencial para compreender os riscos e as oportunidades da nova arquitetura tributária no país.

Assim, o artigo visa contribuir para a compreensão crítica da evolução da governança tributária intergovernamental no Brasil, oferecendo subsídios teóricos e práticos ao debate sobre federalismo fiscal, cooperação institucional e justiça tributária. A consolidação do Conselho Gestor do IBS como instrumento eficaz de coordenação fiscal será, portanto, decisiva para a efetividade da Reforma Tributária e para o fortalecimento do pacto federativo no país.

2. O CONFAZ E SUAS FUNÇÕES

O Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) foi instituído pela Lei Complementar nº 24/1975, com o objetivo de harmonizar as regras do ICMS e evitar a migração de investimentos entre os estados — fenômeno conhecido como "guerra

fiscal"⁴ — caracterizado pela concessão desordenada de isenções e benefícios fiscais com o intuito de atrair empresas. Esse contexto de competição predatória surgiu após a criação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM) em 1965, posteriormente substituído pelo ICMS, quando a ausência de normas uniformes levou os estados a adotarem políticas fiscais divergentes. O CONFAZ foi concebido como um fórum de deliberação entre os Estados e o Distrito Federal, sob a presidência do Ministro da Fazenda, com o intuito de coordenar a concessão de benefícios fiscais e isenções relativas ao ICMS⁵. A criação do órgão visava, portanto, enfrentar os efeitos nocivos da guerra fiscal, que resultava na perda de arrecadação para estados mais ricos e no comprometimento da sustentabilidade fiscal para os demais, em um cenário de crescente competição predatória por investimentos⁶.

Essa disputa, conhecida como "guerra fiscal", caracterizava-se pela concessão desordenada de benefícios fiscais, como isenções e reduções de alíquotas, para atrair empresas. Como consequência, Estados mais ricos acabavam com uma redução de receita, enquanto outros ofereciam incentivos insustentáveis, comprometendo o equilíbrio federativo². Tal conduta também viola o princípio constitucional tributário da uniformidade geográfica (art. 151, I da Constituição Federal de 1988). Conforme destacam Amaral Jr. e Guimarães, a guerra fiscal produz "externalidades negativas", distorcendo a alocação de recursos e aumentando os custos administrativos.

O CONFAZ surgiu, portanto, como um mecanismo de coordenação intergovernamental, visando: harmonizar as regras do ICMS entre os Estados, evitando distorções econômicas (art. 1º da LC nº 24/75); controlar a concessão de benefícios fiscais, exigindo aprovação conjunta por meio de convênios (art. 155, §2º, XII, "g", da CF/88); reduzir a migração de investimentos induzida por incentivos tributários desalinhados⁷.

Apesar de sua criação durante o regime militar (1964–1985), o CONFAZ foi mantido pela Constituição de 1988, que reconheceu sua importância para a

⁴ MEIRA JUNIOR, José Julberto; KULITCH, Jair; REBICK, Rafael Antonio. (2018). O CONFAZ E A EDIÇÃO DE CONVÊNIOS NO ÂMBITO DO ICMS: limites à legalidade e à constitucionalidade. *International Journal of Professional Business Review*, v. 3, n. 1, p. 47.

⁵ CAVALCANTE, Denise Lucena; PACOBAHYBA, Fernanda Mara de Oliveira Macedo. (2015). Considerações preliminares acerca do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ): o Convênio ICMS nº 70/2014 como um sem sentido deontológico. *Fortaleza*, v. 12, n. 2, p. 86-103.

⁶ AMARAL JR., José Levi Mello do; GUIMARÃES, Ariane. (2016). Deficiências democráticas no CONFAZ. *Revista Brasileira de Direito*, v. 12, n. 2, p. 201-203.

⁷ AMARAL JR., José Levi Mello do; GUIMARÃES, Ariane. (2016). Deficiências democráticas no CONFAZ. *Revista Brasileira de Direito*, v. 12, n. 2, p. 195.

estabilidade fiscal e a cooperação federativa (art. 155, §2º, XII, "g"). Atualmente ele mantém como principal função a concessão de benefícios e isenções com representação dos Estados da federação por meio de deliberação conjunta⁸.

No entanto, sua estrutura e regras de funcionamento apresentaram limitações significativas ao longo do tempo, como a exigência de unanimidade para aprovação de convênios, que paralisava decisões, e a ausência de representação democrática da sociedade civil ou do legislativo⁹.

A estrutura do CONFAZ é composta pelos Secretários de Fazenda dos Estados e do Distrito Federal, sob a presidência do Ministro da Fazenda, com a participação, ainda que sem direito a voto, de representantes da Receita Federal, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e do Tesouro Nacional. O CONFAZ é um órgão colegiado vinculado ao Ministério da Fazenda, com a seguinte estrutura:

Figura 1



Fonte: As autoras, 2026.

As decisões, em matéria de concessão de incentivos fiscais, exigem a unanimidade dos membros presentes, um requisito que, embora tenha buscado conferir legitimidade federativa às deliberações, acabou por paralisar o processo decisório e fomentar práticas unilaterais por parte dos estados¹⁰. O processo decisório no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) é regulado pela Lei Complementar nº 24/1975, que exige a unanimidade dos representantes estaduais presentes para a aprovação de benefícios fiscais. Já a revogação desses incentivos

⁸ Conforme disposto nos artigos 2º da Lei Complementar nº 24/1975.

⁹ AMARAL JR., José Levi Mello do; GUIMARÃES, Ariane. (2016). Deficiências democráticas no CONFAZ. Revista Brasileira de Direito, v. 12, n. 2, p. 198.

¹⁰ PRADO, Sérgio; CAVALCANTI, Carlos Eduardo G. (2000). A guerra fiscal no Brasil. São Paulo: Fundap; Fapesp; Brasília: Ipea. p. 43-46 (Série Federalismo no Brasil).

depende da aprovação por quatro quintos dos membros, e as reuniões deliberativas exigem o quórum mínimo da maioria absoluta dos estados.

Contudo, esse modelo tem sido alvo de severas críticas. Uma das principais é a chamada “paralisia decisória”, decorrente da exigência de unanimidade, que dificulta a aprovação de medidas coordenadas entre os entes federados. Como resultado, muitos estados passaram a conceder benefícios de forma unilateral, agravando o cenário conhecido como “guerra fiscal”¹¹.

Diversas análises indicam que o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), não obstante sua importância institucional, tem operado predominantemente como um espaço de concertação política entre os entes federativos, em detrimento de sua função técnica de coordenação efetiva da política tributária. Afonso ressalta que a rigidez da exigência de unanimidade e a ausência de mecanismos de sanção efetivos têm comprometido a efetividade do órgão¹². Ademais, decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), como no Rext. 574.706, reconhecem a ilegalidade de benefícios fiscais não aprovados pelo CONFAZ. Ainda assim, a prática persiste, evidenciando a fragilidade do órgão em exercer coerção ou impor conformidade normativa¹³.

Além disso, há críticas à assimetria de poder entre os entes federativos, já que Estados economicamente mais fortes tendem a impor suas agendas em detrimento dos menos desenvolvidos. Soma-se a essa desigualdade a ausência de transparência e de representação democrática nas deliberações do CONFAZ, cujas reuniões são fechadas ao público e não contam com a participação direta do poder legislativo ou da sociedade civil, o que compromete o controle democrático. Segundo pesquisa do IBPT (2022) aponta que cerca de 87% dos benefícios fiscais são concedidos sem debate público¹⁴.

¹¹ CAVALCANTE, D. L.; PACOBAHYBA, F. M. de O. M. (2015). Considerações preliminares acerca do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ): o Convênio ICMS nº 70/2014 como um sem sentido deontológico. Fortaleza, v. 12, n. 2, p. 86-103.

¹² AFONSO, J. R. (2013) ICMS: diagnóstico e perspectivas. In: REZENDE, Fernando (Org.). O federalismo brasileiro em seu labirinto: crise e necessidade de reformas. Rio de Janeiro: FGV, p. 214.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no RE nº 574.706, Relator Min. Cármen Lúcia. julgado 24/04/2008, DJ 16-05-2008

¹⁴ Segundo análises do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT (2022), a maior parte dos benefícios fiscais concedidos no Brasil ocorre sem participação pública ou controle democrático efetivo. Embora algumas reportagens cite que 87% dos benefícios são aprovados sem transparência, esse dado específico não consta de forma direta nos relatórios públicos disponíveis no site oficial da entidade.

Com a proposta de reforma tributária que institui o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), parte das competências atualmente atribuídas ao CONFAZ poderá ser transferida a um Comitê Gestor com participação de entes municipais, o que tende a reduzir ainda mais a centralidade do Conselho na coordenação da política fiscal interestadual¹⁵. Dessa forma, as deficiências estruturais e operacionais do Conselho Fazendário — entre elas a regra da unanimidade, a falta de sanções, a ausência de legitimidade democrática e a limitação de sua capacidade coercitiva — minaram sua eficácia enquanto órgão de cooperação federativa no campo tributário.

3. O CONSELHO GESTOR DO IBS

A reforma tributária brasileira, materializada na Emenda Constitucional 132/2023, instituiu o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) como substituto do ICMS e ISS, marcando uma transformação radical no sistema tributário nacional. Neste contexto, o Conselho Gestor do IBS emerge como "uma autarquia nacional absolutamente *sui generis* e sem precedentes no ordenamento jurídico brasileiro"¹⁶ destinada a operacionalizar o novo modelo de tributação do consumo.

O Conselho Gestor do IBS foi concebido como uma autarquia especial de natureza nacional, distinta tanto das autarquias federais quanto das entidades estaduais ou municipais. Sua peculiaridade reside no fato de que "da mesma forma que o IBS não consiste em um imposto federal, estadual ou municipal, o Conselho também não pode ser considerado como entidade unicamente da União, dos estados ou dos municípios"¹⁷.

Esta configuração híbrida busca equilibrar os interesses dos diversos entes federativos, conforme estabelecido no art. 156-B da Constituição Federal (após EC 132/2023)¹⁸, que prevê o exercício integrado de competências administrativas pelos

IBPT – Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação. Transparência Fiscal no Brasil: Concessão de Benefícios sem Controle. Relatório mencionado em reportagens do Valor Econômico e Congresso em Foco, 2022. Disponível em: <https://www.ibpt.org.br>. Acesso em: 16 mai. de 2025.

¹⁵ CAVALCANTE, Denise Lucena; PACOBAHYBA, Fernanda Mara de Oliveira Macedo. (2015). Considerações preliminares acerca do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ): o Convênio ICMS nº 70/2014 como um sem sentido deontico. Fortaleza, v. 12, n. 2. p. 101.

¹⁶ YAMAMOTO, F. B. P.; FRATINI, D. E. M. F. (2021). A Representatividade e as Atribuições do Comitê Gestor no Novo Modelo do IBS Nacional Proposto pela Reforma Tributária. Revista de Direito Público, v. 93.

¹⁷ YAMAMOTO, F. B. P.; FRATINI, D. E. M. F. (2021). A Representatividade e as Atribuições do Comitê Gestor no Novo Modelo do IBS Nacional Proposto pela Reforma Tributária. Revista de Direito Público, v. 93.

¹⁸ Art. 156-B. O Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) será administrado por Conselho Gestor nacional, composto por representantes dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com as seguintes

Estados, Distrito Federal e municípios por meio do Conselho Gestor. Trata-se, portanto, de uma entidade de cooperação federativa, nos moldes do que Cavalcante e Oliveira denominam "instrumento de governança multinível"¹⁹.

A composição do Conselho Gestor reflete o delicado equilíbrio federativo pretendido pela reforma. Conforme a PEC 45/2019, o órgão seria integrado por 49 membros: 27 representantes dos estados (um por unidade federada), 10 da União e 12 dos municípios. Já a versão final da EC 132/2023 estabeleceu 54 membros - 27 representantes estaduais (incluindo o DF) e 27 municipais (14 escolhidos igualitariamente entre municípios e 13 por critério populacional).

Figura 2



Fonte: As autoras, 2026.

A estrutura formada tem sido alvo de críticas. Para Diniz e Nabhan, "como cidades tão diferentes podem ter o mesmo peso?"²⁰, questionando a representação municipal. De fato, o desafio de representar 5.570 municípios em apenas 27 cadeiras

atribuições: I - editar regulamento único e uniformizar a interpretação e a aplicação da legislação do imposto; II - arrecadar o IBS, efetuar as compensações e distribuir o produto da arrecadação entre Estados, Distrito Federal e Municípios; III - decidir o contencioso administrativo; IV - estabelecer critérios de rateio da receita, observados os princípios da não-cumulatividade e da seletividade; V - promover a integração dos sistemas tributários estaduais e municipais. § 1º O Conselho Gestor terá autonomia técnica, administrativa e financeira, e sua organização será definida em lei complementar. § 2º A participação dos entes federados no Conselho observará critérios de proporcionalidade e equidade, assegurada a representação de todos os Estados e do Distrito Federal, bem como dos Municípios, respeitada a diversidade regional. § 3º As deliberações do Conselho Gestor serão tomadas por maioria qualificada, nos termos da lei complementar.

¹⁹ CAVALCANTE, A. F.; OLIVEIRA, V. J. (2024). O Pacto Federativo e a Reforma Tributária. *Revista de Administração Pública*, v. 13, n. 2.

²⁰ DINIZ, E. G.; NABHAN, F. A. R. F. (2024). Reforma Tributária: Uma Análise do IBS Como Forma de Substituição ao ICMS e ao ISS. *Revista Jurídica IESMA*. p. 10.

é consideravelmente complexo, especialmente diante das disparidades regionais. Como observa Yamamoto: "Há um risco de grandes cidades ocuparem um posto representativo [...] sem se obter representatividade das pequenas cidades do país".

O Conselho Gestor foi dotado de autonomia técnica, administrativa e financeira, essencial para seu funcionamento independente. Conforme estabelece o Projeto de Lei Complementar – PLP 39/24, o órgão terá competência para:

- I - editar regulamento único e uniformizar a interpretação e a aplicação da legislação do imposto;
- II - arrecadar o IBS, efetuar as compensações e distribuir o produto da arrecadação entre Estados, Distrito Federal e Municípios; e
- III - decidir o contencioso administrativo".

Esta ampla autonomia operacional contrasta, porém, com a dependência de leis complementares para sua plena regulamentação, criando um período de incerteza institucional. Uma das funções primordiais do Conselho Gestor é a arrecadação centralizada do IBS e sua posterior distribuição aos entes federativos. Como destacam Yamamoto e Fratini, essa centralização justifica-se pela necessidade de operacionalizar mecanismos de compensação durante o período de transição (50 anos), mitigando perdas de receita para alguns entes decorrentes da mudança do princípio de origem para o de destino²¹. O modelo adotado assemelha-se a um "sistema de vasos comunicantes"²², onde o Conselho Gestor atua como operador central de um fundo nacional do IBS, garantindo que: "nos primeiros vinte anos [...] nenhum estado e nenhum município terá uma redução do valor real de sua receita em decorrência da mudança do sistema tributário"²³.

3.1 Atualização normativa: instituição do Comitê Gestor pela Lei Complementar nº 227/2026

A lacuna normativa então identificada foi supervenientemente suprida com a promulgação da Lei Complementar nº 227, de 13 de janeiro de 2026, que instituiu

²¹ YAMAMOTO, F. B. P.; FRATINI, D. E. M. F. (2021). A Representatividade e as Atribuições do Comitê Gestor no Novo Modelo do IBS Nacional Proposto pela Reforma Tributária. Revista de Direito Público, v. 93.

²² FLORÊNCIO, P. H. P. (2021). O Novo IBS Como Alternativa à Guerra Fiscal do ICMS: Um Estudo das Soluções e do Risco de Violação ao Pacto Federativo. Revista de Direito Tributário, v. 93. p. 13.

²³ YAMAMOTO, F. B. P.; FRATINI, D. E. M. F. (2021). A Representatividade e as Atribuições do Comitê Gestor no Novo Modelo do IBS Nacional Proposto pela Reforma Tributária. Revista de Direito Público, v. 93. p. 8

formalmente o Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços (CGIBS), conferindo-lhe estrutura jurídica própria, competências operacionais detalhadas e regime de autonomia técnica, administrativa, orçamentária e financeira. A legislação complementar densificou o desenho constitucional previsto na Emenda Constitucional nº 132/2023, consolidando o Conselho Gestor como entidade pública de caráter nacional, responsável pela administração integrada do IBS pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, sem vinculação hierárquica exclusiva a qualquer esfera federativa.²⁴

A lei complementar também explicitou as atribuições centrais do Comitê Gestor, entre as quais se destacam a edição do regulamento único do imposto, a arrecadação centralizada, a realização de compensações e retenções, a distribuição do produto da arrecadação entre os entes federativos e a decisão do contencioso administrativo do IBS, o que reforça seu papel como núcleo operativo do novo modelo de governança tributária cooperativa.²⁵

Nesse sentido, a positivação legislativa do Comitê Gestor confirma, em plano normativo, a hipótese de sua natureza institucional híbrida e cooperativa, anteriormente delineada pela doutrina, ao consolidar um modelo de federalismo fiscal coordenado, no qual a titularidade das receitas permanece federativa, mas a administração do tributo passa a ocorrer de forma centralizada e integrada.

O Conselho Gestor foi investido de função arbitral para dirimir conflitos entre os entes federados sobre a distribuição de receitas. Esta atribuição decorre de sua natureza horizontal e nacional, permitindo que atue como mediador imparcial nas

²⁴ Art. 1º É instituído o Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços (CGIBS), entidade pública com caráter técnico e operacional sob regime especial, com sede e foro no Distrito Federal, dotado de independência técnica, administrativa, orçamentária e financeira, relativamente à competência compartilhada para administrar o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), de que trata o art. 156-A da Constituição Federal.

Parágrafo único. O CGIBS, nos termos da Constituição Federal e desta Lei Complementar:

I - definirá as diretrizes e coordenará a atuação, de forma integrada, das administrações tributárias e das Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observadas as respectivas competências; e

II - terá sua atuação caracterizada pela ausência de vinculação, tutela ou subordinação hierárquica a qualquer órgão da administração pública.

²⁵ Art. 2º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, de forma integrada, exclusivamente por meio do CGIBS, as seguintes competências administrativas relativas ao IBS:

I - editar regulamento único e uniformizar a interpretação e a aplicação da legislação do imposto;

II - arrecadar o imposto, efetuar as compensações, realizar as retenções previstas na legislação específica e distribuir o produto da arrecadação aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; e III

- decidir o contencioso administrativo.

controvérsias intergovernamentais. Como observam Yamamoto e Fratini²⁶: "A arbitragem no âmbito do Comitê Gestor para dirimir conflitos entre os entes federados [...] consiste na via mais adequada de resolução de controvérsias, diante do caráter eminentemente técnico dos critérios de distribuição de receitas."

Talvez a competência mais sensível do Conselho Gestor seja seu poder regulamentar. A EC 132/2023 estabelece que a regulamentação do IBS será única e caberá ao Conselho Gestor, nos limites da lei complementar nacional. Esta centralização normativa visa combater a fragmentação legislativa e as guerras fiscais, mas suscita debates sobre autonomia federativa.

Como alerta Cavalcante, a reforma "retirou da competência dos Estados e Municípios a autonomia dada pela atual Constituição, para administrar, legislar e arrecadar o único imposto que lhes cabe sobre a produção, a circulação e o comércio de bens e serviços."²⁷ O Conselho Gestor terá a incumbência de parametrizar e coordenar as atividades das administrações tributárias estaduais e municipais, promovendo a integração de sistemas e a uniformização de procedimentos. Conforme a PEC 110/2019, prevê-se inclusive a criação de uma Escola Nacional de Administração Tributária sob sua coordenação²⁸. Esta função é crucial para garantir que "as práticas administrativas sejam uniformes e nacionais"²⁹, evitando distorções na aplicação do IBS.

O modelo de representação no Conselho Gestor previsto na reforma tributária apresenta fragilidades significativas, especialmente no que diz respeito à inclusão dos municípios. Diniz e Nabhan destacam a dificuldade de assegurar uma representação equitativa diante da grande disparidade populacional entre os municípios brasileiros, que variam de pequenas cidades com menos de mil habitantes a metrópoles com mais de 12 milhões³⁰. Para mitigar essas distorções, sugerem-se medidas como a adoção

²⁶ YAMAMOTO, F. B. P.; FRATINI, D. E. M. F. (2021). A Representatividade e as Atribuições do Comitê Gestor no Novo Modelo do IBS Nacional Proposto pela Reforma Tributária. *Revista de Direito Público*, v. 93, p. 10.

²⁷ CAVALCANTE, A. F.; OLIVEIRA, V. J. (2024). O Pacto Federativo e a Reforma Tributária. *Revista de Administração Pública*, v. 13, n. 2, p. 6.

²⁸ YAMAMOTO, F. B. P.; FRATINI, D. E. M. F. (2021). A Representatividade e as Atribuições do Comitê Gestor no Novo Modelo do IBS Nacional Proposto pela Reforma Tributária. *Revista de Direito Público*, v. 93, p. 11.

²⁹ YAMAMOTO, F. B. P.; FRATINI, D. E. M. F. (2021). A Representatividade e as Atribuições do Comitê Gestor no Novo Modelo do IBS Nacional Proposto pela Reforma Tributária. *Revista de Direito Público*, v. 93, p. 12.

³⁰ DINIZ, E. G.; NABHAN, F. A. R. F. (2024). Reforma Tributária: Uma Análise do IBS Como Forma de Substituição ao ICMS e ao ISS. *Revista Jurídica IESMA*. p. 10.

de um sistema de rodízio regional para os representantes municipais, a criação de câmaras técnicas regionais com função consultiva e o estabelecimento de mecanismos de participação digital, garantindo que os municípios não diretamente representados também possam influenciar as decisões do Conselho³¹.

Outro ponto crítico reside na concentração de competências no âmbito do Conselho Gestor, o que pode violar o princípio federativo consagrado na Constituição. Como argumenta Cavalcante seria necessário alterar a Emenda Constitucional nº 132/2023 para assegurar que os estados preservem determinadas atribuições administrativas, como a edição de regulamentos complementares sobre aspectos tributários locais, respeitando suas especificidades regionais³².

A transição para o novo modelo também impõe desafios práticos consideráveis. Entre eles, destacam-se a integração de sistemas tributários heterogêneos, a necessidade de capacitação dos agentes públicos nas novas regras e procedimentos, além do risco de judicialização durante o período de adaptação institucional. Para enfrentar esses obstáculos, propõe-se a implementação de um plano faseado, com projetos-piloto em diferentes regiões e um processo de monitoramento contínuo dos impactos operacionais e jurídicos³³.

Por fim, para fortalecer a legitimidade democrática do Conselho Gestor e garantir maior controle social, recomenda-se a realização periódica de audiências públicas, a criação de um portal unificado de transparência com dados em tempo real e a inclusão de entidades da sociedade civil como observadoras nas reuniões deliberativas. Tais medidas visam ampliar a representatividade, a *accountability* e a confiabilidade institucional do novo modelo de governança tributária³⁴.

O Conselho Gestor do IBS representa uma inovação institucional ousada no federalismo tributário brasileiro, com potencial para superar as distorções do atual sistema. Contudo, seu desenho atual apresenta fragilidades na representação municipal, riscos de excessiva centralização e desafios operacionais complexos.

³¹ TAPIAS, C. A.; MARINHO, A. (2024). O Contencioso Administrativo no Comitê Gestor do IBS. In: VASQUES, A. C. B.; TAPIAS, C. A.; FACHINELLO, F. (Coord). São Paulo, SP: NSM Editora / Mulheres no Tributário. p 122-123.

³² CAVALCANTE, A. F.; OLIVEIRA, V. J. (2024). O Pacto Federativo e a Reforma Tributária. Revista de Administração Pública, v. 13, n. 2. p. 13.

³³ YAMAMOTO, F. B. P.; FRATINI, D. E. M. F. (2021). A Representatividade e as Atribuições do Comitê Gestor no Novo Modelo do IBS Nacional Proposto pela Reforma Tributária. Revista de Direito Público, v. 93. p. 11

³⁴ FLORÊNCIO, P. H. P. (2021). O Novo IBS Como Alternativa à Guerra Fiscal do ICMS: Um Estudo das Soluções e do Risco de Violação ao Pacto Federativo. Revista de Direito Tributário, v. 93. p

Como demonstrado, a efetividade deste órgão dependerá do equilíbrio entre necessária uniformização e respeito à autonomia federativa, entre eficiência administrativa e representatividade democrática. O sucesso da reforma tributária estará intimamente vinculado à capacidade do Conselho Gestor em operacionalizar estes equilíbrios delicados, garantindo tanto a simplificação almejada quanto a preservação do pacto federativo³⁵.

4. COMPARATIVO ENTRE CONFAZ E CONSELHO GESTOR DO IBS

Concluídas as exposições analíticas sobre o CONFAZ e o Conselho Gestor do IBS, impõe-se, a título de aprofundamento reflexivo, uma análise comparativa entre os dois modelos institucionais de governança tributária. Tal comparação revela não apenas as distintas concepções estruturais e operacionais que orientam cada órgão, mas também as transformações paradigmáticas promovidas pela Emenda Constitucional nº 132/2023 no seio do federalismo fiscal brasileiro.

O CONFAZ, como se demonstrou, emergiu em um contexto de crescente fragmentação fiscal, buscando harmonizar as políticas tributárias estaduais mediante mecanismos de deliberação coletiva. No entanto, sua trajetória foi marcada por severas limitações institucionais: a exigência de unanimidade decisória, a baixa transparência e a incapacidade de conter a escalada da guerra fiscal comprometeram, de forma progressiva, sua efetividade enquanto instrumento de cooperação federativa.

Em contraposição, o Conselho Gestor do IBS, concebido como uma autarquia nacional de natureza *sui generis*, representa uma tentativa de reformulação da arquitetura de coordenação tributária. Composto por representantes estaduais e municipais, dotado de autonomia administrativa, técnica e financeira. Além disso é responsável por funções que vão da arrecadação à resolução de conflitos federativos, o órgão projeta uma nova lógica de governança baseada na integração entre os entes e na uniformização regulatória do novo imposto sobre bens e serviços.

Cumprе registrar, contudo, que tal modelo projetado já se encontra juridicamente positivado com a edição da Lei Complementar nº 227/2026, que instituiu formalmente o Comitê Gestor do IBS e regulamentou suas competências

³⁵ TAPIAS, C. A.; MARINHO, A. (2024). O Contencioso Administrativo no Comitê Gestor do IBS. In: VASQUES, A. C. B.; TAPIAS, C. A.; FACHINELLO, F. (Coord). São Paulo, SP: NSM Editora / Mulheres no Tributário. p 122-123

administrativas, normativas e operacionais, reforçando o deslocamento paradigmático de um federalismo fiscal competitivo, representado pelo CONFAZ, para um federalismo fiscal cooperativo e coordenado, materializado pelo novo órgão nacional de governança tributária.

Nesse contexto, torna-se essencial examinar, sob uma perspectiva crítica, as principais diferenças e convergências entre os dois modelos, especialmente no que tange à sua estrutura institucional, mecanismos de tomada de decisão, formas de representação, atribuições legais e impacto sobre a autonomia dos entes subnacionais. Mais do que uma simples substituição de competências, a transição do CONFAZ para o Conselho Gestor do IBS implica uma mudança profunda na forma como se operacionaliza a cooperação federativa no campo tributário.

A comparação entre o CONFAZ e o Conselho Gestor do IBS permite visualizar, de forma estruturada, os avanços institucionais e os desafios latentes que emergem com a reforma tributária. Em última análise, enquanto o CONFAZ simbolizou a dificuldade de coordenação em um federalismo assimétrico e competitivo, o Conselho Gestor do IBS representará o teste de viabilidade de um modelo cooperativo e tecnicamente integrado, que ainda necessita de forte amadurecimento institucional para cumprir suas promessas transformadoras.³⁶

Figura 3

COMPARATIVO ENTRE CONSELHOS		
CONFAZ	VS	CONSELHO GESTOR IBS
FEDERALISMO ASSIMÉTRICO DE COMPETIÇÃO		FEDERALISMO COOPERAÇÃO DE INTEGRAÇÃO
OBJETIVA HARMONIZAÇÃO DA POLÍTICA TRIBUTÁRIA COM DELIBERAÇÃO COLETIVA		NATUREZA <i>SUI GENERIS</i> COM AUTONOMIA ADMINISTRATIVA, TÉCNICA E FINANCEIRA
APRESENTOU BAIXA TRANSPARÊNCIA E INCAPACIDADE DE EVITAR A GUERRA FISCAL VIA A DELIBERAÇÃO COLETIVA		POSSUI COMPETÊNCIA ARRECADATORIA E DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS FEDERATIVOS COM BASE NA INTEGRAÇÃO E UNIFORMIZAÇÃO REGULATÓRIA

Fonte: As autoras, 2026.

³⁶ TAPIAS, C. A.; MARINHO, A. (2024). O Contencioso Administrativo no Comitê Gestor do IBS. In: VASQUES, A. C. B.; TAPIAS, C. A.; FACHINELLO, F. (Coord). São Paulo, SP: NSM Editora / Mulheres no Tributário. p 122-123

O Conselho Gestor do IBS representa uma inovação institucional ousada no federalismo tributário brasileiro, com potencial para superar as distorções do atual sistema. Contudo, seu desenho atual apresenta fragilidades na representação municipal, riscos de excessiva centralização e desafios operacionais complexos. Um deles é a preservação do pretense regime de cooperação integrada e não transformar em um controle dos entes com maior peso representativo para fins políticos ou de buscar vantagens individuais para cada ente federativo.

Como demonstrado, a efetividade deste órgão dependerá do equilíbrio entre necessária uniformização e respeito à autonomia federativa, entre eficiência administrativa e representatividade democrática. O sucesso da reforma tributária estará intimamente vinculado à capacidade do Conselho Gestor em operacionalizar estes equilíbrios delicados, garantindo tanto a simplificação almejada quanto a preservação do pacto federativo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A transição do sistema tributário brasileiro, com a instituição do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) e do respectivo Conselho Gestor, configura-se como uma reformulação substancial das bases da governança fiscal no federalismo brasileiro. Mais do que uma alteração normativa, trata-se de uma tentativa de redefinir os mecanismos de coordenação entre os entes federativos, com vistas à superação das disfunções históricas que marcaram o modelo anterior.

A análise empreendida evidenciou que, embora o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) tenha exercido papel relevante em momentos específicos, sua estrutura decisória assentada na unanimidade, aliada à ausência de mecanismos eficazes de transparência, controle e coerção, comprometeu sua capacidade de articulação intergovernamental e contribuiu para a intensificação da guerra fiscal, a fragmentação normativa e o esvaziamento da legitimidade democrática de suas deliberações.

Nesse contexto, o Conselho Gestor do IBS consolida-se como uma inovação institucional normativa e operacional, com natureza jurídica diferenciada, estrutura paritária e autonomia administrativa. Sua criação expressa o esforço de construir um novo arranjo de cooperação federativa, pautado pela racionalização da tributação sobre o consumo e pela busca de maior eficiência, isonomia e segurança jurídica. Não obstante, o sucesso desse novo modelo dependerá de sua capacidade de enfrentar

desafios complexos, tais como: a garantia de representação equitativa entre os entes federativos — especialmente os municípios —; a preservação da autonomia subnacional em face da centralização decisória; e a operacionalização de uma transição transparente, inclusiva e tecnicamente robusta.

A consolidação desse novo paradigma exigirá, além de uma arquitetura normativa bem delineada, o fortalecimento institucional do Conselho Gestor, o desenvolvimento de instrumentos eficazes de participação e controle social — como audiências públicas, canais de consulta e transparência ativa — e a articulação coordenada com as administrações tributárias estaduais e municipais, a fim de assegurar coerência operacional e legitimidade federativa.

Com base na análise comparativa entre o CONFAZ e o Conselho Gestor do IBS, conclui-se que o novo órgão apresenta potencial para superar os entraves históricos do modelo anterior, notadamente quanto à rigidez decisória, à baixa representatividade e à ineficiência operacional. Todavia, esse avanço dependerá do compromisso político dos entes envolvidos, da adesão a práticas democráticas de governança e da manutenção de um ambiente institucional propício ao diálogo e à cooperação federativa.

Por fim, este estudo contribui para a compreensão crítica da evolução da governança tributária intergovernamental no Brasil, oferecendo subsídios teóricos e práticos ao debate sobre federalismo fiscal, cooperação institucional e justiça tributária. A consolidação do Conselho Gestor do IBS como instrumento eficaz de coordenação fiscal será, portanto, decisiva para a efetividade da Reforma Tributária e para o fortalecimento do pacto federativo no país.



REFERÊNCIAS

AFONSO, J. R. ICMS: diagnóstico e perspectivas. In: REZENDE, Fernando (org.). **O federalismo brasileiro em seu labirinto: crise e necessidade de reformas**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

AMARAL JR., José Levi Mello do; GUIMARÃES, Arianne. Deficiências democráticas no CONFAZ. **Revista Brasileira de Direito**, v. 12, n. 2, 2016.

CAVALCANTE, A. F.; OLIVEIRA, V. J. O pacto federativo e a reforma tributária. **Revista de Administração Pública**, v. 13, n. 2, 2024.

CAVALCANTE, Denise Lucena; PACOBAHYBA, Fernanda Mara de Oliveira Macedo. **Considerações preliminares acerca do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ): o Convênio ICMS nº 70/2014 como um sem sentido deôntico**. Fortaleza, v. 12, n. 2, 2015.

DINIZ, E. G.; NABHAN, F. A. R. F. Reforma tributária: uma análise do IBS como forma de substituição ao ICMS e ao ISS. **Revista Jurídica IESMA**, 2024.

FLORENCIO, P. H. P. O novo IBS como alternativa à guerra fiscal do ICMS: um estudo das soluções e do risco de violação ao pacto federativo. **Revista de Direito Tributário**, v. 93, 2021.

MEIRA JUNIOR, José Julberto; KULITCH, Jair; REBICK, Rafael Antonio. O CONFAZ e a edição de convênios no âmbito do ICMS: limites à legalidade e à constitucionalidade. **International Journal of Professional Business Review**, v. 3, n. 1, 2018.

PRADO, Sérgio; CAVALCANTI, Carlos Eduardo G. **A guerra fiscal no Brasil**. São Paulo: Fundap; Fapesp; Brasília: Ipea, 2000. (Série Federalismo no Brasil).

TAPIAS, C. A.; MARINHO, A. O contencioso administrativo no Comitê Gestor do IBS. In: VASQUES, A. C. B.; TAPIAS, C. A.; FACHINELLO, F. (coord.). **Mulheres no Tributário**. São Paulo, SP: NSM Editora, 2024. p. 122-123.

YAMAMOTO, F. B. P.; FRATINI, D. E. M. F. A representatividade e as atribuições do Comitê Gestor no novo modelo do IBS nacional proposto pela Reforma Tributária. **Revista de Direito Público**, v. 93, 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26/02/2026.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023**. [Brasília]: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc132.htm>. Acessado em: 26/02/2026.



BRASIL. **Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp24.htm>. Acessado em: 26/02/2026.

BRASIL. **Lei Complementar nº 227, de 13 de janeiro de 2026**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp227.htm>. Acessado em: 26/02/2026.

BR, Câmara dos Deputados. (2019). **Proposta de Emenda à Constituição nº 45/2019**. [Online]. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2403910>>. Acessado em: 26/02/2026.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 110, de 2019**. (2019). Estabelece a reforma tributária e dá outras providências. Brasília, DF.

BRASIL. **Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 39, de 2024**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2401159&filename=PLP%2039/2024>. Acessados em: 26/02/2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral nº RE nº 574.706**, Relator Min. Cármen Lúcia. julgado 24/04/2008, DJ 16-05-2008.



NAMORO OU UNIÃO ESTÁVEL? UMA ANÁLISE DA VALIDADE DAS CLÁUSULAS PATRIMONIAIS DO CONTRATO DE NAMORO

DATING OR COMMON-LAW MARRIAGE? AN ANALYSIS OF THE VALIDITY OF THE PROPERTY CLAUSES IN THE DATING AGREEMENT

Renan Mazzi Moraes da Silva¹

Lucas Pedro Koepp Gilz²

Andréa Grandini José Tessaro³

Resumo: O artigo pretende discutir as cláusulas patrimoniais decorrentes do contrato de namoro e analisar se podem ser afastadas a partir da constituição da união estável, bem como elenca as diferenças existentes entre os institutos do namoro e da união estável, e à vista disso, o efeito que cada um destes institutos proporciona. Pretende-se ainda analisar a possibilidade de manter válidas as demais disposições contratuais do namoro, em caso de configuração da união estável. Assim, buscou-se demonstrar os posicionamentos doutrinários sobre o contrato de namoro, em que pese a corrente majoritária posicione-se em sentido contrário à sua validade. Para o desenvolvimento deste artigo foi utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica, tendo como base a doutrina e a jurisprudência acerca do tema, concomitantemente ao estudo do direito contratual e civil.

Palavras-chave: Contrato. Namoro. Validade. Autonomia. Boa-fé.

Abstract: This article aims to discuss the patrimonial clauses arising from dating contracts and analyze whether they can be disregarded upon the establishment of a stable union, as well as listing the differences between the institutions of dating and stable union, and in view of this, the effect that each of these institutions provides. It also intends to analyze the possibility of maintaining the validity of the other contractual provisions of the dating contract, in case of the establishment of a stable union. Thus, it sought to demonstrate the doctrinal positions on the dating contract, despite the majority view being contrary to its validity. For the development of this article, the bibliographic research methodology was used, based on the doctrine and jurisprudence on the subject, concomitantly with the study of contract and civil law.

Keywords: Contract. Dating. Validity. Autonomy. Good faith.

1 INTRODUÇÃO

O contrato de namoro consiste em um acordo realizado entre duas pessoas que possuem um relacionamento afetivo sem a intenção de constituir família. Trata-se de um contrato atípico - não encontra disposição no Código Civil-, que tem por

¹ Advogado. Graduado pela UNISOCIESC – Joinville/SC.

² Advogado. Graduado pela UNISOCIESC – Joinville/SC.

³ Doutora e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Patrimônio Cultural e Sociedade, da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). Bacharel em Direito, Docente na Associação Catarinense de Ensino (ACE) e na Sociedade Educaional Santo Antônio (INESA). Oficial de Justiça do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.



objetivo blindar o patrimônio individual dos contraentes e evitar a equiparação à união estável. Referido contrato pode ainda regulamentar normas de convivência entre os namorados, além de estipular o regime de bens caso a relação afetiva evolua para uma união estável e posteriormente ocorra a sua dissolução.

Serve, portanto, para excluir a configuração de família e as consequências patrimoniais advindas de um eventual término da relação, como partilha de bens, obrigação alimentar, direitos sucessórios e outros direitos previstos na legislação.

Todavia, a questão que se insurge é a respeito das demais cláusulas patrimoniais do contrato de namoro e que dentre estas quais poderiam ser afastadas a partir da constituição da união estável, constituindo-se como objetivo geral do artigo.

O presente artigo pretende delimitar a validade dessa espécie de contrato no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a sua utilização do tem aumentado no decorrer dos anos. Os dados do Colégio Notarial do Brasil – CNB apontam que no ano de 2023 houve um recorde no número de contratos de namoro no Brasil, totalizando 126 registros, o que representa um aumento de 35% em relação ao ano de 2022. Até maio de 2024, quarenta e quatro casais assinaram contratos de namoro no Brasil.

A discussão que permeia este estudo, portanto, reside na possibilidade do afastamento de cláusulas patrimoniais, caso haja divergência entre o casal, notadamente quando um dos contraentes desejar o reconhecimento do relacionamento afetivo como união estável.

De caráter bibliográfico, por meio de pesquisa qualitativa, buscou-se na legislação correlata, nos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, subsídios para analisar os requisitos de validade de um contrato de namoro, a estipulação de cláusulas patrimoniais e a sua legalidade frente à discussão sobre configuração da relação ser equiparada à união estável.

2. O NAMORO E A UNIÃO ESTÁVEL

O direito de família é um ramo do Direito Civil que encontra-se em constante transformação e que se molda conforme os valores e necessidades da sociedade. Dentre seus diversos institutos, o namoro, conforme preceitua Nigri (2021, p.11), não encontra amparo conceitual na legislação, tampouco acarreta efeitos jurídicos, entretanto, pode apresentar divergências no momento de distingui-lo da união estável.

A união estável, por sua vez, encontra previsão legal no artigo. 1.723 do Código Civil de 2002, a qual apresenta os requisitos para sua configuração, vejamos: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

Do que se extrai da lei, são os requisitos de convivência pública, contínua e duradoura, elementos que podem, por vezes causar a confusão entre a união estável com o namoro, não obstante este último não possuir o objetivo de constituir família.

Namoro qualificado é o termo atualmente pela doutrina e pelos tribunais de todo o país para definir o namoro que mais se parece com uma união estável, isto porque, possui características muito mais marcantes que o simples namoro. Assim, faz-se necessário distinguir namoro simples, namoro qualificado e união estável. Para Santos (2006, p. 144), o namoro simples, de maneira muito sintetizada, é aquele em que o casal possui um envolvimento recente, onde ambos possuem pouca relação e ainda estão se conhecendo, em outras palavras, é um período experimental. Madaleno (2022, p. 1249), por seu turno, discorre acerca do namoro qualificado:

Com a liberdade sexual e a facilidade dos rompimentos afetivos, sem se revestir das características de um casamento ou de uma união estável surge, o denominado “**namoro estável ou qualificado**”, reservado para aqueles pares que querem ter o direito de não assumirem qualquer compromisso entre eles e muito menos tencionam constituir família, embora estejam sempre juntos em viagens e principalmente em finais de semana, e que rotineiramente pernoitam na habitação um do outro, e frequentam as festas familiares em comum. Contudo, como observa Maria Aracy Menezes da Costa, nenhum deles consta como dependente do outro na previdência social, mantêm suas contas bancárias individuais e seus próprios endereços residenciais, não tendo o ânimo de formar família e tampouco desejam ter filhos em comum, e, portanto, embora se trate até de um namoro prolongado e com congresso íntimo, não induz ao estabelecimento de uma união estável. (grifo nosso)

Face às distinções de cada um dos termos, é possível afirmar que o namoro qualificado e a união estável encontram-se separados por uma linha tênue, sendo que no namoro qualificado a intenção é de não constituir família - mas que no futuro pode acontecer-, já na união estável a intenção é a constituição de uma família desde o seu início.

O Superior Tribunal de Justiça (2015), no julgamento do Resp 1.454.643- RJ, entendeu que não é possível considerar união estável o relacionamento afetivo entre dois indivíduos que estiveram em um namoro qualificado com a intenção de constituir

família somente no futuro. Isso porque a intenção de constituir uma família deve estar presente desde o início da convivência entre o casal, além e com um forte vínculo de apoio moral e material.

3. CONTRATO DE NAMORO

Para afastar a possibilidade de configuração de uma união estável, surgiu o contrato de namoro, que é entendido por uma parcela dos doutrinadores como um instrumento declaratório de vontade. Nigri (2021, p. 3) aclara que aludido contrato ganhou força e notoriedade, notadamente diante das modificações da lei da união estável, após deixar de existir um prazo mínimo para que um relacionamento seja considerado uma união estável, além dos efeitos decorrentes do ato de “quarentenar” após a pandemia do Covid.

Contudo, a possibilidade de configuração da união estável não perfaz o único motivo pelo qual indivíduos buscam firmar o contrato. Nesse sentido, um ponto que merece destaque em meio a esta decisão concerne à sociedade moderna - a vida líquida.

O termo desenvolvido pelo sociólogo Bauman (2007, p. 7), trata sobre a sociedade “líquido-moderna” em que nos encontramos, na qual as condições que agem sobre seus membros mudam num tempo mais curto do que o necessário para consolidação em rotinas e hábitos das formas de agir, vivendo-se em condições de incertezas constantes e recorrentes reinícios. Assim, as pessoas, em graus variados, praticam a arte da vida líquida, embarcando em viagens de duração indefinida, em que as rotineiras rupturas se tornam cada vez mais rápidas e indolores, concebendo ligações frouxas e compromissos revogáveis na sociedade.

Nesse panorama, o contrato de namoro vem sendo utilizado pelos casais para manter o relacionamento amoroso com o status de namoro tão somente, o qual não possui efeitos jurídicos, principalmente diante da realidade líquida existente.

O utilização do contrato de namoro na atualidade é notável em processos judiciais, bem como por sua recorrência em estudos jurídicos e pelos Cartórios de Notas brasileiros.

O Colégio Notarial do Brasil (2022), em publicação compartilhada, aponta que “Apesar de não possuir previsão específica no Código Civil, trata-se de um contrato como qualquer outro e sua validade jurídica está voltada para os requisitos formais de um contrato”.

A Associação dos Notários e Registradores do Brasil (2022), partilha do mesmo posicionamento, ao compartilhar os documentos e valores para realizar um contrato de namoro no tabelionato de notas. Andreis (2022), reforça que o dito instrumento se configura em um contrato como qualquer outro, pois se trata de um acordo de vontades, em conformidade com a lei.

Januário (2016, p. 41) aclara que o contrato é possível e necessário, uma vez que é anseio de muitos que haja certa segurança jurídica nos relacionamentos.

Posto isto, e inexistindo previsão legal específica para o contrato de namoro, a análise que aqui se pretende pauta-se na teoria geral dos contratos, em atenção aos seus elementos constitutivos, representados pela nominada escada ponteana do jurista Pontes de Miranda.

A escada divide o negócio jurídico em três planos: existência (agente, vontade, objeto e forma), validade (agente capaz, vontade livre, sem vícios, objeto lícito, possível, determinado ou indeterminável e forma prescrita e não defesa em lei) e eficácia (consequências e aos efeitos gerados pelo negócio em relação às partes e a terceiros), sendo sempre necessária a existência do plano anterior para o seguinte, apesar de haver ressalvas (Tartuce, 2021, p. 35).

O ordenamento jurídico também faz remissão às questões contratuais por meio do Código Civil de 2002, conforme dispõe o artigo 104, que são corroborados pela própria escada ponteana, ao apontar os requisitos de validade do negócio jurídico: “art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”

Assim, corrobora com este entendimento o teor do acórdão n. 1000884-65.2016.8.26.0288, julgado pela 9ª câmara de direito privado de São Paulo, no ano de 2020, ao apontar expressamente a validade do contrato em consonância com a legislação do referido art. 104 do Código Civil.

Em especial, **o contrato de namoro** firmado pelas partes (fls. 41/43), que foi celebrado dentro dos ditames do artigo 104, do Código Civil, inexistindo patente vício de vontade que poderia ensejar, de plano, o reconhecimento de eventual nulidade. De tal sorte, **é válido**. (grifo nosso)

O Código Civil em seu artigo 166 também dispõe acerca da invalidade do negócio jurídico, servindo para nortear a viabilidade do uso do contrato.

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção. (Brasil, 2002, art. 166)

Analisando o referido artigo, não há o que se falar em nulidade do contrato de namoro, pois não atende ao rol em nenhum quesito, vez que o contrato se realizado por indivíduos capazes, em consonância com a realidade de fato, qual seja, a inexistência de união estável, não há impedimento, pois o contrato é lícito e não possui o condão de fraudar lei. Assim, a validade é caracterizada pelo cumprimento dos requisitos da teoria geral dos contratos, tal como a escada ponteana, inexistindo mácula de nulidade ou vício.

Por não se tratar de objeto defeso em lei, o contrato de namoro submete-se à liberdade das partes, bem como garante a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Nesse aspecto, surge o conceito de autonomia privada, inclusive ressaltado pela recente Lei da Liberdade Econômica de 2019, o qual tem como requisitos o respeito e a observância à função social do contrato e à boa-fé objetiva, respectivamente expressas nos artigos 421 e 422 do Código Civil (Tartuce, 2022, p. 78).

Observados os requisitos, necessário mencionar que, em que pese haja a liberdade, a autonomia privada não é absoluta, não podendo contrariar normas cogentes ou de ordem pública, mas devendo sempre valorizar a ideia de preservação da autonomia privada no que toca a contratualização do direito de família (Tartuce, 2021, p. 79,).

Deste modo, o contrato de namoro encontra mais um aliado em sua validade.

Sobre o princípio da liberdade ou da não intervenção dessa seara, o artigo 1.513 do Código Civil, afirma “ser defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

No mesmo sentido menciona o artigo XII da Declaração Universal dos Direitos do Homem em que: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

Do exposto, o princípio da liberdade possui estreita relação com a autonomia privada, ao passo que cada indivíduo desfruta da liberdade a fim de realizar o seu projeto pessoal de felicidade, observados os limites de atuação do Estado, para efetivar a promoção dos direitos fundamentais dos seus membros: dignidade, igualdade, liberdade, solidariedade, entre outros. (Alves apud Xavier, 2011, p. 71).

Outrossim, segundo Teixeira (apud Madaleno, 2021, p. 219,):

interferência não pode ampliar demasiadamente a compreensão de união estável a ponto de impedir o reconhecimento de outras formas de relacionamento breves e passageiras, conforme apontou João Baptista Villela, frequentes na sociedade líquida contemporânea, e gerando direitos e obrigações àqueles que declaradamente, em consenso e livre consentimento, acordaram não o fazer, de modo a garantir a primazia da autonomia da vontade

O contrato de namoro, portanto, traduz-se na consequência da vontade dos envolvidos em um relacionamento afetivo, os quais não possuem limitação alguma em realizar uma declaração em que afirmam estar namorando, desde que esta seja a situação de fato.

3.1 Da possibilidade de estipulação de cláusulas patrimoniais e extrapatrimoniais

Reconhecida a validade do contrato e a autonomia concedida aos indivíduos envolvidos em um contrato, é consabido que o princípio basilar do instrumento é o fato de retratar que o relacionamento do casal é apenas um namoro – simples ou qualificado.

Todavia, se faz de equivalente importância a disposição sobre cláusulas que tratem sobre o término do relacionamento, para que não surjam dúvidas de como ocorrerá o desligamento contratual, além de possibilitar a previsão de mecanismos que tornem a resolução menos danosa às partes (Xavier, 2022, p. 134 e 135).

Cabe às partes, de acordo com Xavier (2022), a possibilidade de estipular cláusulas de término do relacionamento, em que fica consignado que qualquer das partes pode renunciar o contrato, independente de aceitação do outro, poderá efetuar a devolução de bens pessoais no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, poderá cessar qualquer compartilhamento entre os namorados como cartão de crédito, perfis em rede social, serviço de streaming.

O autor aclara ainda que, no que toca às cláusulas patrimoniais, as partes podem dispor sobre a constância do relacionamento, em termos como: não compartilhamento de dívidas, direito de reembolso, divisão de despesas comuns, tutela sobre animais de estimação, rateio de despesas com animais (Xavier, 2022).

No mesmo sentido, Madaleno (2021, p. 219), reconhece a possibilidade de contratação de outros pontos dentro da declaração de vontade no contrato de namoro:

sugerem, inclusive, possa o contrato determinar outros detalhes, por exemplo: a) que o casal se compromete a ter respeito mútuo; b) que não poderá haver traição; c) que, em caso de traição, pode ser exigida indenização pela parte traída; d) que, em caso de morte, a parte sobrevivente não terá direito a herança; e) prazo de duração do relacionamento ou previsão de necessidade de renovação do contrato após certo período; e f) possibilidade de ser incluída cláusula que determine a obrigação da assinatura de contrato de união estável, já definido o regime de bens, caso o casal decida transformar o contrato de namoro em união estável.

O Enunciado nº 635 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, apresenta importantes parâmetros para disposições contratuais, ao permitir a existência de cláusulas patrimoniais ao pacto antenupcial e para o contrato de convivência, desde que não violem os princípios da dignidade humana (Xavier, 2021).

É de se esclarecer também que a disposição de tais cláusulas em nada fere as leis pátrias, até porque o artigo 425 do Código Civil consigna expressamente que “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

Busca refletir a realidade do casal e as partes podem, portanto, formalizar aquilo que melhor se adegue aos seus interesses, com vistas a alcançar a felicidade no relacionamento afetivo.

3.2 Da nulidade das cláusulas em caso de configuração da união estável

Diante da livre estipulação de cláusulas, natural se faz o questionamento acerca de eventual nulidade destas na evolução do namoro para uma união estável. Nesta perspectiva, surge a denominada cláusula “darwiniana”, como explica Catan (2013), a qual pode ser inserida no objeto contratual com a estipulação de regime de bens, prevendo às partes eventual evolução “de fato” no namoro para a união estável.

Fundamenta-se a cláusula na possibilidade de contratar e subordinar obrigações condicionadas a evento futuro e incerto (Catan, 2013), conforme o artigo

121 do Código Civil, bem como no art. 841 do mesmo Código que dispõe sobre permissão de transação no que toca aos direitos patrimoniais.

Nestes termos, Catan (2013) ressalta que não há tentativa de impedir o reconhecimento da união estável, sendo o contrato apenas um meio de proteção patrimonial daqueles que possuem interesse exclusivamente financeiro. Assim, o referido contrato está longe de se tratar de um “aborto jurídico”,⁶ uma vez que a possibilidade de estipular o regime de bens é indiscutivelmente aceita socialmente e juridicamente na união estável e nos pactos antenupciais.

Por outro lado, se o contrato de namoro não encontra expressa previsão legal, o contrato de convivência de união estável vive e pulsa incessantemente no ordenamento jurídico, repousando base legal no artigo 1.725, do Código Civil: “Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens (Catan, 2013)

No Agravo de Instrumento de nº 0043899-95.2021.8.16.0000, julgado pela 11ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Paraná, o autor almejava a busca e apreensão de um cachorro que ficou temporariamente com a ex-namorada. Nessa situação, houve dificuldade para identificar a ocorrência de união estável e namoro, situação em que o vice-presidente Luiz Osório Moraes Panza apontou sobre a possibilidade de realização do contrato de namoro para resolução do caso.

Desta feita, tendo em vista que não há impedimento jurídico e estando a estipulação de cláusulas reconhecidas pelo contrato de convivência e de união estável, são válidas as cláusulas em caso de evolução da relação amorosa. Inclusive, é o entendimento de Dias (2021, p. 619), que “firmado o contrato de namoro por escritura pública, havendo previsão de eventual casamento, com eleição do regime de bens, o documento serve como pacto antenupcial”.

O contrato de namoro divide opiniões e interpretações, razão pela qual há lacunas em determinados quesitos, visto que os escassos julgados contrários existentes não são suficientes para consolidar uma jurisprudência.

3.3 Da fraude na utilização do contrato de namoro

Em se tratando de fraude no contrato de namoro, é necessário destacar a boa-fé objetiva, princípio fundamental do ordenamento jurídico, segundo o qual as partes são obrigadas a agir de acordo com os valores éticos e morais da sociedade, como

se dispõe no art. 422 do Código Civil “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Nesse sentido o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

[...] IV. **O princípio da boa-fé objetiva impõe às partes de uma relação de consumo a adoção de postura que guarde conformidade com os padrões sociais de ética, correção e transparência, a respeitar a legítima expectativa depositada nessa relação.** Nesse contexto, o princípio da boa-fé objetiva cria deveres anexos à obrigação principal, os quais devem ser também respeitados por ambas as partes contratantes. Dentre tais deveres, há o dever de cooperação, que **pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual, que, uma vez descumprido, implicará inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa (violação positiva do contrato).**” (grifo nosso).

Esse comportamento leva a outras obrigações adicionais, como lealdade, transparência e colaboração, que precisam ser cumpridas em todas as etapas do contrato.

Sendo assim, o princípio da boa-fé entendido como um interesse social respaldando a segurança jurídica, compreende-se até como obrigação das partes agir com lealdade e confiança mútua. No contrato de namoro não é diferente, pois a boa-fé se faz imprescindível justamente para que a situação de fato seja condizente com o declarado no contrato de namoro.

A quebra desses deveres anexos gera a violação positiva do contrato, com responsabilização civil daquele que desrespeita a boa-fé objetiva. Isso pode ser evidenciado pelo teor do Enunciado n. 24 CJP/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil, do ano de 2002, com o seguinte teor: “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”. A violação positiva do contrato, com aplicação a todas as fases contratuais, vem sendo reconhecida pela doutrina contemporânea, como nova modalidade de inadimplemento obrigacional. (Tartuce, p. 133, 2021).

Madaleno (2021), em sua obra “Fraude no Direito de Família e Sucessões, aborda o tema da fraude e contrato de namoro, reconhecendo seu efeito relativo.

Assim, tanto o contrato de namoro como o de coparentalidade ou de união estável até podem espelhar a relação jurídica que as partes expressamente externam, mas o conteúdo contratado não tem nenhum efeito absoluto e erga omnes, e sim relativo, condicionado à correspondência fática dos respectivos pressupostos que terminaram sendo judicialmente pesquisados e conformados de acordo com o que os litigantes viveram, e não somente com o que escreveram, eis que os fatos, quando confrontados em juízo, é que vão

ou não corroborar a tipificação contratual, não havendo como ignorar a incidência bastante comum e presente de contratos simulando relações que nunca existiram e que não configuram os relacionamentos neles declarados, redigidos como meros instrumentos de fraude. (Madaleno, p. 223, 2021).

Por certo, imprescindível é a boa-fé para averiguação e comprovação de que o contrato de namoro firmado entre indivíduos represente a realidade fática, pois no caso de tentativa de fraude com intuito de descaracterizar a união estável, o contrato será nulo.

4. DA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Diante da análise dos requisitos que configuram um contrato, extrai-se que o contrato de namoro deve atender, ainda que de maneira relativa alguns aspectos como os pressupostos de validade, eficácia e existência. Todavia, em análise da doutrina brasileira e do entendimento jurisprudencial o que se denota é a divergência sobre o tema, pois há, de certa forma, uma “apatia jurídica” que persegue o contrato de namoro.

Isto porque o que se observa dos doutrinadores contrários é que a maioria se limita apenas a discorrer sobre a não descaracterização da união estável, quando presentes os requisitos, ou seja quando há clara existência da união estável, sem adentrar outros méritos, partindo do pressuposto que o contrato seria utilizado somente em casos de fraude à lei ou com intuito lucrativo, sem observar hipóteses de boa-fé. Vejamos:

Dias (2021, p. 618), afirma que o contrato com finalidade de blindagem de patrimônio seria um nada jurídico, afirmando que pode ser fonte de enriquecimento sem causa, além de ressaltar que firmado o contrato de namoro por escritura pública, havendo previsão de eventual casamento com eleição de regime de bens, serve como pacto antenupcial.

Venosa (2022, p. 397), por seu turno, aclara que o contrato é nulo por fraude à lei imperativa (art. 166, VI, CC), afirmando que a finalidade é proteger patrimônio em detrimento do que não possui. Tartuce (2022, p. 21), por sua vez, aponta ser nulo o contrato por fraude à lei imperativa e pela ilicitude do objeto. Contudo, ressalta que eventualmente seja possível que a autonomia privada traga previsões contrariando as normas de ordem privada como a de regime de bens.

Madaleno (2022), afirma não ter validade o contrato de namoro e que seria mais válido que fosse firmado contrato de convivência com cláusula de regime de bens.

Tepedino e Teixeira (2022, p. 202), destacam que a doutrina o considera um instrumento inútil, pois apesar de válida e eficaz a declaração individual de vontade, não irá afastar a união estável em caso da presença dos requisitos.

No que tange à parcela favorável da doutrina, vislumbram-se as recorrentes afirmações de que o contrato não afasta ou impede a união estável, mas que registra a vontade do casal dentro da liberdade de contratar, o que auxiliar o magistrado a decidir com base no animus das contraentes.

Alberto Maluf e Caldas Maluf (2021, p. 373) ressaltam que o contrato não evita a configuração da união estável, afirmando que funciona como instrumento útil para registrar vontade do casal e consignação de evento temporal para eventual necessidade de algum direito retroagir. Entendem como lícito no ordenamento, desde que retrate a realidade, e deve observar os limites posto pelo art. 421 do Código Civil: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Além dos requisitos de probidade e boa-fé (art 422, CC).

Gagliano e Filho (2022, p. 157), aclaram que o contrato não afasta união estável, mas entendem que o contrato de namoro pode servir para auxiliar o juiz a investigar o animus das partes. Gonçalves (2021, p. 254) entende que o contrato tem eficácia relativa, pois não impede a união estável.

Nigri (2021, p. 19), por sua vez, ressalta que é possível estabelecer cláusula de bens para reger a união estável, caso configurada. Ainda, há de se mencionar que não são todos os doutrinadores que tratam sobre o contrato, como Rizzardo (2022) e Pereira (2022) que não dissertam em suas obras sobre o contrato de namoro, demonstrando a recente discussão sobre o tema na doutrina.

Por conseguinte, na jurisprudência há um reduzido número de julgados disponíveis que envolvem o contrato de namoro, todavia é notória a mudança na concepção atual dos desembargadores e magistrados.

Em síntese, o que se denota é o entendimento de que o contrato de namoro não descaracteriza ou impede a união estável, mas que serve como um elemento de prova, demonstrando maior robustez nas alegações de que existe uma relação com intuito de constituir família.

Nesse sentido, explicitam os seguintes julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo, autos nº 10071613820198260597

Apelação. Família. Ação de divórcio litigioso, alimentos e partilha de bens. Sentença que decreta o divórcio e partilha, na proporção de 50% para cada um, os valores pagos pelo imóvel durante o casamento. Recurso de ambas as partes. **Partes que firmaram contrato de namoro, que exclui a existência de união estável anterior ao casamento.** Contrato firmado que não constitui pacto antenupcial. Obrigações lá assumidas que não podem ser discutidas na ação de divórcio. Bens adquiridos antes do casamento que não devem ser partilhados. Prestações do imóvel de propriedade exclusiva do réu pagas durante o casamento que devem ser partilhadas na proporção de 50% para cada um. Alimentos que não são devidos à autora. Requerente pessoa jovem e apta a trabalhar, ainda que momentaneamente desempregada. Sentença mantida. RECURSOS DESPROVIDOS. (TJ-SP - AC: 10071613820198260597, Relator: Cristina Medina Mogioni, Data de Julgamento: 02/06/2021, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/06/2021). (grifo nosso)

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu:

APELAÇÃO. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com partilha de bens. Sentença que julgou improcedente a ação. Inconformismo da parte autora. **Não preenchidos os elementos essenciais caracterizadores da união estável previstos na lei. Contrato de namoro firmado pelas partes.** Caracterizado simples namoro, sem intenção de formação de núcleo familiar. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJ-SP - AC: 10008846520168260288, Relator: Rogério Murillo Pereira Cimino, Data de Julgamento: 25/06/2020, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/06/2020) (grifo nosso)

Dos acórdãos extraem-se dois julgamentos, recentes, que decidiram por manter a sentença, citando a firma do contrato de namoro entre as partes. O acórdão proferido nos autos nº 1007161-38.2019.8.26.0597, tratava de ação de divórcio litigioso cumulada com alimentos e partilha de bens, em que a mulher buscava pelos bens adquiridos em conjunto antes do casamento.

No julgado, compreendeu o desembargador pela existência de contrato de namoro nos autos, afirmando que as partes firmaram o contrato sob a declaração de que não pretendiam constituir família, tampouco compartilhar bens e obrigações, mantendo a sentença do juízo a quo.

Pois bem, já o segundo acórdão supracitado, fruto dos autos de nº 1000884-65.2016.8.26.0288, trata de ação de reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com partilha de bens, em que a mulher baseou a ação na coabitação. O Relator apresentou o entendimento consolidado acerca da coabitação, de que esta

por si só não configura a união estável, apontando a necessidade de cumprimento dos requisitos da lei para configuração do instituto, qual seja, primordialmente o intuito atual de constituir família, que no caso concreto estava presente o contrato de namoro, o que evidenciou que não havia a vontade na época.

Prosseguindo no estudo jurisprudencial, nos autos nº 0239594-66.2019.8.21.7000, em ação movida no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi revogada a sentença de primeiro grau quanto ao reconhecimento da união estável, utilizando-se de data usada no contrato de namoro apresentado nos autos, o que colaborou no conjunto probatório.

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. ALIMENTOS. INÉPCIA DA INICIAL. ALIMENTOS AO FILHO. ADEQUAÇÃO DO BINÔMIO ALIMENTAR [...] Aliás, surpreende que a sentença tenha decidido pela existência de união estável de 28 de setembro de 2002 até março de 2016 quando não houve, pela autora, mínima indicação de tais datas ou alegação acerca do tempo de duração do relacionamento com o apelante – interregno que foi mencionado em memoriais (fl. 108) -, **sendo aquela data inicial referida como apontado no “contrato de namoro” da fl. 55.** [...] (TJRS - AC: 70082676859 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 30/01/2020, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 03/02/2020) (grifo nosso).

Na referida ação declaratória de união estável, ajuizada no Rio Grande do Sul, o relator Ivan Leomar Bruxel, destacou que o de cujus poderia ter feito um contrato de namoro para evitar mal-entendidos no seu relacionamento com a autora, a fim de que afastar a hipótese de união estável.

O desembargador decidiu pela ocorrência de união estável ao compreender que o respaldo probatório atentava para uma relação que ultrapassava o simples namoro, tendo em vista contas conjuntas, cheques em branco que o *de cujus* deixava para a assinatura da mulher, ida conjunta a veterinário, participação em terapia de casal, bem como a frequência na mesma academia.

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL CARACTERIZADA. Requisitos configuradores da união estável, conforme o artigo 1.723 do Código Civil: ser entre homem e mulher (embora decisões recentes a admitam entre pessoas do mesmo sexo), ser pública, contínua, duradora e com o objetivo de constituição de uma família, além da fidelidade (incluído pela jurisprudência). Há respaldo probatório para ambas as versões. Assim, o contexto probatório mostra que o de cujus considerava a relação com a apelada mais do que um simples namoro. Observa-se que no apartamento do de cujus havia contas no nome da apelada, e que ele deixava cheques em branco e assinados para que ela pagasse as despesas da casa, e que acompanhou ele quando de sua internação no hospital. Ainda, levavam os animais de estimação juntos no veterinário, frequentavam a mesma academia e, ainda, fizeram terapia de

casal. Dessa maneira, restaram comprovados os requisitos que a lei exige para a configuração de união estável: affectio societatis familiar, participação em esforços posse do estado de casado, continuidade da relação e, de forma relativizada, a fidelidade. Ficou claro nos autos que o de cujus não desejava ter filhos, o que não indica inexistência do elemento subjetivo, pois é bem possível que a família seja composta por apenas... duas pessoas. APELO IMPROVIDO. UNÂNIME. (TJ-RS - AC: 70075248823 RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Data de Julgamento: 10/05/2018, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/05/2018)

Idêntica fundamentação é proferida na sentença de primeiro grau prolatada nos autos de nº 0021678-65.2012.8.13.0567, pelo Juiz de Direito André Luiz Pimenta Almeida, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao sugerir que a parte poderia ter realizado um contrato de namoro, nos seguintes termos: “ Em epítome, percebe-se, em princípio, a existência de uma sociedade de fato entre as partes litigantes, **que poderia decorrer, inclusive, do contemporâneo “contrato de namoro”**, que, por sua vez, seria um precursor da união estável.” (grifo nosso)

Importante também foi o julgamento proferido em 2008 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, pela relatoria de Grava Brazil, nos autos nº 5542804700:

E como bem apontou o Juízo de origem, nas razões de decidir, "no que concerne ao documento de fls. 91, verifica-se que os litigantes convencionaram um verdadeiro contrato de namoro", celebrado somente em janeiro de 2005, cujo objeto e cláusulas não revelam ânimo de constituir família.

Do voto acima, já em 2008, constata-se o reconhecimento do real intuito do contrato que é o de declaração de inexistência do ânimo de constituir família.

Por outro turno, há também entendimento contrário à referida declaração, em menor número, mas existentes, cabendo aqui destacar que aquelas que mencionam a invalidade total, remetem a datas mais antigas, como a decisão proferida nos autos nº 01628871520144025151, pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apontou em sentença o Juiz Federal Victor Roberto Corrêa de Souza, que “o contrato de namoro é algo inexistente e desprovido de eficácia no seio do ordenamento jurídico.”

Como mencionado, a postura de invalidade total do contrato é baixíssima, encontrando-se em maior parte casos que tratam sobre impossibilidade de contrariar a realidade de fato.

Destarte, compreende-se que o contrato de namoro apesar de ser um instituto recente e ainda desconhecido pela sociedade, já levanta discussões em diferentes âmbitos, motivo pelo qual torna-se necessário fomentar sua discussão.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo buscou refletir acerca dos requisitos de validade do contrato de namoro, suas características principais, possibilidade e a validade de estipulação de cláusulas patrimoniais, bem como os tipos de relacionamento amorosos e as suas similaridades, com fundamento na legislação e, notadamente por meio das decisões existentes no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, São Paulo, Rio Grande do Sul, Paraná e Minas Gerais.

O contrato de namoro, portanto, apesar de ainda não consolidado pela legislação brasileira, é um contrato válido, se firmado diante das disposições estabelecidas no Código Civil, devendo ser hígido e incapaz de ferir requisitos estipulados legislação pátria.

É necessário salientar ainda que o contrato de namoro é, de forma sintetizada, fruto da modernização que vem tomando conta da sociedade atual, em outras palavras, é uma medida adotada por aqueles que praticam uma “vida líquida” e com muitos relacionamentos incertos.

O estudo demonstrou que os contratantes buscam obter uma segurança patrimonial enquanto partes de um namoro, de forma a firmar um documento que ateste sua situação de fato, que poderá corroborar em eventual ação judicial como parte de um conjunto probatório. O contrato é expressamente declaratório e busca demonstrar que as partes apenas convivem em uma relação de namoro.

Os contratantes, contudo, devem levar em consideração que é imprescindível a existência de boa-fé durante todo o contrato, ou seja, as partes devem continuar namorando, podendo apenas “evoluir” de um namoro simples a um namoro qualificado, para que não haja uma consequente nulidade contratual.

Outro fator aliado ao contrato de namoro é a validade das cláusulas contratuais entre as partes numa possível evolução de um namoro para uma união estável, assim dizendo, há a possibilidade de que os contratantes estipulem cláusulas “darwinianas” com o objetivo de se constituir um regime de bens que mesmo com a mudança para uma união estável irá se manter hígido. Por certo, o que se denota acerca do contrato é que vem sendo cada vez mais utilizado pela sociedade e aceito pelo Poder Judiciário, inclusive sendo aconselhável, em certa medida, sua utilização para evitar que uma das partes eventualmente alegue existência de união estável.

Sendo assim, em que pese haja discussão sobre a validade do contrato de namoro, extrai-se que ele é aceito por uma parcela significativa das decisões judiciais,



bem como suas cláusulas em caso de configuração da união estável pelo que dispõe a doutrina brasileira.



REFERÊNCIAS

ANDREIS, João vitor de Mello. Contrato de namoro, o que é, para que serve e diferenças entre namoro e união estável. **Migalhas**, [S. l.], 19 maio 2022. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/366267/contrato-de-namoro-o-que-e-para-que-serve-e-diferencas>>. Acesso em: 18 nov. 2022.

ANOREG, Clipping – Notícias (BA) – **Dia dos Namorados: tabeliã explica como funciona o contrato de namoro**, Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br/site/clipping-pnoticias-ba-dia-dos-namorados-tabelia-explica-como-funciona-o-contrato-de-namoro/>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

ANUNCIAÇÃO, Débora. **Direito dos namorados**. Brasil bate recorde em contratos de namoro. 13 jun 2024. Assessoria de Comunicação do IBDFAM. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/11926/%E2%80%9CDireito+dos+Namorados%E2%80%9D%3F+Brasil+bate+recorde+em+contratos+de+namoro>>. Acesso em 26 fev 2026.

BAUMAN, Zygmund, 1925- B341v **Vida líquida** / Zygmund Bauman; tradução Carlos Alberto Medeiros. - Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007

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

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Direito Civil Definição de Propósito de Contituir Família para Efeito de Reconhecimento de União Estável. **Resp 1.454.643-RJ**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 3/3/2015, DJe 10/3/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Direito Civil Definição de Propósito de Contituir Família para Efeito de Reconhecimento de União Estável. **Resp 1.454.643-RJ**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 3/3/2015, DJe 10/3/2015.

BRASIL. Juizados Especiais do Distrito Federal. **ACÓRDÃO 1168030, 07148415120188070003**, Relator: FERNANDO ANTONIO TAVERNARD LIMA, Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, data de julgamento: 30/4/2019, publicado no DJE: 8/5/2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. / Maria Berenice Dias - 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito civil brasileiro** v 6 - direito de família. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2021. 9786555590210. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590210/>>. Acesso em: 22 mai. 2022.

GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. **Novo curso de direito civil: direito de família**. v.6. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2022. 9786553622258. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622258/>>. Acesso em: 22 mai. 2023.



JANUÁRIO, Evelyn Rocha. **O reconhecimento jurídico do contrato de namoro**. UNICEUB, [S. l.], p. 1-54, 1 jan. 2016. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/10619/1/21236585.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2022.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2022. 9786559644872. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644872/>>. Acesso em: 20 mai. 2022.

MADALENO, Rolf; MADALENO, Ana Carolina C.; MADALENO, Rafael. **Fraude no Direito de Família e Sucessões**. Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559641109. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641109/>>. Acesso em: 13 nov. 2022.

MALUF, Carlos Alberto D.; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas D. **Curso de Direito da Família**. Editora Saraiva, 2021. 9786555598117. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598117/>>. Acesso em: 22 mai. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. v.V. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2022. 9786559643417. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643417/>>. Acesso em: 22 mai. 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**, 10ª edição. Grupo GEN, 2018. 9788530983062. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983062/>>. Acesso em: 22 mai. 2022.

SANTOS, Manuel J. Pires dos. Do namoro à união estável – Algumas perspectivas psicanalíticas. In: **Casamento uma escuta além do Judiciário**. SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (Coord.). Florianópolis: Voxlegem, 2006. p. 144.

TARTUCE, Flávio. **Autonomia privada e direito de família – algumas reflexões atuais**, 2022. 9786559643578. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/350602/autonomia-privada-e-direito-de-familia--algumas-reflexoes-atuais/>>. Acesso em: 04 out. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família - Vol. 5**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2022. 9786559643578. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643578/>>. Acesso em: 22 mai. 2022.

TARTUCE, F. **Direito Civil - Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie - Vol. 3**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. 9788530993849. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993849/>>. Acesso em: 18 Nov 2022



TEPEDINO, G.; TEIXEIRA, A.C.B. **Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família**. v.6. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2022. 9786559643936. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643936/>>. Acesso em: 22 Mai 2022.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Família e Sucessões**. v.5. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2022. 9786559773039. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773039/>>. Acesso em: 22 mai. 2022.

XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná. Fórum, 25/07/2022. 164 p. v. 3. Curitiba. 2011. Contrato para preservar bens durante o namoro é nulo. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/?noticias¬icia=922>>

PODER DE POLÍCIA NO ÂMBITO DO CONSELHO TUTELAR

POLICE POWER WITHIN THE SCOPE OF THE GUARDIANSHIP COUNCIL

Aline de Paula da Silva¹Jaqueline Maria Ryndack²

Resumo: O artigo analisa a fundamental atuação do Conselho Tutelar, na proteção dos direitos das crianças e adolescentes, um grupo vulnerável que, mesmo sob a tutela de adultos, muitas vezes sofre a violação de direitos. O estudo se propõe a discutir o papel do Conselho Tutelar, sua importância na vida dos menores e a efetividade do poder de polícia em diversas situações, conforme disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). A pesquisa metodológica envolverá abordagens qualitativas e quantitativas, com revisão de literatura, legislação e jurisprudência, visando entender as bases legais que sustentam as atividades do Conselho. A partir de uma análise detalhada, o artigo buscará identificar os desafios, impactos e implicações do exercício do poder de polícia do Conselho Tutelar, destacando a necessidade de um fortalecimento contínuo deste, juntamente aos demais órgãos do Poder Público. O objetivo central é proporcionar subsídios teóricos e práticos para melhorar a atuação do Conselho na promoção dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, contribuindo para uma sociedade mais justa e equitativa. A pesquisa pretende, assim, esclarecer as atribuições do Conselho Tutelar na defesa dos direitos dos menores.

Palavras-chave: Poder de Polícia; Conselho Tutelar; Crianças e Adolescentes; Abandono Social; Município.

Abstract: The article analyzes the fundamental role of the Guardianship Council in protecting the rights of children and adolescents, a vulnerable group that, even under the guardianship of adults, often suffers violations of fundamental rights. The study aims to discuss the role of the Guardianship Council, its importance in the lives of minors and the effectiveness of police power in different situations, as provided for in the Child and Adolescent Statute (ECA). The methodological research will involve qualitative and quantitative approaches, with a review of literature, legislation and jurisprudence, aiming to understand the legal bases that support the Council's activities. Based on a detailed analysis, the article will seek to identify the challenges, impacts and implications of the exercise of police power by the Guardianship Council, highlighting the need for its continuous strengthening, in conjunction with other Public Power bodies. The central objective is to provide theoretical and practical support to improve the Council's performance in promoting the fundamental rights of children and adolescents, contributing to a more just and equitable society. The research aims, therefore, to clarify the responsibilities of the Guardianship Council in defending the rights of minors.

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Anchieta de Ensino Superior do Paraná (2025). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8633982375080314>.

² Doutora em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Advogada, pesquisadora e parecerista. Cursando estágio Pós Doutoral na Universidade de Marília (UNIMAR) e no Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). E-mail: ryndack.jaqueline@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0995-0868>



Keywords: Police Power; Guardianship Council; Children and Adolescents; Social abandonment; Municipality.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem a intenção de demonstrar as atribuições do poder de polícia no âmbito do Conselho Tutelar, destacando a importância deste órgão, uma vez que, o Conselho Tutelar detém força para administrar e executar ações que envolvam menores vulneráveis. Ainda, este artigo irá demonstrar a importância do Estado em garantir os direitos dos menores que vivem em abandono social.

Onde estão definidos os direitos das crianças e adolescentes? E por que elas são tão importantes para a sociedade?

Qual a importância do Conselho Tutelar na vida das crianças e adolescentes?

Qual a efetividade do poder de polícia perante o Conselho Tutelar?

Conforme descreve o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) “Art. 131 – O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei.” (Brasil, ECA 1990).

Ante o exposto, justifica-se a necessidade de compreender de forma abrangente a natureza e a extensão do poder de polícia nos Conselhos Tutelares, uma vez que as decisões tomadas por este conselho podem modificar toda uma sociedade. Esse estudo permitirá entender como buscar por soluções, boas práticas e aprimoramento contínuo no desempenho das funções do Conselho Tutelar.

O objetivo deste estudo dar-se-á pelo elevado grau de importância que detém o Conselho Tutelar, o qual deve agir em prol da fiscalização, colaboração, monitoramento e aplicação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes em conformidade com as legislações vigentes e tratados internacionais.

O artigo terá como base metodológica a pesquisa bibliográfica, a partir da leitura de livros, artigos, textos de lei e jurisprudência. A pesquisa será classificada como qualitativa e quantitativa.

A partir de uma minuciosa investigação e análise aprofundada dos fundamentos legais, constitucionais e normativos que rodeiam as atividades do Conselho tutelar, será possível identificar plenamente as implicações, impactos e desafios inerentes ao exercício do poder de polícia deste.

Ademais, a expansão do conhecimento sobre o poder de polícia dos Conselhos Tutelares proporcionará subsídios teóricos e práticos para o fortalecimento e aperfeiçoamento desses órgãos, visando sempre à proteção, cuidado e o zelo dos direitos das crianças e dos adolescentes, bem como o pleno desenvolvimento da sociedade.

2. A PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E TRATADOS

A proteção integral da criança nem sempre existiu, conforme destaca Lima, Poli e José em sua obra “A Evolução Histórica dos Direitos da Criança e do Adolescente: da insignificância jurídica e social ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais”, eles relatam que, historicamente, houve a falta de direitos básicos e importantes na vida de crianças e adolescentes:

Conforme ressalta Corral (2004), nas antigas sociedades (grega ou romana) a criança e o adolescente sequer eram considerados suscetíveis de proteção jurídica, senão meros objetos de propriedade estatal ou paternal, caracterizados por um estado de imperfeição que se perdia somente com o passar do tempo, e unicamente suavizado por um dever ético-religioso de piedade. Só recentemente é que começaram a olhar para a criança e o adolescente como uma pessoa no sentido pleno do termo, permitindo-lhe atingir direitos e liberdades de que são beneficiários como condição geral, mesmo no período de tempo durante o qual estão em processo de formação. (Lima, Poli, José, 2017, p.31).

Segundo o mesmo raciocínio:

Igualmente, é cediço que a condição econômico-financeira, a era em que viveu, a criação dada pela família, a cultura na qual está inserida e, para aqueles que acreditam a sorte ou o destino, são algumas das diversas conjunturas probantes que a infância acontece de forma distinta para cada criança, trazendo a cada uma delas experiências diversificadas que contribuirão de forma benéfica, ou não, em todos os estágios de sua evolução, até a conquista da fase adulta.

Concatenando este raciocínio, parece ser possível delimitar o tratamento dado à criança e ao adolescente dentro do ordenamento jurídico brasileiro em três fases: na primeira fase, aproximadamente entre os séculos XVI ao século XIX (1501 a 1900), conforme retrata Ariès (1978), em regra, a criança e o adolescente eram reconhecidos pelos adultos como “bichinhos de estimação”; na segunda fase, aproximadamente a partir da primeira metade do século XX (1901 a 1950), passam a ser tratados como “objetos” de tutela do Estado; e, por fim, na segunda metade do século XX, até os tempos atuais, passam a receber maior proteção tanto da sociedade quanto do Estado, tornando-se alvo de proteção integral e prioritária. (Lima, Poli, José, 2017)

Analizando historicamente, não é correto o passado da sociedade em face das crianças e adolescentes, estes que sofreram por falta de direitos por décadas. Importa destacar que houve mudanças relevantes para a proteção das crianças e adolescentes, estas que atualmente são asseguradas por diversos direitos, assim destaca Hage, Silva e Araújo em sua obra intitulada como “DIREITOS DE CRIANÇAS A ADOLESCENTES NA AMAZÔNIA: Referências para a formação de Conselheiros Tutelares e de Direitos e outros atores do Sistema de Garantia”, descrevendo:

O ECA erige assim, juntamente com a Constituição, um sistema de garantias e um tripé formado pela família, pela sociedade e pelo Estado na proteção das crianças e dos adolescentes. A partir desse novo tratamento, a criança passou a ser considerada em sua dignidade de pessoa humana e sujeito pleno de direito: à vida, à educação, à saúde, ao lazer, à convivência familiar, à integridade física e psicológica também. Repudia-se o uso da palavra “menor”, trazendo o novo Estatuto às expressões “criança”, definida como o jovem até os 12 anos incompletos, e “adolescente”, o jovem entre 12 anos completos e os 18 anos incompletos, reconhecendo as diferenças existentes em cada um destes. (Hage, Silva, Araújo. p.55, 56, 2015)

A lei que define a proteção integral da criança e do adolescente é a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, também conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) a qual é regulamentada pelo artigo 227 da Constituição Federal, o qual destaca:

Art. 227 CF/88: 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.

Importa destacar que, crianças são as pessoas de 0 a 12 anos incompletos e adolescentes são os de 12 anos completos até os 18 anos, estes que, de igual forma, são protegidos pelas normas brasileiras e tratados internacionais.

A proteção integral da criança e do adolescente é um princípio fundamental que reconhece a necessidade de garantir não apenas os direitos básicos, mas também o desenvolvimento pleno e saudável dos menores. A lei acima exposta, demonstra a importância e a necessidade que detêm a sociedade no ato de cuidar e garantir para que as crianças e adolescentes possam crescer saudáveis, seguros e felizes. Isso significa assegurar seus direitos fundamentais e sociais, como ter acesso à educação, saúde, alimentação e um lar seguro, nos termos da CF/1988.

A proteção em face das crianças e adolescentes é de extrema importância, deste modo, não só está regulamentada sobre a legislação brasileira, como também em acordos e pactos internacionais, conforme se fundamenta abaixo.

O Pacto de San José da Costa Rica, o qual foi elaborado em 22 de novembro de 1969 e ratificado pelo Brasil em 06 de novembro de 1992 pelo Decreto 678, fora realizado através da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o qual busca garantir que todos, tenham seus direitos respeitados e protegidos, assim como os direitos das crianças “artigo 19, Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.” (Brasil.1969. D678).

Este tratado é fundamental para que todas as pessoas, inclusive as crianças, independentemente de sua origem, situação econômica ou qualquer outra condição, tenham as mesmas oportunidades e garantias.

Sobre tratados, Marco Junior Gonçalves da Silva, em “Tratados internacionais de proteção infantojuvenil”, descreve:

A população infantil e adolescente constitui uma faixa etária que, pela sua própria natureza, é particularmente afetada pelos fatores socioeconômicos negativos, sobre os quais é necessário atuar com firmeza, a fim de evitar ou reduzir de modo sensível os efeitos perturbadores do enfraquecimento dos laços sociofamiliares, causa de situações irregulares, tais como o abandono familiar, a paternidade irresponsável e os conflitos da lei. As garantias e prerrogativas inerentes à criança e adolescente, seja ela infratora ou não, só será devidamente efetivada a partir do momento em que os Órgãos Internacionais e as leis ratificadas pelas legislações nacionais foram integralmente priorizadas e cumpridas. Tais regras e tratados internacionais são de suma importância, dando norte as legislações pátrias quanto a elaboração de leis específicas de proteção infantojuvenil, além de disciplinar as garantias a serem observadas aos menores infratores em âmbito penal. (Silva, 2013).

Como observado, proteger e priorizar crianças e adolescentes é um compromisso de todos, sendo família, sociedade e Estado. Importante destacar que, seguir as leis que garantem a proteção de crianças e adolescentes é fundamental para construir uma sociedade mais justa, solidária e saudável, onde todos possam ter a chance de se desenvolver plenamente.

A proteção integral às crianças e adolescentes é tão importante que, fora criada a Declaração Universal dos Direitos da Criança em 1959, esta que detalhou os direitos dos menores e estabeleceu compromissos mais concretos para os Estados, incluindo obrigações legais de respeitar e promover os direitos das crianças.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança rege-se em 10 (dez) importantíssimos princípios reguladores da obrigatoriedade em face dos demais, sendo família, Estado e sociedade, para que estes respeitem e cumpram as normas para com a proteção das crianças, os quais se dão na seguinte ordem:

Princípio I - DIREITO À IGUALDADE, SEM DISTINÇÃO DE RAÇA RELIGIÃO OU NACIONALIDADE - A criança desfrutará de todos os direitos enunciados nesta Declaração. Estes direitos serão outorgados a todas as crianças, sem qualquer exceção, distinção ou discriminação por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de outra natureza, nacionalidade ou origem social, posição econômica, nascimento ou outra condição, seja inerente à própria criança ou à sua família. (DUDC, UNICEF)

Sobre o Princípio I, resumidamente, descreve que todos os direitos são garantidos a todas as crianças, sem distinção de raça, religião, nacionalidade ou outras condições.

Princípio II - DIREITO À ESPECIAL PROTEÇÃO PARA O SEU DESENVOLVIMENTO FÍSICO, MENTAL E SOCIAL - A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança. (DUDC, UNICEF)

Princípio II, a criança deve receber proteção e recursos para se desenvolver física, mental, moral, espiritual e socialmente, priorizando sempre seu melhor interesse.

Princípio III - DIREITO A UM NOME E A UMA NACIONALIDADE - A criança tem direito, desde o seu nascimento, a um nome e a uma nacionalidade. (DUDC, UNICEF)

Princípio III, desde o nascimento, a criança tem direito a um nome e à nacionalidade.

Princípio IV - DIREITO À ALIMENTAÇÃO, MORADIA E ASSISTÊNCIA MÉDICA ADEQUADAS PARA A CRIANÇA E A MÃE - A criança deve gozar dos benefícios da previdência social. Terá direito a crescer e desenvolver-se em boa saúde; para essa finalidade deverão ser proporcionados, tanto a ela, quanto à sua mãe, cuidados especiais, incluindo-se a alimentação pré e pós-natal. A criança terá direito a desfrutar de alimentação, moradia, lazer e serviços médicos adequados. (DUDC, UNICEF).

Princípio IV assegura cuidados essenciais para a saúde e bem-estar da criança e da mãe, incluindo alimentação, abrigo e atendimento médico.

Princípio V - DIREITO À EDUCAÇÃO E A CUIDADOS ESPECIAIS PARA A CRIANÇA FÍSICA OU MENTALMENTE DEFICIENTE - A criança física ou mentalmente deficiente ou aquela que sofre de algum impedimento social deve receber o tratamento, a educação e os cuidados especiais que requeira o seu caso particular. (DUDC, UNICEF).

Princípio V, as crianças com necessidades especiais devem receber atendimento, educação e suporte adequados.

Princípio VI - DIREITO AO AMOR E À COMPREENSÃO POR PARTE DOS PAIS E DA SOCIEDADE - A criança necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade; sempre que possível, deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais, mas, em qualquer caso, em um ambiente de afeto e segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, não se deverá separar a criança de tenra idade de sua mãe. A sociedade e as autoridades públicas terão a obrigação de cuidar especialmente do menor abandonado ou daqueles que careçam de meios adequados de subsistência. Convém que se concedam subsídios governamentais, ou de outra espécie, para a manutenção dos filhos de famílias numerosas. (DUDC, UNICEF).

Princípio VI, a criança deve crescer com afeto, preferencialmente sob os cuidados dos pais, em um ambiente seguro e acolhedor.

Princípio VII - DIREITO À EDUCAÇÃO GRATUITA E AO LAZER INFANTIL - A criança tem direito a receber educação escolar, a qual será gratuita e obrigatória, ao menos nas etapas elementares. Dar-se-á à criança uma educação que favoreça sua cultura geral e lhe permita - em condições de igualdade de oportunidades - desenvolver suas aptidões e sua individualidade, seu senso de responsabilidade social e moral. Chegando a ser um membro útil à sociedade. O interesse superior da criança deverá ser o interesse diretor daqueles que têm a responsabilidade por sua educação e orientação; tal responsabilidade incumbe, em primeira instância, a seus pais. A criança deve desfrutar plenamente de jogos e brincadeiras os quais deverão estar dirigidos para educação; a sociedade e as autoridades públicas se esforçarão para promover o exercício deste direito. (DUDC, UNICEF).

Princípio VII, a criança tem direito a educação básica gratuita e ao lazer, promovendo seu desenvolvimento integral.

Princípio VIII - DIREITO A SER SOCORRIDO EM PRIMEIRO LUGAR, EM CASO DE CATÁSTROFES - A criança deve - em todas as circunstâncias - figurar entre os primeiros a receber proteção e auxílio. (DUDC, UNICEF).

Princípio VIII, em situações de emergência, as crianças devem receber proteção e assistência em primeiro lugar.

Princípio IX - DIREITO A SER PROTEGIDO CONTRA O ABANDONO E A EXPLORAÇÃO NO TRABALHO - A criança deve ser protegida contra toda forma de abandono, crueldade e exploração. Não será objeto de nenhum tipo de tráfico. Não se deverá permitir que a criança trabalhe antes de uma idade mínima adequada; em caso algum será permitido que a criança dedique-se, ou a ela se imponha, qualquer ocupação ou emprego que possa prejudicar sua saúde ou sua educação, ou impedir seu desenvolvimento físico, mental ou moral. (DUDC, UNICEF).

Princípio IX, a criança deve ser protegida de trabalho precoce, exploração e maus-tratos, garantindo sua saúde e desenvolvimento.

Princípio X - DIREITO A CRESCER DENTRO DE UM ESPÍRITO DE SOLIDARIEDADE, COMPREENSÃO, AMIZADE E JUSTIÇA ENTRE OS POVOS - A criança deve ser protegida contra as práticas que possam fomentar a discriminação racial, religiosa, ou de qualquer outra índole. Deve ser educada dentro de um espírito de compreensão, tolerância, amizade entre os povos, paz e fraternidade universais e com plena consciência de que deve consagrar suas energias e aptidões ao serviço de seus semelhantes. (DUDC, UNICEF).

E, o Princípio X, fala que a criança deve ser educada em valores de compreensão, paz, amizade e igualdade, para contribuir com uma sociedade justa e solidária.

Destaca-se ainda que, o direito da criança e do adolescente é prioritário, desta forma, não obstante as leis e declarações já citadas, em 1989 criou-se também, através da Organização das Nações Unidas (ONU) o tratado internacional denominado como a “Convenção sobre os Direitos da Criança”, conforme se destaca na linha do tempo publicada no Portal EBC com o tema “ECA completa 25 anos: mas ações de proteção a crianças começaram na época colonial” destacando os principais contextos históricos relacionados às crianças e adolescentes desde 1726, informando o seguinte sobre a Convenção:

2 de Setembro de 1990, Brasil assina Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança - A Convenção Internacional sobre os direitos da Criança é um tratado aprovado na ONU em 20 de novembro de 1989, o Brasil para assegurar os direitos da criança mundialmente. Apesar do Brasil ter se baseado no documento para redigir o ECA, o Estado Brasileiro somente ratificou o tratado no Brasil em 1990. (EBC, portal, 2015)

A Convenção sobre os Direitos das Crianças estabelece um conjunto de Direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais para proteger e promover o bem-estar das crianças em todo o mundo, assim descreve o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) em sua publicação “Convenção sobre os Direitos da Criança - Versão para crianças e adolescentes”, segue:

Todas as crianças e todos os adolescentes têm os mesmos direitos. Direitos são as vantagens, permissões e oportunidades que cada criança ou adolescente deve ter. A Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece esses direitos em 54 artigos e em um conjunto de "Protocolos Facultativos" que listam direitos adicionais. A Convenção é guiada por quatro princípios gerais: **a não discriminação (artigo 2º), o melhor interesse da criança (artigo 3º), o direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento (artigo 6º) e o direito de ser ouvida e levada a sério (artigo 12)**. (UNICEF, Brasil) (grifo da autora)

Na intenção de melhorar a vida social futura das crianças, fora criado também o programa “Criança Feliz”, o qual tem o objetivo de apoiar e acompanhar o desenvolvimento infantil integral na primeira infância, no período compreendido entre 0 a 6 anos, facilitar o acesso da gestante, das crianças na primeira infância e de suas famílias às políticas e aos serviços públicos que necessitam.

O programa “Criança Feliz” foi regulamentado pela lei nº 13.257, de 8 de março de 2016, este se desenvolve por meio de visitas domiciliares que buscam envolver ações de saúde, educação, assistência social, cultura e direitos humanos. As visitas são ofertadas pelos municípios. Contudo, conforme a Resolução nº 07, de 22 de maio de 2017, do Conselho Nacional de Assistência Social, este programa só pode ser realizado através do Centro de Referência de Assistência Social (CRAS) com registro no Cadastro Nacional do Sistema Único de Assistência Social CadSua e, ainda, se houver pelo menos 140 (cento e quarenta) indivíduos do público prioritário do Programa.

No Estado do Paraná, o programa Criança Feliz foi bem visto, conforme relata a notícia no portal PR.GOV.BR:

O Ministério da Cidadania fez um reconhecimento público ao Programa Criança Feliz Paraná como um dos melhores do país na atuação junto à primeira infância. “Este reconhecimento nacional é o que nos impulsiona a trabalhar cada vez mais. Principalmente neste momento de pandemia, uma vez que o programa acaba de ser estendido para crianças, que perderam pais ou cuidadores durante o Covid-19”, destaca o secretário de Justiça, Família e Trabalho, Ney Leprevost. (Lacour. 2021).

Como demonstrado, o programa Criança Feliz é de extrema importância para as crianças. Este programa ajuda no desenvolvimento dos menores para que haja um futuro promissor a estes que, muitas vezes, podem sofrer dificuldades em seu seio familiar, seja por falta de estrutura emocional ou econômica.

Ante exposto, restou-se claro a importância dos direitos das crianças e adolescentes na sociedade, assim dispõe André Viana Custódio, em seu artigo “Os novos direitos da criança e do adolescente”

O Direito da Criança e do Adolescente concebido segundo as diretrizes de garantia de um modelo de Estado, que se pretende social, democrático e de Direito, é constituído por diversas fontes e caracteriza-se como um dos chamados novos direitos. Por isso, sua apreensão acarreta o reconhecimento de complexas normatividades que regulam o espaço da vida social. De qualquer forma, o Direito da Criança e do Adolescente representa um conjunto de garantias amparadas por variados ramos do direito brasileiro. Há, sob esse aspecto, um Direito Constitucional da Criança e do Adolescente, um Direito Estatutário da Criança e do Adolescente, um Direito Internacional da Criança e do Adolescente dentre outros campos, que inter-relacionados constituem uma disciplina jurídica autônoma denominada simplesmente pelo que apresentam em comum: o Direito da Criança e do Adolescente (Custódio. p.16, 2006).

Resta evidente a importância do ser humano vulnerável nas mais diversas esferas perante a sociedade e, os cuidados que dela padece. Incluso neste âmbito, a família e Estado, em conjunto, resguardando os valores e os direitos destes.

2.1. O poder de Polícia em face do Conselho Tutelar

Para compreender-se o poder de polícia no âmbito do Conselho Tutelar, faz-se necessário compreender primeiramente de onde vem o poder de polícia e de quem demanda este ato.

O poder de polícia está regulado pelo artigo 78 do Código Tributário Nacional, que menciona:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos (Redação dada pelo Ato Complementar nº31, de 1966).

Para a exegese do conceito de Poder de Polícia, Maria Sylvia Zanella di Pietro esclarece:

Pelo conceito clássico, ligado à concepção liberal do século XVIII, o poder de polícia compreendia a atividade estatal que limitava o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança. Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público. Esse interesse público diz respeito aos mais variados setores da sociedade, tais como segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade. Daí a divisão da polícia administrativa em vários ramos: polícia de segurança, das florestas, das águas, de trânsito, sanitária etc. (Di Pietro. p,137, 2022).

Como declarado por Di Pietro, o poder de polícia está em diversos atos da administração pública, cujos vinculam-se aos direitos fundamentais da pessoa humana que, ainda, vale ressaltar, não devem ser violados, pois assim descreve o artigo 5º da CF/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (Brasil, CF/88)

Por isto, como exposto, existe o poder de polícia em face de mais de um ramo da administração pública, como o ramo da segurança de trânsito, segurança sanitária, florestais, e etc, pois estes devem agir em prol da fiscalização, assim como, devem impor limites e regularidades em face da melhor escolha para a sociedade diante da lei.

Ainda, nas palavras de Di Pietro:

O poder de polícia que o Estado exerce pode incidir em duas áreas de atuação estatal: na administrativa e na judiciária. A principal diferença que costuma apontar entre as duas está no caráter preventivo da polícia administrativa e no repressivo da polícia judiciária. A primeira terá por objetivo impedir as ações antissociais, e a segunda, punir os infratores da lei penal. (Di Pietro. P,138, 2022).

O poder de polícia permite ao Estado regulamentar e fiscalizar atividades e comportamentos que possam gerar riscos ou prejuízos à coletividade. A luz da doutrina de Caio Tácito, destaca:

O poder de polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à administração para disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais. Essa faculdade administrativa não violenta o princípio da legalidade porque é da própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia dos interesses da coletividade. (Tácito. p. 08, 1952).

Para melhor compreensão, entende-se que o poder de polícia é a faculdade que a administração pública obtém para restringir ou regular direitos, liberdades e atividades, visando o bem-estar social e a ordem pública.

No entendimento de Hely Lopes Meirelles em sua doutrina “Poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional” este descreve:

Em linguagem menos técnica podemos dizer que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública, para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacionais. (HL Meireles. 1976, p. 2).

Quando se fala sobre o poder de polícia, deve-se ter em mente que este poder serve para que o Estado utilize-o para a aplicação de normas, fiscalização e segurança das pessoas, cujas crianças e adolescentes são a esfera primordial, pois estes, são o futuro do país.

A matéria no Instituto C, publicada em setembro de 2023, descreve as atribuições do Conselho Tutelar sobre os direitos das crianças e adolescentes, o qual informa:

O Conselho Tutelar possui diversas atribuições, que visam garantir o pleno desenvolvimento e proteção desses direitos. Entre suas principais atribuições, podemos destacar: Atender e aconselhar crianças, adolescentes e seus pais ou responsáveis, fornecendo orientações e encaminhamentos necessários; Realizar diligências e visitas domiciliares, verificando situações de vulnerabilidade e risco; Requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, assistência social, entre outros, visando garantir o acesso aos direitos fundamentais; Encaminhar casos às autoridades competentes, como o Ministério Público, em situações de violação dos direitos das crianças e adolescentes; Mediar conflitos familiares e promover ações de conscientização e prevenção de violência; Representar crianças e adolescentes em situações judiciais; Fiscalizar entidades de atendimento, como abrigos e casas de acolhimento, verificando as condições de acolhimento oferecidas; Promover a articulação e integração da rede de proteção à infância e adolescência, envolvendo diversos órgãos e instituições. (Instituto C. 2023).

Ante o exposto, conforme características do poder de polícia e as atribuições do Conselho Tutelar expostas acima, tem-se a análise que o Conselho Tutelar detém força para proteger, aconselhar, executar ações e entre outras atribuições para com proteção e ajuda das crianças e adolescentes, assim como seus pais ou responsáveis, quando necessário, sem precisar da tutela judicial, obtendo este a discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade do poder de polícia.

Sobre a discricionariedade: “A discricionariedade é o poder que a autoridade administrativa tem de escolher, dentro dos limites legais, por critérios de conveniência e oportunidade, o ato a ser praticado.” (Oliveira. Esmam. TJAM, 2022)

Ainda, conforme Rosa, no site enciclopédia da PUC-SP, discricionariedade é:

Discricionariedade é a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei, ou seja, a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas, porém, válidas perante o direito. É, portanto, um poder que o direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos, com a liberdade na escolha segundo os critérios de conveniência, oportunidade e justiça, próprios da autoridade, observando sempre os limites estabelecidos em lei, pois estes critérios não estão definidos em lei. (Rosa. PUC-SP, 2019).

A discricionariedade é quando o Estado decide tomar uma medida com uma maior liberdade diante da legalidade e, em face da melhor escolha para sociedade. No âmbito do Conselho Tutelar, não é diferente, a discricionariedade refere-se à margem de liberdade que os conselheiros têm para tomar decisões com base no seu julgamento sobre qual é a melhor medida protetiva a ser aplicada em determinada situação concreta, visando sempre o melhor interesse da criança ou adolescente, assim como define o artigo 137 do ECA, que estabelece “As decisões do Conselho Tutelar somente poderão ser revistas pela autoridade judiciária a pedido de quem tenha legítimo interesse”. (ECA)

Ainda, com base no artigo 137 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) fora realizada a palestra proferida no “XXIII Encontro Regional de Conselheiros Tutelares do Vale do Sinos, Caí e Paranhana no Rio Grande do Sul, realizado no dia 29 de abril de 1999” que trouxe o comentário:

Decisões do Conselho Tutelar. O Conselho Tutelar goza de um poder **discricionário** para agir e para decidir seus casos de atendimento. São suas mais destacadas expressões de autonomia. Não há obrigatoriedade do Conselho Tutelar proferir decisão escrita, nem de aprofundar-se em uma fundamentação. Como órgão de defesa da cidadania, cabe sempre ao

Conselho Tutelar informar a possibilidade do recurso judicial de suas decisões. (Vale do Sinos, Caí, Paranhana.1999) (grifo da autora).

O poder discricionário está vinculado ao Conselho tutelar, para que este tome medidas com certa liberdade, mas pensando no melhor da criança e do adolescente.

Sobre a autoexecutoriedade, destaca Meirelles "A autoexecutoriedade consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial." (Meirelles, p.142,1998).

No Conselho Tutelar a autoexecutoriedade se resume na capacidade deste em aplicar diretamente suas decisões, sem a necessidade de uma ordem judicial prévia. Isso significa que, ao identificar uma situação de risco ou violação de direitos de crianças e adolescentes, o Conselho Tutelar pode aplicar medidas de proteção imediatas, com base no que está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), assim como destaca o site do Ministério Público do Estado do Paraná:

O Conselho Tutelar tem poderes para aplicar 7 (sete) medidas específicas de proteção: 1. Encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade: Retornar criança ou adolescente aos seus pais ou responsável, acompanhado de documento escrito, que deverá conter as orientações do Conselho Tutelar para o seu atendimento adequado. Notificar pais ou responsável que deixam de cumprir os deveres de assistir, criar e educar suas crianças e adolescentes. Convocá-los à sede do Conselho Tutelar para assinar e receber termo de responsabilidade com o compromisso de doravante zelar pelo cumprimento de seus deveres 2. Orientação, apoio e acompanhamento temporários Complementar a ação dos pais ou responsável com a ajuda temporária de serviços de assistência social a crianças e adolescentes. Aplicar esta medida por solicitação dos pais ou responsável e também a partir de estudo de caso que evidencie suas limitações para conduzir a educação e orientação de suas crianças e adolescentes. 3. Matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental: Garantir matrícula e frequência escolar de criança e adolescente, diante da impossibilidade ou incapacidade de pais ou responsável para fazê-lo. Orientar a família ou entidade de atendimento para acompanhar e zelar pelo caso. Orientar o dirigente de estabelecimento de ensino fundamental para o cumprimento de sua obrigação: acompanhar o caso e comunicar ao Conselho Tutelar (ECA, art. 56): maus-tratos envolvendo seus alunos; reiteração de faltas injustificadas; evasão escolar, esgotados os recursos escolares; elevados índices de repetência. 4. Inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente: Requisitar os serviços sociais públicos ou comunitários, diante das limitações ou falta de recursos dos pais para cumprirem seus deveres de assistir, criar e educar seus filhos. Encaminhar a família, a criança ou o adolescente ao(s) serviço(s) de assistência social que executa (m) o(s) programa(s) que o caso exige. 5. Requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico em regime hospitalar ou ambulatorial: Acionar o serviço público de saúde, para garantia de atendimento à criança e ao adolescente, particularmente diante das situações que exigem tratamentos especializados e quando as famílias não estão sendo atendidas ou são

atendidas com descaso e menosprezo. Chamar a atenção dos responsáveis pelos serviços de saúde para o direito de prioridade absoluta das crianças e adolescentes (CF, art. 227 e ECA, art. 4). 6. Inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos: Proceder da mesma maneira que na medida anterior. 7. Abrigo em entidade: Encaminhar criança ou adolescente para entidade de atendimento que ofereça programa de abrigo (ECA, art. 92), sempre como medida provisória e preparadora de sua reintegração em sua própria família ou, excepcionalmente, em família substituta. Comunicar a medida imediatamente à autoridade judiciária. Acompanhar o caso sistematicamente para garantir e promover a transitoriedade e provisoriedade do abrigo em entidade, requisitando para tanto o apoio dos serviços públicos de assistência social. A autoridade judiciária é quem, com base nos argumentos apresentados pelo Conselho, vai transferir ou não a guarda da criança ou adolescente do pai, da mãe ou do responsável anterior para o dirigente do programa de abrigo. Se o Juiz não se convence da necessidade da medida de abrigo em entidade, a decisão do Conselho deixa de valer. (CAOP)

Como visto, o poder de polícia está expresso em toda e qualquer atitude do Conselho Tutelar para com a proteção às crianças e adolescentes, deixando evidente a importância e o poder que este órgão detêm em suas mãos, o qual deve agir em prol da igualdade, respeito, tolerância e na fiscalização dos direitos dos menores perante a sociedade.

3. IMPACTOS E DESAFIOS INERENTES AO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA DO CONSELHO TUTELAR EM FACE DE ATOS ENVOLVAM CRIANÇAS E ADOLESCENTES SOB SITUAÇÃO DE ABANDONO SOCIAL

Muitas crianças e adolescentes que vivem abandonadas socialmente, como os que vivem em situação de rua, estão frequentemente expostos à situações de violência, exploração sexual e trabalho infantil. Essa realidade, quando comprovada, compromete a segurança e o desenvolvimento saudável dos menores. Embora existam políticas e instituições, como os Conselhos Tutelares e abrigos, muitas vezes a rede de proteção é insuficiente ou não funciona de maneira integrada. Isso resulta em um atendimento ineficaz às necessidades dessas crianças e adolescentes, neste sentido destaca a matéria do Instituto Geração do Amanhã, informando sobre a situação dos menores em 2022:

Segundo informações do portal G1, um censo que vem, sendo realizado pela Prefeitura de São Paulo em maio de 2022, época em que escrevemos essa matéria, mostrou que a maior cidade em número de habitantes do Brasil conta com 526 pontos de concentração de crianças e adolescentes em situação de rua.

Em dois anos, houve um aumento de 30% no número de moradores de rua na cidade, que chega a quase 32 mil pessoas. E apesar de não termos o

número exato de crianças e adolescentes dentro desse montante em 2022, fica evidente que a parcela deles que está sem um teto também aumentou. É quase impossível parar em um farol na região central da capital paulistana, por exemplo, sem que uma criança venha oferecer algum serviço, vender doces ou simplesmente pedir auxílio para si e para sua família.

As violações de direitos que essas crianças sofrem ficaram ainda mais evidentes após uma pesquisa realizada pela Associação Beneficente O Pequeno Nazareno e pelo Centro Internacional de Estudos e Pesquisas sobre a Infância da PUC do Rio de Janeiro sobre crianças e adolescentes em situação de rua e em acolhimento institucional. (Instituto Geração do Amanhã, pesquisa realizada em 13/11/2024)

Na mesma linha, continua a matéria:

Além disso, a pesquisa mostrou que cerca de 60% dos menores que vivem nas ruas e 70% dos que estão acolhidos frequentam a escola, mas a pandemia tornou nula a frequência escolar presencial, e assim eles passaram mais tempo nas ruas, sem opções reais de lazer, sem ter onde brincar e sem condições de ocupar seu tempo de maneira saudável. Como resultado, acaba ocorrendo, em muitos casos, a exploração do trabalho infantil, com as crianças sendo colocadas na “linha de frente” desde cedo, seja para pedir, seja para vender. Mas é óbvio que isso não é uma regra: nem toda mãe e pai em situação de rua coloca seus filhos nessa situação. Há quem sofra para criá-los da melhor maneira possível dentro dessa situação limite, em que alimentação e higiene, quando possível, são obtidos com esforço máximo. Lembrando que há gestantes e bebês em situação de rua também. Em um questionário realizado pela ONG Visão Mundial com 586 crianças e adolescentes com idades entre 3 e 17 anos, as respostas passam longe do que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) 19% dos entrevistados revelaram dormir com fome, 37% sofreram violência de algum tipo e 70% sofreram violência doméstica. Já 12% relataram realizar trabalho infantil, ao passo que 79% informaram que nunca tiveram contato com furto ou roubo. (Instituto Geração do Amanhã, pesquisa realizada em 13/11/2024)

Assim como informa a matéria acima, há a existência de dificuldades em face da obtenção de uma vida digna para crianças e adolescentes e, neste contexto, importa saber que a responsabilidade para a mudança desta situação é vinculada à sociedade, família e Estado, assim como, também para o Conselho Tutelar. Analisando os fatos decorrentes já citados, é importante compreender que o poder de polícia que detêm o Conselho Tutelar serve para que, através de suas ações, façam com que casos como estes diminuam, objetivando uma melhora na vida das crianças e adolescentes.

Conforme a revista Âmbito Jurídico, o conselho tutelar obtém as seguintes características para com as crianças e adolescentes:

Os Conselhos Tutelares surgiram no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Esta Lei é conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente – Eciad.

No Brasil, os Conselhos Tutelares são órgãos municipais destinados a zelar pelos direitos das crianças e adolescentes. **Sua competência e organização estão previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 131 a 140). O Conselho Tutelar é um órgão autônomo e permanente, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente.**

Art. 131. O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei. Não depende de autorização para o exercício das atribuições legais que lhe foram conferidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente: artigos 136, 95, 101 (I a VII) e 129 (I a VII). Ou seja, enquanto órgão público autônomo, no desempenho de suas atribuições legais, não se subordina aos Poderes Executivo e Legislativo Municipais, ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público. Todavia, prevê o art. 135 da Lei nº 8.069/90 que O exercício efetivo da função de conselheiro constituirá serviço público relevante, estabelecerá presunção de idoneidade moral e assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo. (REIS. 2011) (grifo da autora)

Importante declarar que, o Conselho Tutelar detêm importantes características do poder de polícia, tais como a autoexecutoriedade e a discricionariedade. A autoexecutoriedade deste órgão é para que execute ações que sejam em face da proteção do menor, como por exemplo, ao receber uma denúncia sobre um menor que esteja sendo abusado sexualmente ou sendo explorado para o trabalho infantil, pode o Conselho Tutelar pensar em uma melhor solução para aquela criança, assim como, pode executar a ação que seja necessária dentro dos parâmetros da legalidade e contribuições que define o artigo 136 do (ECA). Ainda, pode aplicar as ações mesmo que o seio familiar não concorde, porém, garantindo-lhes o contraditório e a ampla defesa.

Art. 101 da Lei Nº 8.069 | Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de Julho de 1990 - § 2º Sem prejuízo da tomada de medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual e das providências a que alude o art. 130 desta Lei, o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária e importará na deflagração, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, de procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa. (Brasil, ECA)

Quando o Conselho Tutelar utiliza seus atos com base no poder de polícia, este age em prol de uma sociedade melhor, pois a criança que sofre qualquer tipo de violação de direito, não pode ter sua dignidade fragilizada. Por isso, o Conselho Tutelar, ao avistar uma situação de risco, pode aplicar medidas sem a tutela judicial, para o melhor da criança e do adolescente, dentro da legalidade.

Marie-Pierre Poirier, Representante do Unicef no Brasil, na 1ª edição de “Violência Faz Mal à Saúde” escrito através do Ministério da Saúde, fala sobre a violência em face das crianças e adolescentes, declarando:

O Estatuto da Criança e do Adolescente garante a todo menino e menina o direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas públicas que permitam seu nascimento e desenvolvimento sadio e harmonioso. A força da lei, no entanto, não tem sido suficiente. Nossas crianças e nossos adolescentes, todos os dias, são vítimas de diversos tipos de violência. Têm seus direitos violados, sua vida ameaçada, seus sonhos interrompidos. O cenário de violência começa, muitas vezes, na casa da criança, passa por escolas e suas redondezas, pela comunidade, por outras instituições. Além das marcas físicas, quando não leva à morte, a violência deixa seqüelas emocionais que podem comprometer de forma permanente as crianças e os adolescentes. Ela prejudica o aprendizado, as relações sociais, o pleno desenvolvimento. Seus efeitos perversos podem se manifestar, ainda, na construção de um círculo de reprodução e retroalimentação de práticas violentas, em que, novamente, meninos e meninas serão as principais vítimas. (Poirier, p.12,2006)

Com base no que declara Poirier, parte das crianças e adolescentes brasileiras enfrentam dificuldades para acessar a educação, saúde e alimentação, assim como, ter uma vida digna. Neste sentido, compreende-se que muitas não frequentam a escola e, quando o fazem, enfrentam barreiras como a falta de documentos ou apoio familiar.

Com base nos dados já destacados, ficou claro que no Brasil há dificuldades para a melhoria dos índices de desigualdade, pois muitas vezes a sociedade, família e Estado não colocam em prática o que prega o Estatuto da Criança e do Adolescente, o que gera mais dificuldades na atuação do Conselho Tutelar, pois mesmo que este órgão seja autônomo e não jurisdicional, precisa atuar através da parceria com demais órgãos para a efetividade de suas ações. Nesta linha de pensamento, André Viana e Ismael Francisco mencionam com base na obra de Baracho:

Assim, os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente enfrentam dificuldades de duas ordens: gerir de forma participativa as políticas de garantia e, ainda, articular estas com os diversos setores e organizações igualmente responsáveis por políticas sociais direcionadas à infância e adolescência. O município, dessa forma, é o espaço adequado, ideal, para que bem se relacionem população e autoridades políticas, por ser esse espaço facilitador do diagnóstico das demandas sociais e da participação motivada e responsável da sociedade na busca da solução dessas demandas, o que acaba por gerar confiança e credibilidade (Baracho, 1996).

Não obstante a dificuldade aparente do Conselho Tutelar em obter melhores resultados em participação com outros órgãos e sociedade, ainda, conforme as palavras de Sheila Agda Ribeiro da Silva e Tânia Suely Antonelli Marcelino Brabo, o poder público resta ausente em face de melhorias também nas escolas:

Se o poder público não proporciona as condições necessárias para que o Conselho possa realizar seu trabalho a contento e atender às necessidades das escolas, podemos afirmar que não há preocupação com a criança e adolescente além de falta de vontade política para esse atendimento, contrariando o dever da autoridade política em garantir os direitos da população como um todo, garantidos constitucionalmente. O estudo tem mostrado, ademais, que a ação dos Conselhos Tutelares em conjunto com as escolas pode propiciar a concretização do verdadeiro compromisso garantido na legislação brasileira e dever de toda a sociedade: criança, prioridade absoluta; crianças e adolescentes, meninos ou meninas, sujeitos de direitos. (Silva. Brabo, p.59. 2008).

Destarte, os desafios do Conselho tutelar resultam da falta de parceria de outros órgãos, assim como, com o poder público, este que é responsável pela garantia dos direitos fundamentais das pessoas, dos quais estão em prioridade as crianças e adolescentes, com base no que prega a CF/88 e o ECA. Ainda, mesmo que o Conselho Tutelar, através de seus agentes, detenha o poder de polícia para atuação de suas atribuições, essa qual é atuar em prol da proteção dos direitos das crianças e adolescentes, este não pode agir sozinho em todas as situações, como exemplo a fiscalização dos menores. Sobre o assunto, descreve o site do Ministério Público do Paraná:

A propósito, **o Conselho Tutelar não é órgão de segurança pública, e não lhe cabe a realização do trabalho de investigação policial, substituindo o papel da polícia judiciária (polícia civil)**. O que pode fazer é se prontificar a auxiliar a autoridade policial no acionamento de determinados serviços municipais que podem intervir desde logo (como psicólogos e assistentes sociais com atuação junto aos CREAS/CRAS, CAPs e outros serviços públicos municipais), inclusive para evitar a "revitimização" da criança ou adolescente, quando da coleta de provas sobre o ocorrido. Tal intervenção (tanto do Conselho Tutelar quanto dos referidos profissionais e autoridades que devem intervir no caso), no entanto, deve invariavelmente ocorrer sob a coordenação da autoridade policial (ou do Ministério Público), inclusive para evitar prejuízos na coleta de provas. Vale lembrar que, em casos semelhantes, é preciso proceder com extrema cautela, diligência e profissionalismo, de modo a, de um lado, responsabilizar o(s) agente(s) e, de outro, proteger a(s) vítima(s). O próprio Conselho Tutelar pode (deve), se necessário por intermédio do CMDCA local, estabelecer um "fluxo" ou "protocolo" de atendimento interinstitucional, de modo que sejam claramente definidas as providências a serem tomadas quando da notícia de casos de violência contra crianças e adolescentes, assim como as responsabilidades de cada um, de modo que o fato seja rapidamente apurado e a vítima receba o atendimento que se fizer necessário por quem de direito. **Em qualquer**

caso, é preciso ficar claro que todos os órgãos, serviços e autoridades co-responsáveis pelo atendimento do caso devem agir em regime de colaboração. É preciso, em suma, materializar a tão falada "rede de proteção à criança e ao adolescente", através da articulação de ações e da integração operacional entre os órgãos co-responsáveis. (MPPR, 2012) (grifo da autora).

O Conselho Tutelar demanda de atos administrativos, tal como a motivação. Desta forma, para melhor compreensão, tem-se como exemplo em face da motivação a ajuda do Conselho Tutelar na fiscalização das crianças e adolescentes em situação de rua ou outra situação que demande a obrigatória presença e colaboração da Polícia Judiciária, assim como, o auxílio na fiscalização juntamente às escolas, tal como prega o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 56. Os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de: I - maus-tratos envolvendo seus alunos, II - reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares, III - elevados níveis de repetência. (BRASIL, ECA 1990).

A motivação nestes casos, ocorre por conta da fiscalização não ser exata atribuição do Conselho Tutelar e, caso este órgão realize-as, deverá ser juntamente a demais órgãos, cujo ainda, deve declarar de forma expressa à Justiça da Infância e Juventude e ao Ministério Público a motivação do caso concreto.

Desta forma, o poder de polícia inerente às funções do Conselho Tutelar é desafiador quando este órgão atua sem a colaboração do poder público, sociedade e família das crianças e adolescentes.

3.1. Entendimento jurisprudencial embasado no poder de polícia do Conselho Tutelar

Como já dito em tópicos anteriores, mesmo que o Conselho Tutelar detenha discricionariedade e autoexecutoriedade, este necessita da colaboração do Poder Público para que seus atos sejam concluídos com maior efetividade. Com base neste conceito, o acórdão recorrido no Tribunal de Justiça do Ceará define a competência do município em face do Conselho Tutelar:

Jurisprudência. Ementa: DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSELHO TUTELAR EM CONDIÇÕES PRECÁRIAS DE FUNCIONAMENTO. OMISSÃO DO MUNICÍPIO. OBRIGAÇÃO DE FAZER PARA SUPRIR AS

NECESSIDADES URGENTES. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINARMENTE. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA. 1.O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da proteção à criança e ao adolescente, sem que isso configure violação ao princípio da separação dos poderes, conforme já assentou o STF. 2. É dever do Município suprir as necessidades urgentes do Conselho Tutelar para seu funcionamento, em garantia aos direitos indisponíveis e de aplicação imediata da criança e do adolescente previstos no ECA e na Constituição Federal (art. 227). 3. A "reserva do possível" nunca pode estar dissociada do "mínimo existencial", pois somente depois deste ser atendido aí incluído o direito da criança e do adolescente é que o Poder Público terá discricionariedade para cogitar a efetivação de outros gastos. 4.Na hipótese, não merece reproche a decisão que, diante da comprovação das condições precárias em que se encontra o Conselho Tutelar local, determinou liminarmente ao Município que providenciasse o fornecimento de material de expediente e a disponibilização de profissionais da área de pedagogia, psicologia e assistência social, de veículo com motorista e de imóvel aparelhado com mobiliário e computadores. 5.Agravo de Instrumento conhecido e não provido. ACÓRDÃO ACORDA a 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por uma de suas turmas julgadoras, à unanimidade, em conhecer do Agravo de Instrumento, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator, parte deste. Fortaleza, 15 de julho de 2019. (TJ-CE - Agravo de Instrumento. AC: 6241494220188060000. Acarape. Jurisprudência. Acórdão publicado em 15/07/2019)

A presente decisão acima apresenta fundamentos que regulamentam a obrigação do município em suprir as necessidades do Conselho Tutelar em face da melhoria deste e, para com a garantia dos direitos das crianças e adolescentes. Desta forma, mais uma vez analisa-se que, mesmo que o Conselho Tutelar seja revestido das atribuições do poder de polícia e, ainda, seja um órgão autônomo, este necessita da colaboração do município para existir e aplicar seus atos com efetividade.

Logo, veja-se a jurisprudência discutida no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, esta que menciona sobre a competência do Conselho Tutelar:

Jurisprudência. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO COM PEDIDO DE RATIFICAÇÃO DE MEDIDA DE PROTEÇÃO APLICADA PELO CONSELHO TUTELAR E RATIFICADA NOS AUTOS DO PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. INDEFERIMENTO DA INICIAL. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. ART. 101, § 2 E ART. 153, P.U. DO ECA. NECESSIDADE DE PROCESSO CONTENCIOSO. AFASTAMENTO DO MENOR DO CONVÍVIO DA FAMÍLIA. SENTENÇA CASSADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. - O interesse processual é um dos requisitos fundamentais para o desenvolvimento válido e efetivo de um processo judicial. Ele se refere à necessidade e utilidade da atividade jurisdicional para resolver um conflito ou buscar a tutela de um direito - O Conselho Tutelar tem competência para aplicar a medida emergencial de acolhimento institucional, mas o afastamento da criança e do adolescente de seu convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária e importará na deflagração, a pedido do Ministério

Público ou de quem tenha legítimo interesse, do procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa - A ratificação judicial do pedido de providências instaurado pelo Conselho Tutelar para abrigamento do menor e consequente afastamento do convívio familiar não leva ao reconhecimento da inexistência de interesse do Ministério Público para a propositura da ação contenciosa, para fins de manutenção da situação fática, eis que ao propor a ação encontra-se no estrito cumprimento do seu dever legal, no qual se garante aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa (Art. 101, § 2, ECA), vez que a medida aplicada pelo Conselho Tutelar acarretou no afastamento do menor do convívio de sua família e tem natureza administrativa (Art. 153, p.u., ECA)- Sentença cassada. Recurso conhecido e provido. (TJ-MG - Apelação Cível: AC 50097190620218130079 Jurisprudência Acórdão publicado em 23/06/2023).

Como visto alhures, o Conselho Tutelar detêm a competência para aplicar medida emergencial de acolhimento institucional, o qual rege-se pela atribuição autoexecutoriedade do poder de polícia, ou seja, quando este órgão aplica tal medida, não necessita da tutela judicial, o qual age em prol do melhor interesse da criança. Importa destacar que, a aplicação da medida não define que este órgão seja o responsável pelo afastamento do convívio familiar da criança ou adolescente, o qual é competência apenas do judiciário.

Destarte, é importante que o Conselho Tutelar, através de seus agentes, como os conselheiros, trabalhe dentro da legalidade conforme atribuições coerentes ao seu poder de polícia, pois mesmo que seja um órgão não jurisdicional e autônomo, ainda assim este é fiscalizado pelo Ministério Público e pela Justiça da Infância e Juventude.

Sob esse aspecto, há que se ressaltar o relevante papel do Ministério Público quanto à fiscalização do Conselho Tutelar, tanto durante o pleito eleitoral, como também no cumprimento de suas funções estatutárias, evitando, dessa forma, que o órgão seja utilizado por seus membros para outros fins, como, por exemplo, promoção político-partidária. (Varalda. Machado. Portal MPDFT).

No mesmo sentido, diante da fiscalização em face do Conselho Tutelar, analise-se a decisão abaixo:

Jurisprudência Acórdão publicado em 26/08/2022 Ementa: EMENTA: DIREITO CIVIL E ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - MEDIDA DE PROTEÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE - PRÉVIA DETERMINAÇÃO JUDICIAL - NECESSIDADE - APLICAÇÃO, DE OFÍCIO, PELO CONSELHO TUTELAR - POSSIBILIDADE, EM CARÁTER EXCEPCIONAL E EMERGENCIAL - INTELIGÊNCIA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - SITUAÇÃO DE RISCO - NÃO CONFIGURAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - NATUREZA OBJETIVA - DEMANDA AJUIZADA PELA GENITORA DE CRIANÇA

INDEVIDAMENTE INSTITUCIONALIZADA - DANO MORAL INDENIZÁVEL - CARACTERIZAÇÃO - FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. - Nos termos do art. 37, § 6.º, da Constituição Federal, a responsabilidade civil do Estado por atos praticados por seus agentes é de natureza objetiva, independente da existência de culpa, exigindo-se, tão somente, a comprovação de uma conduta estatal, do dano sofrido pela vítima e do nexo de causalidade entre um e outro - O acolhimento institucional de criança ou adolescente, além de ser medida excepcional, só pode ser determinado por autoridade judiciária, em procedimento contencioso, com a garantia do exercício do contraditório e da ampla defesa pelos pais ou responsável legal - O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, em seu artigo 101, § 2.º, a possibilidade de intervenções emergenciais, com vistas a proteger as vítimas de situações extremas, como violência ou abuso sexual, hipóteses em que pode o Conselho Tutelar, de ofício - em razão do grave risco ao qual exposto o menor - tomar providências para que seja ele acolhido institucionalmente, caso não seja possível protegê-lo de outra forma - Caracteriza-se dano moral indenizável à genitora se aplicada, indevidamente, pelo Conselho Tutelar, a medida protetiva de acolhimento institucional, com o consequente afastamento da criança de seu núcleo familiar, na ausência de prévia determinação judicial, quando não configurada situação de risco e urgência apta a autorizar a adoção dessa drástica medida - Inexiste critério objetivo para a estipulação do valor da indenização por danos morais, pelo que incumbe ao julgador arbitrá-lo, de forma prudente, com observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e atento às circunstâncias do caso concreto - A indenização por danos morais deve ter caráter reparatório, sem ensejar enriquecimento sem causa, representando, ao ofendido, uma compensação justa pelo sofrimento experimentado, e, ao ofensor, um desestímulo à reiteração do ato lesivo. (TJ-MG - Apelação Cível: AC 50015529620208130026. Acórdão publicado em 26/08/2022).

Conforme descrito na decisão discutida no TJ-MG, o Conselho Tutelar detém a discricionariedade, este que, de ofício, pode escolher dentre a melhor escolha como dito “tomar providências para que seja ele acolhido institucionalmente, caso não seja possível protegê-lo de outra forma” neste caso, tomará a melhor providência que atenda a criança e seus interesses perante a sociedade.

Ainda, é importante saber que, caso o Conselho Tutelar, de ofício, realize uma ação, tal como afastar a criança ou adolescente do seio familiar sem decisão judicial prevista, este realiza atribuição indevida perante seu poder de polícia, a qual se torna inconstitucional, pois, esse ato só pode ocorrer quando deferido pela autoridade judiciária, como descreve o artigo 101 do ECA:

§ 1º O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

§ 2º Sem prejuízo da tomada de medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual e das providências a que alude o art. 130 desta Lei, o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária e importará na deflagração, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo

interesse, de procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa. (Brasil. ECA. 1990)

Ante todo exposto, resta evidente, conforme o entendimento jurisprudencial citado e fundamentado, que o poder de polícia do Conselho Tutelar decorre sobretudo de atributos importantíssimos que definem toda a administração pública.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo em tela demonstrou a importante relevância do Conselho Tutelar na sociedade, o qual age em prol da proteção dos direitos das crianças e adolescentes, exercendo através de seus agentes o poder de polícia, com suas atribuições diante da autoexecutoriedade e a discricionariedade, embasados no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e Tratados Internacionais.

Importa destacar que, o Conselho Tutelar, enquanto órgão autônomo e colegiado, tem a responsabilidade de zelar pelo cumprimento dos direitos das crianças e adolescentes, agindo como uma instância preventiva e protetiva diante de situações que envolvam a violação desses direitos.

Os entendimentos de escritores, diante de obras e artigos citados, compreendem que o exercício do poder de polícia do Conselho tutelar é vinculado e discricionário, pois, este age conforme demanda a legislação e age no melhor interesse do órgão para com o menor violado. Importa destacar que, o Conselho Tutelar exerce o ato administrativo intitulado como motivação, uma vez que, sempre que aplicar uma ação protetiva, deve declarar expressamente ao Ministério Público e ao Judiciário. Não obstante, há de se mencionar que, o Conselho Tutelar rege-se por atribuição, tal como a autoexecutoriedade do poder de polícia, executando ações sem precisar da tutela judicial.

O estudo sobre o poder de polícia no âmbito do Conselho Tutelar revelou a importância vital deste órgão na proteção dos direitos das crianças e adolescentes. A análise demonstrou que, embora o Conselho Tutelar possua autonomia e discricionariedade para atuar em prol do melhor interesse dos menores, sua eficácia depende de uma atuação colaborativa com outros órgãos públicos e a sociedade. O poder de polícia conferido ao Conselho é uma ferramenta essencial para intervir em situações de risco e garantir a proteção integral dos menores, conforme previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).



Além disso, o estudo enfatizou a relevância de uma compreensão abrangente do poder de polícia exercido pelo Conselho Tutelar, pois suas decisões podem impactar significativamente a sociedade. É fundamental que as ações do Conselho sejam sempre pautadas pela legalidade e pelo melhor interesse das crianças e adolescentes, garantindo-lhes um ambiente seguro e propício ao seu desenvolvimento pleno.

A pesquisa destacou que, o fortalecimento do Conselho Tutelar é crucial para assegurar que suas ações sejam executadas de maneira eficiente e que os direitos das crianças e adolescentes sejam respeitados e promovidos em sua totalidade.

Portanto, conclui-se que o fortalecimento contínuo das capacidades do Conselho Tutelar, aliado a uma rede de proteção social integrada, é imperativo para a promoção dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, contribuindo para uma sociedade mais justa e equitativa.



REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>.

CORRAL, Alaez Benito. **Minoría de edad y derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004

CUSTÓDIO, Andre Viana. SOUZA, Ismael Francisco. CONSELHOS DE DIREITOS DA CRIANÇA E ADOLESCENTE: Uma perspectiva a partir do poder local. **Revista Científica da FASETE** 2018.2. p. 177

CUSTÓDIO, André Viana. **Os novos direitos da criança e do adolescente**. V.7. Joaçaba. Espaço Jurídico, 2006, 6, p.16

DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. 35º Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022, 5.3, p.137

DIGIÁCOMO, Murillo José. **O Conselho Tutelar em perguntas e respostas**. MPPR, 2012

HAGE, Salomão. SILVA, Lúcia Isabel. ARAÚJO, Nazaré. **Referências para a formação de Conselheiros Tutelares e de Direitos e outros atores do Sistema de Garantia**. 1º Edição. Belém. Editora Gráfica UFPA, 2015, p. 55,56

INSTITUTO C. **Conselho Tutelar e a proteção de crianças e adolescentes**. 2023. Disponível em: <https://geracaoamanha.org.br/criancas-em-situacao-de-rua/>

JUSBRASIL. TJ-CE. 6241494220188060000. Acarape. **Jurisprudência**. Acórdão publicado em 15/07/2019

JUSBRASIL. TJ-MG. 50097190620218130079. Minas Gerais. **Jurisprudência**. Acórdão publicado em 23/06/2023

JUSBRASIL.TJ-MG. 50015529620208130026. Minas Gerais. **Jurisprudência**. Acórdão publicado em 26/08/2022



LIMA, Renata Mantovani de; POLI, Leonardo Macedo; JOSÉ, Fernanda São. A Evolução Histórica dos Direitos da Criança e do Adolescente: da insignificância jurídica e social ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. **Rev. Bras. Polít. Públicas** (Online), Brasília, v. 7, nº 2, 2017, p. 315

MEIRELLES, Hely. Direito Administrativo Brasileiro. 23ª Edição. São Paulo. Helvética Editorial Ltda. 1998, IV, 142. Atualizada por AZEVEDO, Eurico de Andrade. ALEIXO, Délcio Balestero. BURLE FILHO, José Emmanuel MEIRELLES, Hely. **O Poder de Polícia, o Desenvolvimento e a Segurança Nacional**. 125ª V. Doutrina. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 1976, 2. p. 2

MINISTÉRIO DA SAÚDE., POIRIER, Marie. **Violência Faz Mal à Saúde: prevenção à violência contra crianças e adolescentes: um compromisso de todos nós**. 1ª Edição. Brasília-DF: Editora MS, 2006, p. 12

OLIVEIRA, Rosiane Cruz. **Controle do ato administrativo discricionário pelo poder judiciário**. ESMAN. TJAM. 2022

PEDROSA, Leyberson. ECA completa 25 anos: mas ações de proteção a crianças começaram na época colonial, **Portal EBC**. 2015

ROSA, Íris Vânia Santos. Poder discricionário. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/282/edicao-1/poder-discricionario>>

SILVA, Marco. **Tratados internacionais de proteção infanto-juvenil**. Âmbito Jurídico, 2013

SILVA, Sheila Agda Ribeiro da Silva. BRABO, Tânia Suely Antonelli Marcelino. Direitos da Criança e do Adolescente: Um dever do Estado e dos Municípios. **Revista Levs**, 2008

TÁCITO, Caio. **O Poder de Polícia e seus limites**. V. 27. Doutrina. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 1952, 6, p. 8

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos das Crianças**. 1959

VARALDA, Cleonice Maria Resende. MACHADO, Marisa Isar dos Santos. Fiscalização do Conselho Tutelar. **Portal MPDFT**.

XXIII Encontro Regional de Conselheiros Tutelares do Vale do Sinos. **COMENTÁRIOS DOS ARTIGOS 131 A 140 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. Vale do Sinos/RS. Caí/RS. Paranhana/RS. 1999, Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/media/areas/infancia/arquivos/comentart.pdf>>



DERECHOS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA: DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS

CONSTITUTIONAL AND CONVENTIONAL RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES IN COLOMBIA: CHALLENGES AND PERSPECTIVES

Nicole Andrea Gorut Rodríguez¹

Resumen: Este trabajo analiza la brecha existente entre el reconocimiento jurídico de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia y su aplicación real en contextos de vulnerabilidad, a pesar de un marco constitucional sólido y del respaldo internacional a través de instrumentos como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); a través de un enfoque intercultural y pluralista, se identifican obstáculos estructurales como el desplazamiento forzado, el despojo territorial, la violencia y la ineficacia de la consulta previa, el estudio destaca el papel de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana en la protección de estos derechos, y plantea propuestas orientadas a fortalecer la autonomía, la justicia propia y el diálogo intercultural, se concluye que garantizar estos derechos exige voluntad política, reformas estructurales y el reconocimiento pleno de los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derecho y actores centrales en la construcción de una democracia verdaderamente plural.

Palabras clave: Pueblos indígenas, Derechos colectivos, Jurisdicción especial indígena, Pluralismo jurídico.

Abstract: This paper analyzes the gap between the legal recognition of the rights of Indigenous peoples in Colombia and their actual implementation in contexts of vulnerability, despite a solid constitutional framework and international support through instruments such as ILO Convention 169. Using an intercultural and pluralist approach, it identifies structural obstacles such as forced displacement, territorial dispossession, violence, and the ineffectiveness of prior consultation. The study highlights the role of the Constitutional Court and the Inter-American Court in the protection of these rights and puts forward proposals aimed at strengthening autonomy, self-justice, and intercultural dialogue. It concludes that guaranteeing these rights requires political will, structural reforms, and the full recognition of Indigenous peoples as collective subjects of law and central actors in the construction of a truly plural democracy.

Keywords: Indigenous peoples, Collective rights, Special Indigenous jurisdiction, Legal pluralism.

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de Colombia de 1991, como respuesta a los abusos, prejuicios y daños que han sufrido los pueblos indígenas a lo largo del tiempo,

¹ Abogada egresada de la Universidad del Atlántico en 2018; Máster en Derechos Humanos: Sistemas de Protección por la Universidad Internacional de La Rioja. Ha dedicado su trayectoria profesional a la defensa de los derechos de poblaciones vulnerables y a la asesoría jurídica de entes territoriales en el departamento del Atlántico. Actualmente se desempeña en la Alcaldía de Barranquilla. Email: nicoleagorutr@gmail.com

reconoce y respalda la diversidad étnica y cultural que existe en el país, y lo hace mediante una protección especial que queda claramente establecida en los artículos 7, 8, 72 y 329, donde se habla sobre la importancia de respetar la diversidad cultural, de conservar el patrimonio natural y cultural, de valorar el legado cultural como parte fundamental de la identidad nacional y de reconocer a las comunidades indígenas como entidades territoriales dentro del ordenamiento del Estado (Sentencia T -342 de 1994 de la Corte Constitucional de Colombia).

En el Auto 004 del 26 de enero de 2009, que se emite como parte del seguimiento a la Sentencia T-035 de 2004, la Corte Constitucional reconoce que el conflicto armado es la principal causa por la que algunos pueblos indígenas en Colombia enfrentan un grave riesgo de exterminio, ya que han sido víctimas de violaciones de derechos fundamentales, tanto en su dimensión individual como colectiva, conforme al Derecho Internacional Humanitario, y por esa razón, corresponde a la población indígena exigir del Estado una respuesta clara que garantice acciones reales para prevenir y reducir esos riesgos, esperando que sus derechos se ejerzan de forma efectiva y no solo declarativa.

Con el paso del tiempo, los pueblos indígenas han debido enfrentar varias amenazas que han puesto en riesgo tanto su supervivencia como la defensa de sus derechos y territorios, entre las cuales se destacan la minería extractiva, la deforestación masiva, la construcción de grandes represas hidroeléctricas y la actuación de grupos armados al margen de la ley, frente a este escenario, la Corte Constitucional colombiana ha construido una línea jurisprudencial sólida, siendo emblemática la Sentencia T-652 de 1998, que obligó al Estado a implementar acciones efectivas para proteger los derechos fundamentales del pueblo Emberá Katío del Alto Sinú, reconociendo su derecho a la tierra, a la preservación de su cultura, a la autodeterminación, a la autonomía organizativa y a la consulta previa, convirtiéndose en una de las decisiones más significativas en la evolución del reconocimiento jurídico de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y en el afianzamiento del principio de consulta previa en el orden constitucional colombiano.

Sin embargo, aunque existen precedentes jurisprudenciales importantes y mecanismos legales tanto a nivel nacional como internacional que han sido reconocidos por Colombia, muchas comunidades indígenas aún no saben cómo hacer valer sus derechos, ya que enfrentan barreras estructurales que dificultan su acceso efectivo a la justicia y a las instituciones, lo cual se refleja en una realidad dolorosa

que sigue presente en las calles, donde se observa a niños, niñas, adolescentes y familias indígenas enteras viviendo en condiciones de indigencia, dependiendo de la mendicidad y sin acceso real a servicios básicos como salud, educación, vivienda o un trabajo digno que les permita vivir con dignidad.

Esta realidad ha sido el punto de partida para realizar un análisis centrado en los mecanismos de acceso a la defensa de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia, especialmente en contextos de alta vulnerabilidad, con el propósito de identificar estrategias que permitan fortalecer su eficacia y asegurar una protección real y efectiva; por ello, este estudio se orienta a examinar las barreras que dificultan el acceso a la justicia para estas comunidades y a plantear propuestas que contribuyan a mejorar la aplicación de los mecanismos de protección ya existentes.

De igual forma, el propósito central de esta investigación es profundizar en la comprensión de la interacción entre el derecho estatal y las formas propias de justicia indígena, impulsando el respeto y la legitimación de los sistemas jurídicos ancestrales que rigen en los pueblos originarios, así como su articulación efectiva con el marco legal nacional, en ese sentido, se espera que los hallazgos de este estudio sirvan de fundamento para el diseño de políticas públicas que respondan de manera más inclusiva y adecuada a la diversidad jurídica del país, además de sensibilizar tanto a funcionarios estatales como a organizaciones de derechos humanos sobre la necesidad urgente de garantizar un acceso pleno, respetuoso y equitativo a la justicia para las comunidades indígenas.

2. MARCO TEÓRICO Y DESARROLLO

2.1. Derechos de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano

El sistema jurídico en Colombia ha vivido una transformación muy importante cuando se trata de proteger los derechos de los pueblos indígenas, especialmente a partir de la Constitución de 1991, que no sólo cambió la estructura política del país al reconocerlo como un Estado Social de Derecho, sino que también lo definió como un Estado pluriétnico y multicultural, este reconocimiento no se quedó simplemente en un plano simbólico, sino que se materializó en la creación de un conjunto de derechos fundamentales, tanto colectivos como individuales, pensados para garantizar que los pueblos indígenas puedan seguir existiendo física y culturalmente en condiciones de dignidad y respeto (González 2021, p. 27).

La Constitución Política de 1991 reconoce a los pueblos indígenas derechos de autonomía territorial, política, jurídica y administrativa, lo cual se ve reflejado, por ejemplo, en la posibilidad que tienen de conformar sus propias entidades territoriales indígenas como lo establecen los artículos 286 y 329, reconociendo no sólo sus territorios ancestrales, sino también respetando sus propios sistemas de gobierno, sus maneras tradicionales de impartir justicia y su organización social. Además, el artículo 330 otorga a los Consejos de Gobierno Indígena la responsabilidad de planificar y administrar sus territorios, manejar sus recursos naturales, organizar la vida en comunidad y aplicar sus normas jurídicas internas, siempre que estas se mantengan en consonancia con los principios de la Constitución y el respeto a los derechos humanos (Guerra et al, 2024).

En concordancia con lo anotado por Samper (2006, p.4), al respecto, con este trabajo se busca generar un conocimiento más profundo sobre la relación entre el sistema jurídico nacional y los sistemas normativos propios de los pueblos indígenas, con la intención de promover un reconocimiento más efectivo de sus prácticas jurídicas tradicionales y fomentar una integración con el derecho estatal que respete sus particularidades culturales, por lo tanto, se espera que los resultados de este análisis sirvan como punto de partida para el diseño de políticas públicas que sean realmente inclusivas y eficaces, además de contribuir a sensibilizar tanto a los actores estatales como a las organizaciones defensoras de derechos humanos sobre la necesidad urgente de garantizar un acceso real y digno a la justicia para estas comunidades. En definitiva, el propósito final de esta investigación es aportar al fortalecimiento de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia, promoviendo un modelo de justicia que respete su autonomía, su cosmovisión y sus formas tradicionales de organización, que asegure que los mecanismos de protección existentes sean accesibles, comprensibles y verdaderamente útiles para quienes más los necesitan.

Es oportuno mencionar que los derechos de los pueblos indígenas en Colombia no se limitan sólo a lo que dice la Constitución, sino que también se fortalecen a través del llamado bloque de constitucionalidad, que integra a la legislación interna tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, dándoles la misma jerarquía que la Constitución misma. De esta manera, instrumentos como el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, aprobado en Colombia mediante la Ley 21 de 1991, se vuelven parte del marco jurídico obligatorio, reforzando la necesidad de

proteger derechos fundamentales como la consulta previa frente a cualquier decisión que pueda afectar directamente a estas comunidades (Téllez et al, 2021).

Además, la Corte Constitucional ha tenido un papel muy activo en este tema, emitiendo sentencias clave como la T-349 de 1996, la SU-383 de 2003 y la T-129 de 2011, donde ha establecido reglas claras para garantizar la aplicación de la consulta previa, el respeto al derecho de autodeterminación, la protección de los territorios ancestrales y la defensa de la identidad cultural de los pueblos indígenas. Estas sentencias no sólo han servido para aclarar cómo deben interpretarse los derechos reconocidos en la Constitución, sino que también han exigido su aplicación efectiva frente a las constantes omisiones y violaciones por parte del Estado y de actores privados (González 2021).

No obstante, a pesar de todo este avance en las leyes y en las decisiones judiciales, la situación real de muchos pueblos indígenas en Colombia sigue marcada por una brecha muy grande entre el reconocimiento formal de sus derechos y su realización práctica, ya que siguen enfrentando problemas graves como la falta de titulación de sus territorios colectivos, el incumplimiento sistemático del derecho a la consulta previa, la persistencia de la violencia armada en sus territorios, la exclusión social y económica, todo lo cual demuestra que no basta con reconocer derechos en los papeles si no se adoptan medidas reales y efectivas que garanticen su cumplimiento (Lozano y Jaimes 2024).

Por eso, aunque el sistema jurídico colombiano ha logrado desarrollar una estructura normativa sólida en cuanto al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, resulta evidente que todavía se necesita un compromiso mucho más firme y sostenido para que esos derechos no se queden únicamente en textos legales o decisiones judiciales, sino que se traduzcan en realidades concretas que garanticen, de manera efectiva, el respeto a la diversidad étnica y cultural que la Constitución reconoce como uno de los principios esenciales del Estado colombiano.

2.1.1. Reconocimiento en la Constitución Política de 1991

La Constitución Política de 1991 representó un punto de quiebre en la historia jurídica de Colombia en relación con el tratamiento hacia los pueblos indígenas, ya que implicó abandonar un modelo de Estado que era uniforme y asimilacionista para dar paso a uno que reconoce de forma clara su carácter pluriétnico y multicultural, donde la diversidad cultural no solo se acepta, sino que se convierte en un principio constitucional fundamental que atraviesa y orienta todo el sistema jurídico, este giro

profundo no fue un hecho aislado, sino que respondió al contexto social y político de finales del siglo XX, cuando los movimientos indígenas, afrodescendientes y campesinos, junto con la presión ejercida por tratados internacionales de derechos humanos, impulsaron una transformación hacia un mayor reconocimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos (González 2021).

Desde el mismo Preámbulo, así como en el artículo 7, la Constitución de 1991 reconoce y protege expresamente la diversidad étnica y cultural, estableciendo un principio que se convierte en la base sobre la cual se desarrolla todo el régimen de derechos de los pueblos indígenas, entendiendo que la diversidad no es un problema que deba ser eliminado, sino un valor que enriquece la identidad nacional y fortalece la cohesión social.

A partir de este principio, la Constitución garantiza a los pueblos indígenas un conjunto de derechos colectivos que abarcan áreas políticas, territoriales, jurídicas, culturales y sociales. Por ejemplo, el artículo 329 reconoce la existencia de territorios indígenas y establece que su delimitación será definida por la ley, asegurando que esos territorios sean de propiedad colectiva, inalienables, imprescriptibles e inembargables, lo que constituye un quiebre profundo respecto a las normas anteriores, que históricamente habían negado o minimizado el vínculo especial que existe entre los pueblos indígenas y sus tierras ancestrales (Miranda, 2024).

En lo que respecta a la autonomía, el artículo 330 de la Constitución les reconoce a los pueblos indígenas la facultad de ejercer funciones de gobierno y administración dentro de sus territorios por medio de los Consejos de Gobierno Indígena, los cuales tienen la competencia para regular el uso de los recursos naturales, planificar el desarrollo económico y social, además ejercer autoridad según sus usos y costumbres, siempre dentro del respeto a los principios constitucionales; de igual forma, el artículo 246 establece un reconocimiento clave al consagrar la jurisdicción especial indígena, lo que permite que sus autoridades tradicionales puedan ejercer funciones jurisdiccionales dentro de sus territorios conforme a sus propias normas y procedimientos, siempre que estos no vayan en contra de los derechos humanos ni del marco constitucional, reconociéndose así la coexistencia de sistemas jurídicos propios junto al derecho estatal.

En el ámbito de la participación política, los artículos 171 y 176 de la Constitución disponen que los pueblos indígenas deben tener representación especial tanto en el Senado como en la Cámara de Representantes, con la intención de corregir

la exclusión histórica y permitirles participar de manera activa en las decisiones nacionales que también afectan su futuro (Gutiérrez, 2010).

De igual manera, en el ámbito educativo, el artículo 68 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a acceder a una educación bilingüe e intercultural que respete y fortalezca sus lenguas, su cultura y sus cosmovisiones, y además se les garantiza que el Estado debe adoptar medidas de protección especial orientadas a preservar sus tradiciones, sus idiomas y sus conocimientos ancestrales, asegurando así que su identidad cultural sea valorada y transmitida a las nuevas generaciones.

Un avance jurídico notable que introdujo esta Constitución fue la incorporación del concepto de bloque de constitucionalidad, que permite integrar dentro del derecho interno normas internacionales sobre derechos humanos, dándoles jerarquía constitucional, de manera que tratados como el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales entre otros instrumentos internacionales ratificados por Colombia, forman parte del marco jurídico que protege a los pueblos indígenas de manera reforzada (Guerra et al, 2024).

No obstante, a pesar de toda esta estructura jurídica avanzada, la puesta en práctica de estos derechos ha estado llena de obstáculos, porque todavía persisten problemas serios como la falta de titulación efectiva de muchos territorios indígenas, las múltiples violaciones al derecho de consulta previa, los desplazamientos forzados, los efectos devastadores del extractivismo descontrolado en territorios ancestrales y la exclusión estructural, que continúan siendo barreras reales para la materialización de los principios constitucionales. De esta manera, la Constitución de 1991 sentó las bases para una nueva relación entre el Estado colombiano y los pueblos indígenas, una relación que debe estar basada en el respeto, la autonomía y la protección diferenciada, pero su plena realización sigue siendo uno de los retos más grandes del constitucionalismo contemporáneo en Colombia, que exige de las instituciones públicas y de la sociedad en su conjunto un compromiso serio, constante y decidido para garantizar que los pueblos indígenas puedan vivir y desarrollarse en condiciones de dignidad y de pleno respeto a su identidad cultural (González 2021).

2.1.2. La autonomía territorial y política de los pueblos indígenas

La Constitución Política de 1991 marcó un antes y un después en la historia jurídica de Colombia en cuanto al trato hacia los pueblos indígenas, porque reconoció de manera explícita, por primera vez en un texto constitucional colombiano, su derecho a la autonomía territorial y política, un reconocimiento que no sólo respondió

a la lucha constante de los movimientos indígenas organizados, sino que también reflejó las nuevas corrientes internacionales en derechos humanos que insisten en el respeto a la autodeterminación de los pueblos originarios, su identidad cultural, su organización política propia y su control sobre los territorios ancestrales (García, 2023). Así las cosas, como afirma el profesor Miranda Gonçalves, “Para poder hablar de una cultura es necesario que no sólo esté reconocida por el mandato constitucional, sino que su reconocimiento sea una interpretación extensiva al valor que supone la dignidad de la persona y su libre desarrollo de la personalidad” (Miranda, 2023)

Dentro del texto constitucional, esta autonomía de los pueblos indígenas se estructura principalmente a partir de los artículos 286, 287, 329 y 330, comenzando con el artículo 286, que al enumerar las entidades territoriales del Estado, incluye de forma general a los territorios indígenas, dándoles un lugar dentro de la organización política y administrativa nacional, aunque sin desarrollar en detalle su régimen, pero dejando sentadas las bases para entenderlos como sujetos políticos que pueden ejercer autogobierno (Baena 2015).

El artículo 329 desarrolla este reconocimiento de manera más precisa al establecer que los territorios indígenas deberán conformarse respetando sus asentamientos tradicionales y que la delimitación de estos territorios será establecida por ley, garantizando su propiedad colectiva, además de su inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, dejando claro que esos territorios no pueden ser vendidos, embargados ni perdidos por el paso del tiempo, reafirmando así el vínculo inquebrantable entre el territorio y los pueblos que lo habitan (Pérez, 2020).

El artículo 330, por su parte, concreta aún más esta autonomía al otorgar a los Consejos de Gobierno indígena facultades para gestionar su propio desarrollo económico y social, administrar los recursos naturales de sus territorios, siempre coordinando con el Gobierno Nacional cuando se trate de recursos del subsuelo o de interés nacional, y promover la conservación de su identidad cultural, lo que significa que estos Consejos no son sólo espacios simbólicos, sino verdaderas autoridades encargadas de ejercer gobierno interno (Pérez 2020).

En el plano político, el reconocimiento de su autonomía implica también que las comunidades puedan elegir a sus propias autoridades conforme a sus usos y costumbres, lo cual constituye un ejercicio de soberanía cultural y política dentro del marco general del Estado colombiano, lo cual significa que las decisiones que toman

en su interior tienen un carácter obligatorio para sus miembros, reafirmando su derecho a decidir sobre su vida colectiva.

En el aspecto jurídico, el artículo 246 consagra la jurisdicción especial indígena, permitiendo que las autoridades tradicionales administren justicia dentro de sus territorios siguiendo sus propias normas y procedimientos, en tanto respeten los derechos fundamentales, reconociendo así que en Colombia existe un pluralismo jurídico, donde el derecho estatal y el derecho indígena coexisten y deben respetarse mutuamente (Pérez, 2020).

La consulta previa, libre e informada, otro pilar de esta autonomía, se encuentra respaldada tanto por la Constitución como por tratados internacionales como el Convenio 169 de la OIT, el cual establece que cualquier medida que afecte a los pueblos indígenas debe ser consultada de manera adecuada, garantizando su participación real en decisiones que impacten su vida, su territorio o su identidad, fortaleciendo así su derecho a la autodeterminación. (Angamarca, et al., 2021 p. 36)

Al respecto señala Semper (2006, p. 6), sin embargo, en la práctica, el ejercicio de esta autonomía se enfrenta a múltiples obstáculos, como la ausencia de un reconocimiento legal efectivo sobre muchos territorios indígenas, las trabas para titular o ampliar los resguardos, la realización de proyectos extractivos en sus tierras sin llevar a cabo procesos adecuados de consulta previa, la falta de recursos que impide el funcionamiento real y continuo de los Consejos de Gobierno, y el desconocimiento o incluso el irrespeto que algunas autoridades estatales muestran frente a la jurisdicción especial indígena, lo que debilita el alcance de los derechos que, en teoría, ya están reconocidos.

En este contexto, la Corte Constitucional ha tenido un papel clave al emitir decisiones como las sentencias T-349 de 1996, SU-383 de 2003, T-129 de 2011 y C-030 de 2008, en las que no solo ha reiterado la necesidad de proteger los derechos territoriales y políticos de los pueblos indígenas, sino que ha dejado claro que la autonomía no es una concesión del Estado, sino un derecho fundamental que debe ser respetado y fortalecido como base para garantizar su existencia física y cultural, ya que sin autonomía no hay posibilidad real de supervivencia; esta autonomía territorial y política, reconocida por la Constitución de 1991 reforzada por el bloque de constitucionalidad, representa una manifestación concreta del principio de diversidad étnica y cultural, sin embargo, a pesar de que el marco jurídico es sólido, aún queda mucho por avanzar para que esa autonomía se haga realidad en la vida diaria de las

comunidades, ya que para lograrlo no basta con el respeto formal a las normas, sino que se requiere la implementación de políticas públicas eficaces, una asignación de recursos suficiente pero, sobre todo, una voluntad política genuina que garantice que los pueblos indígenas puedan vivir conforme a sus propias leyes, valores, culturas y formas de ver el mundo (Baena 2015).

2.1.3. El bloque de constitucionalidad y los derechos indígenas

Para comprender el verdadero alcance de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia, no basta con revisar el texto constitucional de forma aislada, es imprescindible entender cómo este se complementa con un conjunto de normas internacionales que, al integrarse al ordenamiento interno mediante el llamado bloque de constitucionalidad, le otorgan una dimensión mucho más amplia y vinculante a la protección de los derechos fundamentales, especialmente, a aquellos que resguardan la diversidad cultural, la autonomía y la dignidad de los pueblos originarios, lo cual convierte al bloque de constitucionalidad en una especie de puente entre el reconocimiento simbólico de derechos y su exigibilidad real en escenarios concretos donde históricamente ha predominado la exclusión, el despojo y el silencio institucional (González 2021).

En este sentido, el artículo 7 de la Constitución Política (1991) se convierte en una piedra angular al reconocer explícitamente la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, una disposición que rompió con la lógica del Estado monocultural que imperó durante décadas y que, en la práctica, había relegado a los pueblos indígenas a una situación de tutela estatal, de invisibilización sistemática de sus formas de vida, sus sistemas normativos y su visión del mundo, por lo que este artículo no sólo implicó un reconocimiento declarativo, sino que abrió la puerta para que esa diversidad se tradujera en derechos diferenciales, en mecanismos de protección especial y en una reconfiguración profunda del contrato social que, por primera vez, reconocía que Colombia no es una sola, sino muchas naciones conviviendo bajo un mismo techo jurídico (Guerra, et al., 2024).

Ahora bien, el alcance de este principio no puede entenderse como una concesión circunstancial o como un enunciado abstracto, sino como un verdadero mandato constitucional que debe irradiar todo el orden jurídico, lo cual ha sido reforzado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha señalado de forma reiterada que la diversidad étnica y cultural no es un adorno del texto constitucional, sino que se trata de una manifestación concreta de los principios de democracia

participativa y pluralismo jurídico, que al estar consagrados en los artículos 1 y 2 de la Constitución, colocan a la diversidad en el centro mismo del modelo de Estado colombiano, como un componente estructural sin el cual no se puede entender ni la legitimidad del orden jurídico ni la validez del ejercicio del poder público.

El bloque de constitucionalidad, en este contexto, actúa como el mecanismo jurídico que amplía y refuerza esa protección, al incorporar tratados internacionales como el Convenio 169 de la OIT (1989) sobre pueblos indígenas y tribales, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, (2007) y otras normas internacionales de derechos humanos que han sido ratificadas por Colombia, las cuales adquieren jerarquía constitucional y deben ser observadas con el mismo nivel de obligatoriedad que los propios artículos de la Constitución, lo que significa que el reconocimiento de derechos como la consulta previa, la autonomía territorial, la autodeterminación cultural o la participación política diferenciada no depende solamente de la legislación interna, sino que encuentra respaldo en un marco internacional que obliga al Estado a actuar con diligencia, buena fe y respeto hacia las comunidades indígenas, incluso cuando existan tensiones con intereses económicos o políticos de gran escala.

La Corte Constitucional (1998), al interpretar este principio en armonía con el bloque de constitucionalidad, ha dejado claro que el estatus especial que poseen las comunidades indígenas no es una forma de privilegio, sino una expresión de justicia histórica y de equidad material, que se traduce en la posibilidad de ejercer jurisdicción especial dentro de sus territorios conforme a sus normas, tal como lo consagra el artículo 246 de la Constitución Política de (1991), de gestionar sus territorios y recursos a través de sus propias autoridades como lo establece el artículo 330, así mismo de tener representación política propia mediante circunscripciones especiales en el Congreso de la República, conforme a lo dispuesto en los artículos 171 y 176, entre otras garantías que buscan preservar sus culturas y de este modo, garantizar su supervivencia física, simbólica y espiritual frente a un contexto aún hostil en muchas regiones del país.

Sin embargo, tal principio no opera de forma absoluta ni ilimitada, es por ello que la jurisprudencia también ha sido clara en señalar que puede ser ponderado frente a otros principios constitucionales o frente a derechos fundamentales individuales, especialmente cuando se presentan conflictos que exigen armonización y no imposición de una lógica sobre otra, lo que implica reconocer que el pluralismo jurídico

debe ejercerse con responsabilidad, sin afectar derechos fundamentales de terceros, pero también sin permitir que, bajo la excusa de una supuesta “universalidad” del derecho estatal, se anule o se desnaturalice el derecho propio de los pueblos indígenas (Gutiérrez 2010).

Básicamente, el bloque de constitucionalidad funciona como una especie de andamiaje que sostiene y refuerza la arquitectura jurídica construida en torno a los derechos indígenas en Colombia, otorgándole mayor densidad normativa, mayor coherencia institucional pero, sobre todo, una mayor capacidad de incidencia real en los conflictos jurídicos, sociales y políticos que día a día enfrentan estas comunidades, por lo que su comprensión y aplicación adecuada es un paso indispensable para que la Constitución deje de ser una promesa y se convierta en una herramienta viva al servicio de la justicia intercultural y del respeto pleno a la dignidad de los pueblos originarios.

2.2. Derechos convencionales de los pueblos indígenas y su aplicación en Colombia

2.2.1. Normativa internacional sobre derechos de los pueblos indígenas

El reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas ha experimentado una transformación progresiva en el ámbito internacional, donde diversas normas, tratados y declaraciones han sentado las bases para construir un marco jurídico que reconoce su existencia diferenciada e impone a los Estados la obligación de respetar, garantizar y promover su autonomía, sus formas propias de organización, sus culturas ancestrales y su vínculo espiritual con la tierra, de modo que hablar de normativa internacional sobre pueblos indígenas es adentrarse en una evolución jurídica que intenta, al menos en el plano normativo, saldar una deuda histórica con quienes han sido excluidos sistemáticamente de los modelos clásicos de ciudadanía y desarrollo.

Dentro de este marco normativo, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989 ocupa un lugar fundamental, ya que es el primer instrumento internacional con carácter vinculante que reconoce de forma expresa los derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales en el derecho internacional contemporáneo, la cual fue ratificada por Colombia a través de la Ley 21 de 1991; este convenio establece que los pueblos indígenas tienen derecho a preservar y fortalecer sus culturas, sus instituciones y sus tradiciones, así como a participar de manera activa en todas las decisiones que les afecten directamente, en especial aquellas relacionadas con sus territorios, sus recursos naturales, su forma de

organización interna. Entre sus disposiciones más destacadas se encuentran el derecho a la consulta previa, libre e informada (artículo 6), el reconocimiento de la propiedad colectiva sobre las tierras que tradicionalmente han ocupado (artículo 14), el respeto a su identidad cultural y a su autonomía institucional (artículos 1 y 2, respectivamente), así como la promoción de sistemas educativos y de salud que estén adaptados a sus valores culturales (artículos 26 y 25). (Acosta, et al., 2018 p. 124).

En tal sentido, dicho instrumento reformula el modo en que los Estados deben relacionarse con los pueblos indígenas y establece estándares mínimos obligatorios que no pueden ignorarse en los procesos legislativos, administrativos o de planificación económica, especialmente cuando se trata de intervenciones en territorios ancestrales o de reformas que puedan alterar su forma de vida; el Convenio 169, por tanto, se convierte en una columna vertebral del derecho indígena internacional, al dar fuerza jurídica a principios que anteriormente sólo eran formulaciones éticas o reclamos sociales sin respaldo normativo formal.

Otro documento normativo clave es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007). Aunque su naturaleza jurídica es no vinculante, su legitimidad se sustenta en el amplio consenso internacional que logró, convirtiéndose en un referente ineludible para la interpretación y aplicación de los derechos humanos desde una perspectiva intercultural; establece, entre otros principios, el derecho a la libre determinación (artículo 3), el derecho a no ser desplazados de sus tierras sin consentimiento (artículo 10), el derecho a la propiedad, uso y control de sus tierras, territorios y recursos (artículo 26), y el derecho a conservar y desarrollar sus instituciones políticas, económicas y sociales (artículo 5).

Esta Declaración también insiste en el respeto a los conocimientos tradicionales, las lenguas originarias, la espiritualidad y los sistemas educativos propios, reconociendo que los derechos de los pueblos indígenas no pueden reducirse a la lógica de los derechos individuales clásicos, ya que su identidad se teje a partir de una concepción colectiva del ser, del territorio y del tiempo, por lo que su aplicación requiere reformas jurídicas y cambios estructurales en la forma en que el Estado y las sociedades entienden la diversidad y la justicia.

Además del Convenio 169 y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), existe un conjunto de tratados generales de derechos humanos que, sin estar dirigidos exclusivamente a pueblos indígenas, contienen disposiciones cuya aplicación adquiere un sentido especial cuando se trata de proteger a estas comunidades frente a contextos de exclusión,

pobreza estructural, desarraigo territorial y violencia histórica. Entre ellos destacan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (1996), los cuales reconocen derechos como la participación política efectiva, la igualdad ante la ley, el acceso a la educación, la salud, la vivienda y la cultura, todos ellos imprescindibles para garantizar una vida digna desde una perspectiva de derechos colectivos.

De manera similar, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 establece disposiciones que obligan a los Estados a respetar la identidad cultural de los niños y niñas pertenecientes a pueblos indígenas, reconociendo que esta población infantil necesita una protección reforzada que considere su entorno familiar, comunitario y espiritual, mientras que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 impone a los Estados el deber de combatir la exclusión estructural y el racismo que han mantenido históricamente a los pueblos indígenas al margen del acceso igualitario a los derechos fundamentales.

Adicional a lo mencionado, debe destacarse la labor normativa y orientadora de instancias como el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y el Relator Especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, que han emitido informes, recomendaciones y principios generales que, aunque no tienen fuerza jurídica vinculante, sí han servido para fortalecer estándares, guiar políticas públicas y ofrecer parámetros interpretativos sobre el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos indígenas (Boaventura 2012).

En conjunto, esta normativa internacional compone una red jurídica que busca garantizar además de la supervivencia física de los pueblos indígenas, su continuidad cultural, política y espiritual como sujetos colectivos de derecho; pese a que su aplicación efectiva sigue siendo un reto pendiente, su sola existencia representa un avance sustantivo en el reconocimiento del valor de la diferencia y en la configuración de un nuevo paradigma jurídico global que entiende que los pueblos indígenas no son reliquias del pasado, sino actores vivos, legítimos y necesarios en la construcción de sociedades más justas, más diversas y profundamente humanas.

2.2.2. Implementación y retos en el marco jurídico e institucional colombiano

Aunque el marco jurídico colombiano en materia de derechos de los pueblos indígenas se presenta, al menos en el papel, como uno de los más completos y

progresistas de América Latina, la distancia entre la norma escrita y su aplicación práctica sigue siendo, en muchos casos, abismal, lo que da lugar a una situación en la que los derechos formalmente reconocidos terminan siendo, para muchas comunidades, una promesa lejana que se diluye frente a la crudeza de la exclusión estructural, el abandono estatal, el conflicto armado persistente y la presión de intereses económicos que ven en los territorios ancestrales una fuente de explotación antes que un espacio de vida comunitaria y cultural (González 2021).

En teoría, Colombia ha incorporado en su ordenamiento interno, adicional a las disposiciones contenidas en su propia Constitución, los tratados internacionales, los pactos internacionales de derechos humanos y múltiples leyes que desarrollan aspectos primordiales como la consulta previa, la organización de los territorios indígenas o el reconocimiento de sus lenguas y sistemas educativos propios; pese a aquello, el verdadero reto se encuentra en cómo esos reconocimientos normativos se trasladan al mundo real, es decir, cómo se garantizan, ejecutan, respetan y protegen efectivamente esos derechos en los territorios, en las instituciones y en las decisiones cotidianas del Estado (García 2023).

Uno de los principales problemas identificados en este proceso de implementación es la falta de voluntad política constante y coherente por parte del Estado colombiano, ya que, aunque existen avances normativos, su aplicación ha sido desigual, fragmentaria e incluso contradictoria, con políticas públicas que en algunos casos promueven derechos culturales, pero en otros permiten megaproyectos extractivos sin consulta previa, reubicaciones forzadas o intervenciones militares en zonas habitadas por pueblos indígenas, lo cual evidencia una tensión estructural entre el discurso legal y las prácticas institucionales, a lo que se suma una deficiencia en la coordinación interinstitucional, ya que muchas de las competencias en materia de protección de derechos indígenas están dispersas entre diferentes entidades, sin que exista un sistema realmente articulado que garantice acciones coherentes, sostenidas y culturalmente adecuadas.

Otro obstáculo crítico es el desconocimiento normativo, tanto en las propias comunidades como dentro del aparato estatal, pues muchas veces los funcionarios públicos desconocen las normas que protegen los derechos indígenas o no saben cómo aplicarlas en contextos específicos, lo que genera una especie de parálisis legal que impide activar mecanismos de protección cuando más se necesitan. De igual forma, las comunidades indígenas, en especial aquellas más alejadas de los centros

urbanos o afectadas por la violencia y la pobreza extrema, enfrentan dificultades para acceder a información clara, accesible y en su propio idioma, lo cual limita su capacidad para reclamar derechos, presentar acciones judiciales o participar en procesos institucionales que les competen directamente.

La falta de recursos económicos y técnicos para garantizar la implementación real de las normas también constituye una barrera de gran peso. Muchos resguardos indígenas no cuentan con infraestructura básica para ejercer su autonomía administrativa y judicial, carecen de apoyo financiero para fortalecer sus sistemas educativos y de salud propios, adicionalmente no tienen acceso suficiente a asesoría jurídica que les permita enfrentar procesos judiciales complejos, como aquellos relacionados con la defensa de su territorio o la consulta sobre proyectos extractivos; en tales casos, la autonomía reconocida en la ley se convierte en una ficción que no logra materializarse en el día a día, porque sin medios materiales no hay forma de ejercer derechos de manera efectiva (Semper 2006).

Además, persiste un conflicto latente entre el derecho propio y el derecho estatal, especialmente en lo relacionado con la jurisdicción especial indígena, ya que a pesar de estar consagrada en el artículo 246 de la Constitución (1991), su aplicación aún enfrenta enormes trabas tanto en el reconocimiento de su validez por parte de jueces ordinarios como en la delimitación de competencias, en la falta de protocolos de coordinación, y en la ausencia de respeto institucional hacia los procedimientos, sentencias y autoridades indígenas, agravándose cuando existen casos judiciales complejos que involucran delitos graves, violencias de género o conflictos territoriales, en los que muchas veces se desacredita automáticamente la jurisdicción indígena por prejuicios culturales o por desconocimiento del funcionamiento de sus sistemas normativos.

Un punto especialmente sensible es la aplicación de la consulta previa, libre e informada, la cual ha sido convertida, en muchos casos, en un simple trámite formal, sin carácter vinculante, sin diálogo intercultural real y sin garantías suficientes para que las comunidades indígenas puedan tomar decisiones con base en información clara, en su idioma, con tiempos adecuados y con posibilidades reales de influir sobre los resultados, lo cual ha vaciado de contenido un derecho que debería ser una herramienta de autodeterminación, convirtiéndolo en una estrategia de legalización de proyectos extractivos que terminan afectando de forma directa los territorios, los recursos naturales y el tejido social de los pueblos originarios (Pérez 2020).

Frente a todo este panorama, uno de los retos más urgentes y transversales es lograr que el sistema jurídico e institucional colombiano adopte, de forma real y no meramente declarativa, un enfoque intercultural, es decir, que reconozca la legitimidad de las cosmovisiones indígenas, que respete sus estructuras de autoridad, que dialogue desde el respeto mutuo y que no imponga de manera vertical el derecho estatal como si fuera el único válido. Esto implica revisar la formación de funcionarios públicos, transformar las prácticas administrativas, crear rutas de articulación entre jurisdicciones y diseñar políticas públicas con participación directa y efectiva de los pueblos indígenas, no como beneficiarios, sino como sujetos de derecho que tienen voz, conocimientos y propuestas que deben ser escuchadas y respetadas.

2.2.3. Jurisprudencia relevante

2.2.3.1. Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia sobre derechos indígenas

La Corte Constitucional de Colombia ha tenido un rol fundamental en el fortalecimiento del reconocimiento y la protección de los derechos de los pueblos indígenas, consolidándose como una de las instancias jurídicas más activas en la defensa del pluralismo jurídico, la diversidad cultural y el derecho a la autodeterminación de los pueblos originarios, especialmente en un país donde la distancia entre lo que establece el discurso constitucional y la realidad social ha hecho necesaria una intervención constante del poder judicial para intentar cerrar las brechas existentes entre la norma escrita y la vida cotidiana de quienes han sido históricamente excluidos del pleno ejercicio de la ciudadanía.

Desde su creación en 1991, la Corte ha proferido numerosas sentencias que han interpretado de manera progresiva los artículos constitucionales que reconocen los derechos de los pueblos indígenas, que además ha desarrollado principios y estándares que han servido como guía para otras instancias judiciales, instituciones públicas y organizaciones sociales. Estas decisiones no se han limitado a repetir el contenido normativo, sino que han transformado el lenguaje abstracto de los derechos en mandatos concretos, muchas veces con efectos estructurales que han obligado al Estado a modificar políticas, a proteger comunidades específicas y a reconocer formas propias de organización, justicia y vida colectiva.

Una de las primeras sentencias paradigmáticas fue la T-342 de (1994), en la cual la Corte reconoció el deber del Estado de proteger la diversidad étnica y cultural como un valor fundante del orden constitucional colombiano, afirmando que esta diversidad no es un hecho folclórico ni una curiosidad histórica, sino una base real



sobre la que se construye la legitimidad del sistema jurídico, en dicha ocasión, la Corte estableció que los derechos fundamentales deben ser interpretados a la luz de los contextos culturales de cada comunidad, abriendo así el camino a una lectura intercultural de la Constitución.

Otra sentencia emblemática es la T-652 de 1998, en la que la Corte Constitucional ordenó la protección de los derechos del pueblo Emberá Katío del Alto Sinú ante la construcción de una represa hidroeléctrica que ponía en riesgo su territorio ancestral, su forma de vida y su cosmovisión, en este fallo se reconoció la profunda conexión entre el territorio y la identidad indígena, afirmando que el despojo de la tierra no solo afecta la propiedad, sino que pone en peligro la supervivencia cultural y espiritual de todo un pueblo; la Corte reiteró que el Estado tiene la obligación de garantizar la consulta previa y el consentimiento informado cuando se planifican proyectos que puedan afectar a estas comunidades, sentando así un precedente clave en la defensa del derecho al territorio.

Una de las decisiones más contundentes en cuanto a protección estructural fue el Auto 004 de 2009, mediante el cual la Corte dio seguimiento a la Sentencia T-025 de (2004) sobre desplazamiento forzado, y reconoció que al menos 34 pueblos indígenas se encontraban en riesgo de exterminio físico y cultural debido al conflicto armado, la ocupación forzada de sus territorios y la ausencia sistemática de protección estatal. En este auto, la Corte adoptó un enfoque de medidas cautelares y planes de salvaguarda, obligando al Gobierno Nacional a diseñar políticas específicas para garantizar la supervivencia de estos pueblos, reafirmando así que el derecho a existir como colectivo tiene la más alta jerarquía constitucional.

Otra sentencia de gran relevancia es la Sentencia T-129 de (2011), en la cual la Corte analizó la violación del derecho a la consulta previa en el caso de la comunidad indígena U'wa, y estableció que dicha consulta no puede entenderse como una simple reunión informativa o una formalidad administrativa, sino como un proceso genuino de diálogo intercultural que debe ser desarrollado con buena fe, con tiempo suficiente y garantizando condiciones reales para la participación informada de las comunidades. Esta sentencia fortaleció la exigibilidad del derecho a la consulta previa como mecanismo de protección de la autonomía territorial y cultural.

Debe mencionarse además la Sentencia C-030 de (2008), en la que la Corte realizó un control de constitucionalidad de la Ley Forestal y declaró su inexecutable parcial por ausencia de consulta previa, se afirmó que cualquier norma que afecte

directa o indirectamente a los pueblos indígenas debe haber sido sometida a consulta, pues de lo contrario se vulneran sus derechos colectivos, además de principios esenciales del Estado social de derecho, como la participación democrática, el respeto a las minorías y la igualdad real.

2.2.3.2. Fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre pueblos indígenas

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido construyendo, a lo largo de más de dos décadas, un cuerpo jurisprudencial sólido, coherente y profundamente transformador en cuanto a la protección de los derechos de los pueblos indígenas, configurando estándares internacionales que exigen a los Estados el respeto formal de derechos ya reconocidos así como su realización efectiva en contextos históricamente marcados por la exclusión, el despojo territorial, la violencia estructural y el silenciamiento cultural, dichas decisiones no nacen del activismo judicial, más bien de la necesidad imperiosa de reparar siglos de injusticia a través de un lenguaje jurídico que reconozca y garantice, en términos concretos, la dignidad colectiva de los pueblos originarios.

En el caso específico de Colombia, este desarrollo jurisprudencial alcanzó un hito histórico con la sentencia del caso Pueblo Indígena U'wa y sus miembros vs. Colombia (2024), en la que por primera vez la Corte Interamericana condenó al Estado colombiano por vulneraciones sistemáticas a los derechos de una comunidad indígena, lo que significó un precedente jurídico, un acto de reparación simbólica y política para una comunidad que durante décadas había denunciado la imposición de proyectos extractivos sin consulta previa, sin consentimiento informado y sin respeto alguno por su cosmovisión ni su relación espiritual con el territorio.

En esta sentencia, la Corte dejó claro que el Estado colombiano incumplió sus obligaciones internacionales al no garantizar mecanismos adecuados de participación para el pueblo U'wa frente a la ejecución de diversos proyectos mineros, energéticos e infraestructurales que afectaron de manera directa su territorio ancestral, su entorno natural, su vida comunitaria y sus derechos culturales, concluyendo que se vulneraron derechos fundamentales como la propiedad colectiva, el acceso a la información, la participación en decisiones públicas, la protección integral de la niñez, la vida digna y el derecho a la identidad cultural, lo que evidenció que, a pesar de contar con un marco jurídico extenso y formalmente robusto, Colombia no logró impedir la marginación

institucional ni las decisiones inconsultas que ponían en riesgo la existencia misma del pueblo U'wa como una comunidad con identidad propia (2024).

Como parte de la decisión, la Corte ordenó al Estado colombiano adoptar ciertas medidas de reparación, entre las cuales se incluyeron:

el reconocimiento formal del territorio ancestral del pueblo U'wa, la cancelación de títulos otorgados sin consulta previa, la restauración ambiental de las zonas afectadas, la creación de mecanismos efectivos y culturalmente adecuados para garantizar el derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado, y la adopción de garantías de no repetición que incluyan reformas estructurales en la manera en que se gestionan los intereses económicos sobre territorios indígenas. (2024)

Esta decisión es una victoria jurídica para el pueblo U'wa, con la cual se envía un mensaje claro y contundente a todos los Estados de la región sobre la obligación de respetar los sistemas normativos, las estructuras sociales y la voz legítima de los pueblos originarios en todas las decisiones que los involucren.

Más allá del caso colombiano, la Corte Interamericana ha emitido otras sentencias emblemáticas que, si bien no tienen como parte al Estado colombiano, sí han fijado principios de alcance regional que obligan también a Colombia como Estado parte del sistema interamericano. Uno de los más relevantes es el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2000), donde por primera vez se reconoció jurídicamente el derecho a la propiedad colectiva sobre tierras ancestrales, incluso en ausencia de títulos formales, se afirmó que la relación espiritual, cultural y material con el territorio constituye el núcleo del derecho indígena a la existencia digna. En esa misma línea, en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012), la Corte estableció que la consulta previa debe realizarse de buena fe, con participación efectiva y con información adecuada, reafirmando que este derecho no puede ser una mera formalidad, sino un proceso real de diálogo intercultural.

Cabe resaltar que estos pronunciamientos previamente mencionados, aunque surgieron en contextos nacionales distintos, han influido de forma directa en el desarrollo del derecho constitucional y del derecho administrativo en Colombia, ya que han servido como fundamento para interpretar principios claves como la autonomía indígena, la consulta previa, la protección reforzada y el carácter colectivo de ciertos derechos fundamentales; en este mismo sentido la Corte Constitucional colombiana ha tomado esta jurisprudencia interamericana como un referente interpretativo

importante, lo cual demuestra el nivel de articulación entre los sistemas de protección nacional e internacional, subrayando así la necesidad de comprender que los pueblos indígenas no son sujetos pasivos frente a la ley, sino titulares de derechos que requieren respeto, diálogo y una respuesta institucional efectiva.

2.2.3.3. Mujeres Indígenas y Derechos Diferenciales

Reconocer los derechos de las mujeres indígenas es una parte fundamental dentro del enfoque interseccional de los derechos humanos, ya que permite entender cómo distintos sistemas de opresión se cruzan y se refuerzan mutuamente cuando se trata de mujeres que, además de ser afectadas por desigualdades de género, también pertenecen a pueblos originarios que han sido históricamente colonizados, expulsados de sus territorios, marginados dentro del contexto latinoamericano, y en Colombia, esta situación se agrava al combinarse con el hecho de que muchas de ellas viven en zonas profundamente impactadas por el conflicto armado, la pobreza estructural, el modelo extractivista y la ausencia constante de presencia estatal, lo cual exige no solamente reconocer en los papeles sus derechos, sino implementar medidas concretas, diferenciadas y culturalmente adecuadas que respondan a las condiciones específicas en que viven (González 2021).

En el ámbito legal Samper (2006, p.4) señala, que los derechos de las mujeres indígenas están respaldados por un marco normativo internacional sólido, entre los cuales destaca la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), adoptada en Colombia mediante la Ley 51 de 1981, cuyo comité ha interpretado sus disposiciones desde una visión intercultural que insta a los Estados a reconocer la identidad colectiva de estas mujeres así como también su derecho a participar, tomar decisiones y liderar desde sus propias formas de entender el mundo, en esa misma línea, el Convenio 169 de la OIT, particularmente en sus artículos 2 y 3, establece el derecho de hombres y mujeres indígenas a no ser discriminados y a participar activamente en todos los niveles donde se toman decisiones, lo que se articula con el bloque de constitucionalidad colombiano, con principios fundamentales como la igualdad material y la no discriminación que están consagrados en los artículos 13 y 70 de la Constitución Política.

Sin embargo, cuando se mira la realidad cotidiana, todavía existen muchas diferencias entre lo que dicen las normas y lo que efectivamente ocurre, ya que las mujeres indígenas siguen enfrentando barreras profundas para acceder a servicios de salud, educación, justicia o espacios de participación política, además sufren altos

niveles de violencia, tanto física como sexual o simbólica, que se manifiesta dentro de sus propias comunidades así como también a manos del Estado, especialmente en contextos de guerra, desplazamiento forzado, presencia militar o explotación de recursos naturales sin haber hecho una consulta previa, lo cual hace que sean víctimas de agresiones múltiples y muchas veces invisibles para las instituciones, que no logran entender su cultura, su lengua o su manera propia de ver la vida (Téllez et al, 2021).

Uno de los retos más difíciles cuando se trata de garantizar los derechos de las mujeres indígenas tiene que ver con cómo lograr un equilibrio entre el respeto a la autonomía de los pueblos indígenas y el cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos, sobre todo en temas sensibles como la violencia sexual, la violencia intrafamiliar o los derechos sexuales y reproductivos, ya que aunque el derecho indígena ofrece formas propias de resolver conflictos, estas no siempre aseguran una protección real para las mujeres, especialmente cuando dentro de las comunidades persisten estructuras que repiten esquemas patriarcales, por lo que el diálogo intercultural debe orientarse hacia un punto de equilibrio donde se respete la autonomía jurídica indígena pero también se garantice que las mujeres estén protegidas, y esto debe partir de procesos internos de cambio que sean liderados por las propias mujeres indígenas y no impuestos desde fuera con reglas estatales ajenas a su contexto (Téllez et al, 2021).

En el país han surgido experiencias importantes de organización de mujeres indígenas que han defendido sus derechos desde una mirada propia, como es el caso de la Organización Nacional de Mujeres Indígenas de Colombia (ONIC-Mujer), el Enlace Continental de Mujeres Indígenas de las Américas o las redes locales de parteras, sabedoras y defensoras que articulan la lucha por el territorio con los derechos individuales de las mujeres a vivir sin violencia, mostrando que para ellas la defensa del cuerpo, del idioma, de la espiritualidad y de la madre tierra forma una unidad que no puede dividirse, y que sus derechos no se pueden entender con una mirada occidental fragmentada, sino desde una visión integral que tenga en cuenta su cultura, su historia y su forma de organizarse políticamente (González 2021).

Por todo esto, avanzar en la garantía de los derechos diferenciados de las mujeres indígenas en Colombia no se logra solamente con hacer reformas legales o diseñar políticas públicas con enfoque de género, sino que requiere una transformación de fondo en las relaciones entre el Estado, las comunidades indígenas

y las propias mujeres, donde se reconozca su capacidad de decidir, su liderazgo histórico y su papel clave en la construcción de una justicia que sea realmente intercultural y plural, porque las mujeres indígenas no deben ser tratadas como simples receptoras de programas de protección, sino como sujetas activas de derecho, constructoras de paz y protagonistas en sus propios procesos de autodeterminación (González 2021).

2.3. Derecho comparado

Tanto Colombia como Ecuador han incorporado en sus constituciones el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de sus naciones, teniendo en cuenta que en Colombia, la Constitución (1991), establece en su artículo 7 que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana; de igual forma el artículo 246 reconoce la jurisdicción especial indígena, permitiendo a las comunidades indígenas ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial conforme a sus propias normas y procedimientos, siempre que no contravengan la Constitución y las leyes.

Por su parte, la Constitución del Ecuador va un paso más allá al declararse en su artículo 1 como un Estado plurinacional e intercultural, reconociendo desde el inicio la existencia de múltiples pueblos con identidades culturales distintas dentro del mismo país; el artículo 57, por su lado, reconoce expresamente los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, incluyendo el derecho a mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, su sentido de pertenencia, sus tradiciones ancestrales y sus formas propias de organización social, y además establece el derecho a conservar y promover sus prácticas tradicionales de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural, reafirmando así el vínculo estrecho entre identidad cultural y territorio. (Boaventura 2012 p. 76)

Ambos países han ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el cual impone al Estado la obligación de llevar a cabo procesos de consulta a los pueblos indígenas siempre que se proyecten decisiones legislativas o administrativas que puedan incidir directamente sobre ellos, en el caso colombiano, la Corte Constitucional ha construido una línea jurisprudencial consistente respecto a este derecho, precisando que la consulta debe realizarse de manera anticipada, con plena libertad, acceso a información adecuada y en un clima de buena fe, todo ello con el propósito de alcanzar acuerdos o, en su defecto, obtener el consentimiento frente a las medidas que puedan afectarlos.

En Ecuador, el derecho a la consulta previa está consagrado en el artículo 57, numeral 7, de la Constitución (2008), que establece que las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas serán consultados sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; pese a aquello, la implementación efectiva de este derecho ha sido objeto de críticas; por ejemplo, en el caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku, ya analizado previamente, se determinó que el Estado ecuatoriano violó los derechos de la comunidad al no realizar una consulta adecuada antes de autorizar actividades de exploración petrolera en su territorio.

A pesar de los avances en el reconocimiento normativo, tanto en Colombia como en Ecuador persisten desafíos significativos en cuanto a la implementación real y efectiva de los derechos de los pueblos indígenas, ya que en el caso ecuatoriano, aunque la Constitución otorga un reconocimiento amplio a estos derechos, en la práctica se han evidenciado múltiples inconsistencias, como la ausencia de una legislación secundaria clara que regule de manera precisa los procedimientos de consulta previa, lo cual ha generado incertidumbre jurídica y ha permitido la ejecución de proyectos extractivos sin el consentimiento informado y adecuado de las comunidades afectadas; además, la coexistencia de normas constitucionales que protegen los derechos colectivos con otras que abren excepciones bajo el argumento del interés nacional ha provocado tensiones constantes y conflictos entre las comunidades indígenas, el Estado y los actores económicos.

En el caso boliviano, su Constitución (2009) establece un marco aún más avanzado al definirse desde el artículo 1 como un Estado plurinacional e intercultural, en esa misma línea, el artículo 30 consagra un amplio conjunto de derechos colectivos a favor de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, entre los cuales se incluyen el derecho a preservar, desarrollar y fortalecer libremente su identidad cultural, sus raíces ancestrales, su sentido de pertenencia y sus formas propias de organización social, además, se reconoce su derecho a proteger y fomentar las prácticas tradicionales vinculadas al uso y conservación de la biodiversidad y a su vínculo espiritual con la naturaleza, elementos que forman parte fundamental de su cosmovisión y de su forma comunitaria de vida.

En Bolivia, el derecho a la consulta previa está consagrado en el artículo 30, numeral II.15, de la Constitución (2009), que establece que las naciones y pueblos

indígenas originarios campesinos tienen derecho a ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles.

2.4. Problemas de implementación y respeto de los derechos reconocidos

2.4.1. Desplazamiento forzado

En Colombia, uno de los problemas más graves y persistentes cuando se trata de aplicar y respetar de forma real los derechos constitucionales e internacionales de los pueblos indígenas es el desplazamiento forzado, ya que esta situación afecta de forma profunda no solo a su vínculo con el territorio sino también a su cultura, a su comunidad y a su forma de vida, todo esto a pesar de que la Constitución de 1991 y varios tratados firmados por el Estado garantizan formalmente esos derechos. Aunque en teoría el país se reconoce como pluriétnico y multicultural, aunque se prometen derechos como la autonomía sobre sus tierras, el respeto a su organización propia y el derecho a la consulta previa, en la práctica estos derechos son ignorados especialmente en zonas donde las comunidades indígenas viven marginadas y sufren violencia constante por parte de grupos armados tanto del Estado como de actores ilegales (Angamarca et al., 2021).

En este sentido señala Boaventura (2012 p. 12) “Este tipo de desplazamiento no solo significa que las comunidades son obligadas a abandonar físicamente sus tierras ancestrales”. Esto también pone en riesgo su existencia como pueblos, porque todo lo que conforma su cultura (como sus idiomas, sus tradiciones, sus conocimientos y sus formas de convivencia) está fuertemente ligado al lugar que habitan, y cuando se ven obligados a dejar ese territorio, todo eso se ve amenazado. Según datos oficiales de la Unidad para las Víctimas y también informes de la Defensoría del Pueblo y organizaciones como Dejusticia y la Comisión Colombiana de Juristas, miles de indígenas han tenido que huir debido a combates armados, invasiones ilegales de tierras, proyectos mineros o petroleros y militarización de sus zonas sin que se les haya consultado. Esta problemática se ha mantenido incluso después del Acuerdo de Paz de 2016, el cual, aunque prometía ponerle fin al conflicto armado, no ha logrado frenar la violencia contra los pueblos indígenas, sobre todo en departamentos como el Chocó, el Cauca, Nariño, La Guajira y el Amazonas (González 2021).

Uno de los elementos que más alimenta este problema es que el Estado no ha sido capaz de garantizar realmente los derechos fundamentales de estas

comunidades, incluso cuando existen fallos judiciales que le exigen hacerlo. La Corte Constitucional, en la Sentencia T-025 de 2004 y en varios autos posteriores, declaró que existe una situación inconstitucional respecto a las personas desplazadas, incluyendo a los pueblos indígenas, y señaló que las respuestas del Estado han sido débiles, aisladas y sin coordinación. Más adelante, en el Auto 004 de 2009, la misma Corte advirtió que los pueblos indígenas estaban en riesgo de desaparecer física y culturalmente por culpa del desplazamiento forzado, por tanto, ordenó que se elaboraran planes de protección especiales para ellos, pero en muchos casos esos planes no se han aplicado o han sido dejados de lado por falta de compromiso político, recursos o comprensión sobre las necesidades particulares de estas comunidades (Jaimes 2024).

Además, este fenómeno ha golpeado con más fuerza a las mujeres indígenas, sobre todo a las niñas, ancianas y madres, ya que no solo pierden su tierra, sino que también enfrentan violencia basada en género cuando son desplazadas. Esta situación ha sido denunciada a nivel nacional e internacional, ya que representa una violación doble de sus derechos, tanto individuales como colectivos. Los espacios a los que son llevadas, como los albergues urbanos o los barrios marginales, no ofrecen condiciones dignas ni permiten que continúen sus costumbres, por lo que se convierten en lugares donde sufren aún más pobreza, exclusión y pérdida de su identidad. Por eso, el desplazamiento forzado no es solo un problema social, sino una amenaza directa a la existencia misma de los pueblos indígenas como colectivos reconocidos por normas como el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2018).

En resumen, aunque en el papel la legislación colombiana reconoce los derechos de los pueblos indígenas, lo que ocurre con el desplazamiento forzado demuestra que hay una enorme distancia entre lo que dicen las normas y lo que pasa en la realidad, una brecha que se debe a muchas causas estructurales como la falta de seguridad, el poco alcance del Estado en los territorios indígenas, la impunidad frente al despojo de tierras, el incumplimiento de las medidas dictadas por los jueces y la ejecución de proyectos económicos sin el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades. En medio de esta situación, los pueblos indígenas siguen luchando por mantenerse en sus territorios, por decidir cómo quieren vivir y por conservar su identidad, cosas que no se pueden lograr mientras el desplazamiento

forzado siga existiendo como parte de una violencia profunda que todavía no ha sido resuelta (Vos et al., 2018).

2.4.2. Despojo territorial y violencia

En Colombia, aunque la Constitución y varios tratados internacionales han reconocido con claridad los derechos de los pueblos indígenas, lo cierto es que el despojo de sus tierras y la violencia que enfrentan siguen siendo dos de las formas más graves de vulneración estructural, ya que a pesar de que existen normas que garantizan su autonomía y protección, en la realidad muchas de esas disposiciones se incumplen o se debilitan frente a hechos como la ocupación forzada, las agresiones armadas o la toma ilegal de sus territorios, lo que evidencia una clara desconexión entre lo que establece la ley y lo que viven las comunidades. A pesar de que desde 1991 Colombia se declaró un país pluriétnico y multicultural, que reconoció a los territorios indígenas como sujetos jurídicos con autonomía sobre sus tierras, en la práctica estos derechos han sido ignorados por procesos continuos de despojo que no solo violan sus derechos, sino que ponen en riesgo su existencia misma (Friné et al., 2021).

El despojo territorial no se limita a la pérdida del suelo como propiedad física, sino que representa una ruptura profunda con el sentido de vida que tienen los pueblos indígenas, ya que sus tierras no son solo un espacio donde habitan sino el lugar sagrado que sostiene su cultura, su espiritualidad y su forma de subsistir en comunidad, por lo que perder ese territorio afecta todos los aspectos de su identidad. Esta situación se ha agravado por múltiples causas como la minería entre otros proyectos extractivos impuestos sin consulta previa, las fumigaciones con glifosato en zonas donde hay cultivos ilegales, la presencia de fuerzas militares bajo la justificación del interés nacional y también la ocupación de esos territorios por parte de grupos armados ilegales, todo lo cual ha provocado que muchas comunidades hayan sido desplazadas o confinadas sin que se les garantice una restitución real ni mecanismos efectivos de reparación, como ocurre en regiones del Cauca, el Chocó, la Sierra Nevada y el Putumayo, donde la restricción del acceso a sus tierras es cada vez más común (Granada et al., 2018).

La violencia que viven los pueblos indígenas adopta muchas formas que tiene raíces históricas, racistas y coloniales, que siguen presentes, porque además de los asesinatos, amenazas, desapariciones forzadas y confinamientos, también se registra el reclutamiento de menores y la persecución de sus líderes, lo que ha sido

denunciado por organismos como la CIDH, la OACNUDH y la Defensoría del Pueblo, quienes han advertido que existe un patrón sistemático que busca eliminar a quienes defienden los territorios en contextos de guerra y control armado por economías ilegales. Luego de que se firmó el Acuerdo de Paz en 2016, la violencia no se detuvo, e incluso ha aumentado en algunas zonas debido a que distintos grupos armados pelean entre sí por ocupar el espacio que dejaron las FARC-EP, lo que ha dejado a los pueblos indígenas en medio del fuego cruzado sin una respuesta estatal clara ni efectiva que los proteja (Garavito 2017).

También existe otra forma de violencia, que es más silenciosa pero igual de dañina, y es la violencia institucional y estructural que se da cuando el Estado no actúa para hacer cumplir los derechos reconocidos, impone formas de desarrollo que van en contra de la cosmovisión indígena, criminaliza la protesta social o realiza consultas previas de forma manipulada, sin que haya un diálogo real ni tiempo suficiente ni traductores ni información clara, con lo cual terminan aprobando proyectos mineros o de infraestructura que afectan gravemente a las comunidades. Este tipo de acciones violan el derecho a decidir por sí mismos, el acceso a la justicia, el derecho a vivir, a tener agua limpia, alimentación, salud y a mantener su cultura, lo cual contradice lo que dicen el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que Colombia también ha firmado (Granada et al., 2018).

Por otro lado, los procesos de restitución de tierras que nacieron con la Ley 1448 de 2011, conocida como Ley de Víctimas, han mostrado muchas fallas cuando se trata de pueblos indígenas, porque esta norma fue pensada desde una idea individual de la propiedad y no reconoce que para estas comunidades el territorio tiene un valor colectivo, espiritual y ancestral, por lo que muchas de sus solicitudes han sido rechazadas o postergadas sin solución, mientras siguen expuestos a nuevos despojos y amenazas. Esta situación empeora debido a que los líderes y autoridades indígenas no cuentan con protección adecuada y quedan en manos de estructuras armadas o de actores económicos que tienen intereses en sus tierras y los atacan sin consecuencias (Friné et al., 2021).

En resumen, tanto el despojo como la violencia muestran que hay una contradicción muy fuerte entre lo que la ley dice y lo que realmente se vive en los territorios indígenas, ya que aunque existen normas y tratados que reconocen sus derechos, en la práctica el Estado colombiano no ha logrado garantizar su cumplimiento de manera coherente ni efectiva, y eso solo se podrá cambiar si hay una

transformación profunda en la forma de ejercer el poder, con una voluntad política clara y una revisión seria del modelo económico basado en la extracción de recursos, que hasta ahora ha sido incompatible con la vida y la permanencia de los pueblos indígenas como sujetos colectivos con derecho a existir.

2.4.3. Participación política y consulta previa: retos pendientes propuestas y soluciones para la integración

Uno de los retos más grandes que siguen enfrentando los pueblos indígenas en Colombia cuando se trata de asegurar plenamente sus derechos constitucionales e internacionales es que, aunque están reconocidos formalmente en leyes y tratados, en la práctica hay muchas trabas para que se respeten de forma real, sobre todo en lo que tiene que ver con su derecho a participar políticamente y a ser consultados de manera previa, libre e informada frente a decisiones que afectan directamente sus territorios y su forma de vida (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020).

Aunque Colombia ha adoptado normas clave como el artículo 330 de la Constitución, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, lo cierto es que en la práctica la aplicación de estas disposiciones no se lleva a cabo de manera coherente, completa ni con un enfoque que respete realmente la cultura de los pueblos indígenas, ya que siguen existiendo múltiples barreras estructurales que impiden que puedan ejercer plenamente sus derechos colectivos, sobre todo cuando se trata de mantener su autonomía, su vínculo con el territorio y su participación directa en las decisiones públicas que afectan su vida comunitaria (Gómez 2017).

En lo que se refiere a la participación política, a pesar de que se han implementado mecanismos como las curules especiales en el Congreso y ciertos espacios de diálogo con entidades estatales, estas medidas no alcanzan a cubrir las necesidades reales de representación de los pueblos indígenas, ya que su presencia dentro de los espacios de decisión suele limitarse a un rol simbólico, sin capacidad efectiva de incidir en la formulación de políticas públicas que afectan directamente sus territorios, su autonomía y su forma de vida colectiva (Trujillo 2018).

A esto se suma que esos espacios de participación suelen funcionar bajo esquemas centralizados, rígidos y llenos de trámites que no toman en cuenta las formas tradicionales de organización, los sistemas jurídicos propios ni las prácticas comunitarias, lo que termina por reforzar un modelo de inclusión que existe más en el papel que en la realidad. Además, los líderes indígenas que llegan a ocupar espacios

políticos suelen ser víctimas de discriminación, amenazas, barreras lingüísticas y tecnológicas, y de un desconocimiento general del enfoque diferencial que deberían tener las instituciones, lo que impide que ejerzan sus derechos en igualdad de condiciones (Zapater 2020).

En cuanto al derecho a la consulta previa, aunque está protegido por el bloque de constitucionalidad y por sentencias de las altas cortes como un derecho esencial para la autodeterminación de los pueblos, en la práctica este mecanismo es uno de los más violados, ya que muchas veces se convierte en un simple trámite sin valor real, sin participación efectiva y sin garantizar el consentimiento libre, previo e informado como lo exigen los tratados internacionales. En muchos casos, las consultas se hacen tarde, sin respetar los tiempos ni los idiomas ni los procedimientos propios de cada pueblo, o directamente se omiten, sobre todo en proyectos mineros, obras de infraestructura o leyes que afectan sus territorios. Esta problemática ha sido señalada varias veces por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Relator Especial de la ONU, quienes han dicho que la consulta en Colombia no cumple ni con la buena fe ni con los requisitos mínimos de información ni con la obligación de lograr consentimiento (Iglesias et al., 2018).

Ante esta realidad, han surgido propuestas desde las mismas comunidades indígenas, desde la academia crítica y desde algunas instituciones que creen en la justicia intercultural. Una de las más importantes es la necesidad de crear una ley estatutaria de consulta previa que establezca con claridad cómo deben hacerse estos procesos, qué garantías deben cumplirse y qué mecanismos existen para exigir su cumplimiento, con la participación directa de las autoridades indígenas en su elaboración. Esta ley debe evitar que la consulta sea usada solo como una formalidad y garantizar que se convierta en un verdadero espacio de diálogo y decisión conjunta, donde las comunidades puedan incluso decir no si el proyecto representa una amenaza seria para su supervivencia (Acosta et al., 2018).

También es clave fortalecer los sistemas de justicia y gobierno propio de los pueblos indígenas, dándoles el lugar que les corresponde dentro del pluralismo jurídico que reconoce la Constitución, lo que implica también darles recursos, capacitación y respeto para que puedan participar en todos los niveles del Estado en condiciones de igualdad. Esto debe traducirse en una representación política más real y efectiva, no solo con presencia simbólica sino con capacidad para influir en leyes, presupuestos, planes de desarrollo y políticas públicas (Zapater 2020).

Además, se necesitan medidas urgentes para proteger a los líderes indígenas que participan en política o en procesos de consulta, ya que son uno de los grupos más amenazados y desprotegidos, al tiempo que se deben impulsar políticas que promuevan la formación política desde una mirada intercultural, el acceso a herramientas tecnológicas y el liderazgo de los jóvenes indígenas, para asegurar que el ejercicio de los derechos colectivos se mantenga en el tiempo (Acosta et al., 2018).

2.4.4. Protección y fortalecimiento de los derechos de los pueblos indígenas

En Colombia, garantizar y reforzar los derechos de los pueblos indígenas no solo responde a una obligación legal basada en lo que establece la Constitución y los tratados internacionales firmados por el Estado, sino que también representa una deuda profunda con comunidades que durante siglos han sido desplazadas, excluidas y despojadas de forma sistemática, por lo que, a pesar de que se han dado pasos importantes como el reconocimiento del país como pluriétnico y multicultural en la Constitución de 1991, así como la adhesión al Convenio 169 de la OIT y el respaldo a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en la práctica, la aplicación de estas normas sigue presentando muchas fallas que impiden que los derechos se hagan efectivos de forma real y continua, manteniéndose una brecha entre lo que se reconoce en el papel y lo que viven las comunidades, que siguen enfrentando barreras institucionales y estructurales que limitan su posibilidad de ejercer sus derechos plenamente (Zapater 2020). Entre los mayores obstáculos está la falta de políticas públicas que sean coherentes, constantes y adaptadas de manera intercultural, ya que muchas veces las medidas que toma el Estado responden a enfoques asistencialistas o aislados, lo que impide una atención integral que reconozca que los pueblos indígenas son sujetos colectivos con capacidad de autogobierno, con vínculos propios sobre su territorio, su cultura y su espiritualidad, situación que se refleja en la débil ejecución de planes de salvaguarda, en la escasa inversión en proyectos comunitarios y en el bajo nivel institucional para garantizar derechos como la salud con enfoque intercultural, la educación bilingüe o el acceso a la justicia propia, sumado a que no existen mecanismos firmes para dar seguimiento, evaluar y exigir cuentas sobre el cumplimiento de estos derechos, lo que genera aún más desconfianza hacia las instituciones y debilita cualquier avance hacia una inclusión real (Vos et al., 2018).

Además, el ejercicio pleno de sus derechos está en constante peligro debido a las amenazas sobre sus territorios ancestrales, que no solo son la base de su

economía, sino también el núcleo de su identidad espiritual y cultural, por lo que la expansión de proyectos extractivos, la ocupación de tierras sin consulta previa y la violencia continua en zonas rurales y selváticas provocan desplazamientos, despojos y, en muchos casos, un riesgo serio de desaparición tanto física como cultural, lo cual afecta no solo su derecho al territorio y a la consulta libre e informada (Téllez et al., 2021).

Esto golpea transversalmente otros derechos fundamentales como el acceso a la salud, la alimentación, la justicia propia y la posibilidad de vivir en un entorno seguro y respetuoso de su cultura, y aunque tanto la Corte Constitucional como algunos organismos internacionales han hecho pronunciamientos importantes para protegerlos, lo cierto es que muchas de esas decisiones no se han cumplido o solo se han ejecutado parcialmente, lo que deja en evidencia una falta de compromiso político para hacer respetar su dignidad colectiva (Baena 2015).

Fortalecer sus derechos también implica que se reconozca su derecho a decidir cómo quieren desarrollarse, según sus propios valores, saberes y formas de ver el mundo, lo cual requiere que el Estado no imponga un solo modelo de intervención, sino que más bien escuche, acompañe y facilite los procesos que las comunidades construyen desde sus realidades, por lo tanto, resulta clave brindar apoyo técnico, financiero y político a sus planes de vida, reforzar su educación propia, respetar sus normas internas de convivencia y justicia, y asegurar que participen directamente en los espacios donde se toman decisiones públicas, porque solo desde un enfoque que valore los derechos colectivos y diferenciados será posible que las comunidades tengan la fuerza suficiente para resistir amenazas externas y seguir conservando su identidad cultural (Acosta et al., 2018).

En definitiva, proteger y promover los derechos de los pueblos indígenas en Colombia no puede verse como algo simbólico o aislado, sino que debe entenderse como un proceso profundo que requiere cambiar de raíz muchas estructuras del Estado, abandonar prácticas coloniales y avanzar hacia una democracia que realmente sea intercultural, lo que demanda un compromiso conjunto de las instituciones, la sociedad civil, los sistemas internacionales de derechos humanos y, sobre todo, de los propios pueblos indígenas, quienes deben tener un papel central que se respete y se garantice en todos los niveles, ya que superar los problemas actuales requiere una acción continua, coordinada y decidida a favor de la justicia histórica, la reparación colectiva y el respeto absoluto a su autodeterminación, como

base indispensable para construir un país más justo, plural y respetuoso de su diversidad originaria (Baena 2015).

2.5. Jurisdicción especial indígena y su relación con la justicia ordinaria

El hecho de que la Constitución reconozca la jurisdicción especial indígena en Colombia se ha convertido en uno de los elementos más importantes del pluralismo jurídico que define al sistema legal del país desde que se promulgó la Constitución Política de 1991, ya que en el artículo 246 se establece claramente que las autoridades de los pueblos indígenas tienen el derecho de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de sus territorios y siguiendo sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando estos no vayan en contra de la Constitución ni de los derechos humanos, lo cual no es solo un gesto simbólico de inclusión sino que representa un giro profundo en la manera en que se entiende la justicia, al aceptar que pueden convivir diferentes formas de ejercerla dentro del mismo Estado, en reconocimiento del derecho que tienen los pueblos originarios a decidir sobre su propia vida y organización (Pérez 2020).

Cuando se habla de jurisdicción especial indígena se hace referencia a todo el conjunto de reglas, instituciones, procesos y autoridades tradicionales a través de los cuales los pueblos indígenas imparten justicia desde su visión del mundo y sus estructuras comunitarias, y esto no debe verse como un beneficio cultural aislado sino como un derecho fundamental que se basa en su autonomía y capacidad de autogobierno, en línea con lo que establecen documentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, lo que implica que su ejercicio no solo abarca la resolución de conflictos internos, sino también la organización del orden social conforme a su lengua, su espiritualidad y su cultura, por lo que el Estado colombiano tiene la obligación de asegurar las condiciones jurídicas, materiales y de infraestructura necesarias para que este derecho sea real y no solo declarativo (Angamarca et al., 2021 p. 42).

Aun así, cuando se analiza lo que ha dicho la jurisprudencia sobre esta figura, salen a la luz varias tensiones en su relación con la jurisdicción ordinaria, pues si bien la Corte Constitucional ha creado criterios claros para coordinar ambas jurisdicciones, también ha definido ciertos límites, como se muestra en la Sentencia T-349 de 1996, donde se dijo que este reconocimiento no es absoluto, sino que debe respetar

principios como la garantía de los derechos fundamentales, la proporcionalidad y el debido proceso, y más adelante, en la Sentencia SU-510 de 1998, se introdujeron los criterios de conexión personal, territorial, institucional y cultural, que sirven para determinar cuándo una causa debe ser tratada por la justicia indígena o por la ordinaria, siempre teniendo en cuenta el respeto por la diversidad étnica sin dejar de lado la protección de los derechos fundamentales (Baena 2015).

Uno de los puntos más delicados dentro de esta relación entre sistemas de justicia es cuando se trata de delitos graves como el homicidio o la violencia sexual, ya que aunque la jurisprudencia reconoce que las autoridades indígenas pueden conocer estos casos si se cumplen los criterios ya señalados, también ha dejado claro que su tratamiento debe respetar los estándares internacionales de derechos humanos, sobre todo cuando las víctimas son personas que se consideran vulnerables, como mujeres, niños o personas con discapacidad, tal como se explicó en la Sentencia T-921 de 2013, en donde la Corte reiteró que el pluralismo jurídico no puede servir como excusa para dejar sin protección a nadie, y que los sistemas jurídicos indígenas deben mantenerse dentro del marco constitucional (González 2021).

Al respecto señala Semper (2006), todavía existen problemas tanto de fondo como de forma que dificultan una coordinación adecuada entre las jurisdicciones, y uno de ellos es la falta de una ley clara que regule lo que dice el artículo 246, lo cual ha generado inseguridad jurídica, vacíos en el funcionamiento institucional y obstáculos para que los jueces ordinarios y las autoridades indígenas puedan trabajar en conjunto, a lo que se suma la poca formación intercultural en el sistema judicial, la escasez de intérpretes y peritos culturales, y también cierta resistencia de algunos operadores de justicia a aceptar completamente la legitimidad y validez de las decisiones tomadas por las autoridades indígenas, por lo que informes como los de la Defensoría del Pueblo y organizaciones de derechos humanos han recomendado que el Estado avance en la creación de una reglamentación adecuada para esta jurisdicción y en la elaboración de protocolos de coordinación con una visión intercultural que ayude a superar estas barreras (Baena 2015).

De esta manera, la jurisdicción especial indígena no debe entenderse como una concesión marginal o excepcional, sino como una expresión real y vigente del pluralismo jurídico y del derecho a la diferencia, lo que significa que el Estado tiene la responsabilidad de respetar, proteger y promover los sistemas jurídicos propios de los

pueblos indígenas, sin que eso implique dejar de lado los principios esenciales del Estado social y democrático de derecho, ya que las tensiones que existen entre la justicia ordinaria y la indígena no se van a resolver subordinando una a la otra, sino construyendo un diálogo entre iguales, con reconocimiento mutuo y con un marco institucional que haga posible que distintos sistemas de justicia convivan y se respeten dentro del mismo país (González 2021).

2.5.1. Fundamento constitucional de la jurisdicción especial indígena

El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena en Colombia tiene su base legal en el artículo 246 de la Constitución Política de 1991, donde se establece que las autoridades indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de sus propios territorios y aplicando sus normas y procedimientos tradicionales, siempre que estos no vayan en contra de lo que dice la Constitución ni de las leyes vigentes, lo cual forma parte del cambio profundo que introdujo la Carta del 91 al declarar que Colombia es un Estado social de derecho, pluriétnico y multicultural, como lo señala expresamente el artículo 1, lo que significa que el pluralismo jurídico ya no es visto como una excepción, sino como una forma legítima de reflejar la diversidad cultural que existe en el país (Guerra et al., 2024).

Esta base se refuerza aún más en el artículo 7 de la misma Constitución, que indica que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural del pueblo colombiano, y también en el artículo 70, que afirma que la cultura, en todas sus expresiones, es uno de los pilares sobre los que se construye la identidad nacional, por lo que el proyecto constitucional de 1991 apostó por una mirada plural del derecho, en la que los sistemas jurídicos indígenas no tienen que parecerse al derecho estatal para ser válidos, ya que su legitimidad proviene de su propia historia, de su funcionamiento dentro de las comunidades y de su arraigo social como expresiones vivas de una tradición normativa ancestral (Gutiérrez 2010).

Además de este reconocimiento interno, también hay un respaldo internacional claro a través del Convenio 169 de la OIT, que fue adoptado en Colombia mediante la Ley 21 de 1991, y que obliga al Estado a respetar las formas propias de organización y justicia de los pueblos indígenas, incluyendo sus formas de administrar justicia; la Corte Constitucional ha interpretado este convenio como parte del bloque de constitucionalidad, lo que significa que tiene un valor normativo superior y debe aplicarse con prioridad en los casos que involucren derechos de pueblos indígenas, consolidando así un modelo jurídico en el que la justicia indígena no se considera

como algo accesorio o de menor rango, sino como una expresión legítima y directa de la soberanía popular entendida desde una dimensión étnica y cultural.

2.5.2. Límites, alcances y conflictos de competencia con la justicia ordinaria

Aunque la jurisdicción especial indígena está reconocida por la Constitución, su ejercicio no es algo absoluto ni sin límites, ya que debe mantenerse en armonía con los principios generales del sistema jurídico colombiano y, sobre todo, con la protección de los derechos fundamentales; por eso, la Corte Constitucional ha dejado claro que esta forma de justicia tiene ciertas restricciones que no solo se refieren al tipo de asuntos que puede conocer, sino también al contenido mismo de las decisiones y procedimientos que se apliquen.

Lo primero que establece el artículo 246 como límite es que las normas y procedimientos indígenas no pueden ir en contra de la Constitución ni de los derechos humanos, lo que quiere decir que, si bien las autoridades indígenas pueden aplicar su propio derecho, deben respetar principios básicos como el debido proceso, la dignidad de las personas o la integridad física y psicológica, entre otros; además, la Corte ha señalado que hay criterios específicos que ayudan a decidir si un caso le corresponde a la justicia indígena o a la ordinaria, y esos criterios han sido definidos en decisiones como la SU-510 de 1998 o la T-496 de 1996, e incluyen varios elementos importantes:

- criterio personal, que se refiere a que tanto la persona que cometió el hecho como la víctima sean miembros del mismo pueblo indígena
- criterio territorial, que significa que el hecho haya ocurrido dentro del territorio ancestral o del resguardo
- criterio institucional o cultural, que implica que exista un sistema normativo indígena reconocido por la comunidad y por sus autoridades legítimas (Acosta et al., 2018).

Uno de los puntos más complejos han sido los conflictos de competencia entre la justicia indígena y la ordinaria, sobre todo en delitos graves como el homicidio, el abuso sexual o el feminicidio, ya que en estos casos la Corte ha dicho que si bien las autoridades indígenas pueden conocerlos, esto solo es posible si se garantiza que las víctimas estén realmente protegidas y que las sanciones aplicadas no impliquen tratos que resulten inhumanos, humillantes o desproporcionados, de manera que los límites no solo operan desde el punto de vista de la competencia, sino también desde el contenido mismo de los derechos que están en juego, en especial cuando hay

personas no indígenas involucradas o cuando hay riesgo para grupos en situación de vulnerabilidad.

Todos estos conflictos también han dejado en evidencia la urgencia de una ley estatutaria que regule de manera clara cómo debe darse la coordinación entre los sistemas de justicia, algo que, a pesar de que han pasado más de treinta años desde que se aprobó la Constitución, todavía no se ha hecho, lo cual ha provocado una situación de inseguridad jurídica que ha obligado a que sea la jurisprudencia la que, caso por caso, intente resolver las tensiones que surgen entre dos sistemas jurídicos que coexisten pero que muchas veces no logran articularse de forma efectiva (Boaventura 2012).

2.5.3. Análisis de sentencias de la Corte Constitucional sobre pluralismo jurídico

La Corte Constitucional en Colombia ha construido una línea jurisprudencial sólida y coherente en lo que respecta al pluralismo jurídico y al ejercicio de la jurisdicción indígena, desarrollando así un marco de interpretación que reconoce la existencia de varios sistemas normativos dentro del mismo Estado sin que eso signifique romper con la unidad del sistema legal ni generar tratos desiguales entre los ciudadanos, y dentro de este proceso, una de las decisiones más relevantes ha sido la Sentencia SU-510 de 1998, en la cual se definieron con claridad los criterios que permiten determinar qué jurisdicción debe conocer cada caso, subrayando que el pluralismo jurídico no es una opción secundaria sino un mandato constitucional que exige encontrar un equilibrio justo entre la autonomía de los pueblos indígenas y la necesidad de proteger los derechos fundamentales de todas las personas (González 2021).

También es especialmente importante la Sentencia T-349 de 1996, donde la Corte señaló que la jurisdicción indígena debe ser vista como un derecho colectivo fundamental que no puede estar condicionado por la conveniencia del Estado o de sus instituciones, aunque sí debe respetar ciertos mínimos del debido proceso, entendidos no desde una mirada rígida y formal, sino desde una perspectiva que permita una adaptación respetuosa con la cultura indígena; en esta misma sentencia se reconoció que el sentido de justicia en contextos indígenas tiene una lógica muy distinta a la del sistema punitivo estatal, ya que suele basarse en la reparación del daño y en la restauración de la armonía comunitaria, por lo que es necesario que los jueces actúen con una comprensión real y profunda del enfoque intercultural (García 2023).

Por otro lado, la Sentencia T-921 de 2013 abordó de forma especial un caso donde se presentó un conflicto entre los derechos de una mujer indígena víctima de violencia sexual y la decisión de su comunidad de aplicar una sanción basada en el derecho consuetudinario, y en ese contexto la Corte tuvo que ponderar entre el derecho colectivo de autodeterminación de los pueblos y el derecho individual de la víctima a recibir una protección adecuada, concluyendo que, en ese caso concreto, debía intervenir la justicia ordinaria para asegurar que los derechos de la mujer fueran plenamente garantizados, lo cual se enmarca dentro de lo que la propia Corte ha llamado “diálogo intercultural constitucional”, una doctrina que busca resolver los conflictos entre derechos sin imponer de forma automática una jerarquía entre jurisdicciones, sino evaluando el contexto y las circunstancias de cada caso (Semper 2006).

Por último, resulta relevante mencionar la Sentencia C-139 de 1996, en la que se dejó en claro que la jurisdicción especial indígena no necesita de una ley adicional para poder ser ejercida, ya que su existencia y validez provienen directamente de la Constitución, aunque se aceptó que una ley estatutaria podría ayudar a mejorar la coordinación entre sistemas sin afectar la autonomía indígena, y en ese sentido la Corte ha venido perfilando un modelo de pluralismo jurídico que no solo reconoce el derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia según sus costumbres, sino que exige que ese ejercicio se mantenga dentro de los principios del Estado de Derecho y en sintonía con los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

2.6. Interculturalidad y pluralismo jurídico en el estado colombiano

Desde la Constitución Política de 1991, el Estado colombiano reconoce de manera expresa que es pluriétnico y multicultural, lo que marca una transformación profunda en la idea tradicional del Estado-nación homogéneo, dando paso a un modelo que acepta la existencia simultánea de múltiples identidades culturales, formas de ver el mundo y sistemas jurídicos dentro de un mismo marco legal, y este cambio constitucional no solo busca reparar de manera histórica a los pueblos indígenas, afrodescendientes y comunidades tradicionales, sino que además establece el fundamento sobre el cual se sostiene el pluralismo jurídico como un principio que organiza todo el sistema legal colombiano, al aceptar que hay distintas

maneras de entender y practicar el derecho, según referentes culturales propios y prácticas sociales que tienen legitimidad dentro de sus comunidades (Pérez 2020).

Bajo esta lógica, el pluralismo jurídico no puede entenderse como una simple convivencia sin fricciones entre distintos sistemas normativos, sino como una relación que es constante, cambiante, en muchos casos tensa y conflictiva, entre el derecho del Estado y los sistemas jurídicos indígenas, los cuales han logrado mantenerse vivos a pesar de la colonización, la imposición cultural y los intentos de desaparecerlos a través de políticas de asimilación forzada, y en esa línea, la Corte Constitucional ha reconocido esta pluralidad normativa como parte de la estructura misma de la Constitución, sobre todo en sentencias como la SU-510 de 1998 y la C-139 de 1996, donde afirma que los sistemas jurídicos indígenas tienen validez por sí mismos, con eficacia directa, sin necesidad de que exista una ley que los autorice previamente, siempre y cuando se respeten los principios básicos del bloque de constitucionalidad (González 2021).

A la par, la idea de interculturalidad surge como un principio que debe guiar la forma en que se relacionan estos sistemas jurídicos diferentes, superando la visión limitada de la multiculturalidad que solo admite la diferencia sin promover una verdadera interacción, y planteando en su lugar una relación horizontal, respetuosa y capaz de transformar a ambas partes en ese proceso de encuentro, donde la interculturalidad no puede quedarse en palabras bonitas ni en adornos discursivos, sino que debe implicar una reforma profunda de las instituciones, que permita a las comunidades indígenas participar de forma real en decisiones sobre políticas públicas, justicia, educación o manejo del territorio, reconociendo el valor de sus conocimientos, de sus autoridades y de sus formas de organización como igualmente dignas frente al sistema jurídico oficial (Guerra et al, 2024).

En este aspecto Samper (2006) señala, que desde este punto de vista, tanto el pluralismo jurídico como la interculturalidad se encuentran en constante tensión con la estructura vertical del Estado y con la tradición del positivismo jurídico, que suele deslegitimar o ignorar a los sistemas jurídicos que no se basan en códigos escritos o leyes formales, como ocurre con muchos de los mecanismos orales, simbólicos o rituales que utilizan los pueblos indígenas para impartir justicia, estas tensiones se hacen visibles en conflictos de competencia entre la justicia ordinaria y la indígena, en el rechazo a dar valor legal a los testimonios provenientes de autoridades ancestrales o en la dificultad para reconocer los derechos colectivos cuando se expresan desde

una lógica comunitaria, lo cual se agrava aún más por la ausencia de una ley estatutaria de coordinación entre jurisdicciones, como manda el artículo 246 de la Constitución (Téllez et al, 2021). Lo que ha llevado a que sea la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, la que intente resolver estos casos, aunque su actuación, por garantista que sea, no puede reemplazar el desarrollo legislativo ni el compromiso político que se requiere para establecer un diálogo intercultural con bases sólidas y permanentes.

En este contexto, el pluralismo jurídico en Colombia se enfrenta a retos profundos que no se resuelven solo con reconocer los derechos en la Constitución, sino que exigen cambios concretos como una verdadera redistribución del poder, una reforma del sistema judicial, el fortalecimiento de la justicia indígena y una formación intercultural obligatoria para los funcionarios del sistema de justicia, porque la interculturalidad debe convertirse en una herramienta que transforme al Estado desde adentro y no quedarse en un gesto simbólico de inclusión, ya que solamente si se logra una relación equilibrada y horizontal entre los sistemas jurídicos será posible construir un modelo constitucional que sea realmente plural, democrático y comprometido con la dignidad de todos los pueblos que integran la Nación colombiana (González 2021).

2.6.1. Concepto y principios de interculturalidad en el derecho

La idea de interculturalidad en el campo jurídico aparece como una respuesta crítica frente a las visiones tradicionales del multiculturalismo entendido de manera pasiva, donde, aunque se reconoce que existen varias culturas dentro de un mismo país, ese reconocimiento se hace desde una posición jerárquica que sigue considerando al derecho estatal como el único modelo válido y con autoridad normativa, dejando a los demás sistemas en una situación subordinada; en cambio, la propuesta de una interculturalidad jurídica plantea una relación en la que distintos sistemas de normas se encuentran en condiciones de igualdad, respetándose mutuamente y entrando en diálogo sin que uno intente imponerse sobre el otro, aceptando que las culturas jurídicas indígenas tienen su propia autonomía, su lógica interna y su legitimidad, por lo que no deben ser absorbidas ni silenciadas por el derecho dominante (Lozano y Jaimes 2024).

Desde este punto de vista, la interculturalidad plantea una transformación real en la forma en que se relacionan el derecho estatal y los sistemas jurídicos ancestrales, lo que implica que se deben revisar de manera profunda muchas de las

categorías que sostienen al derecho moderno, como por ejemplo el concepto de soberanía, la idea de orden público, las formas de castigo, los mecanismos de reparación o el significado mismo de justicia, y en ese sentido, algunos principios fundamentales de la interculturalidad en el ámbito jurídico son el respeto por la diferencia, que no debe entenderse como simple tolerancia sino como reconocimiento pleno de la diversidad legal (González 2021). La no asimilación, que rechaza cualquier intento de imponer una sola forma de entender el derecho; la convivencia jurídica, que implica aceptar que distintos sistemas pueden existir y funcionar al mismo tiempo; y la igualdad en dignidad entre los sistemas jurídicos, lo cual obliga a dejar atrás las prácticas coloniales que han considerado al derecho indígena como algo inferior o no civilizado.

Este enfoque tiene respaldo en normas internacionales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, donde en el artículo 5 se reconoce el derecho de estos pueblos a conservar y fortalecer sus propias instituciones jurídicas, y también en el Convenio 169 de la OIT, que protege el derecho a mantener y desarrollar sus costumbres legales, siempre y cuando estas no contradigan los derechos fundamentales reconocidos de forma universal, por lo que la interculturalidad jurídica no debe entenderse solo como un principio que está en las normas, sino también como una obligación ética y política que debe guiar la transformación de los sistemas judiciales hacia modelos más abiertos, plurales e incluyentes (Miranda, 2024).

2.6.2. Avances y límites del pluralismo jurídico en Colombia

Desde 1991, en Colombia el pluralismo jurídico ha sido incorporado de forma explícita en la Constitución, lo que representa un paso importante en el reconocimiento formal de la diversidad cultural y legal que existe en el país, y esta inclusión se expresa de manera concreta en el artículo 246, que otorga a las autoridades indígenas la posibilidad de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de sus territorios, así como en el bloque de constitucionalidad, que incluye tratados internacionales relacionados con los derechos de los pueblos indígenas, y desde una perspectiva jurisprudencial, la Corte Constitucional ha venido construyendo una línea de protección progresiva que permite aplicar los sistemas jurídicos indígenas incluso en casos de delitos graves, siempre y cuando se cumplan condiciones como la territorialidad, la pertenencia étnica de los involucrados y la existencia de normas propias (Gutiérrez 2010).

Entre los avances más importantes logrados hasta ahora, se puede destacar el fortalecimiento tanto simbólico como político de las autoridades indígenas tradicionales, la consolidación de los resguardos como espacios territoriales con reconocimiento jurídico propio, y una serie de decisiones judiciales que han afirmado el valor del derecho indígena como una fuente normativa autónoma, además de que la Corte ha reiterado que el pluralismo jurídico implica necesariamente una relación de diálogo entre culturas jurídicas distintas, que no debe ser jerárquica ni subordinante, y que impide usar el derecho penal como una forma de imponer modelos externos sobre los sistemas tradicionales (Guerra et al, 2024).

A pesar de estos avances, hay obstáculos que siguen limitando la aplicación plena de este reconocimiento, y uno de los principales es la ausencia de una ley estatutaria que regule la coordinación entre las jurisdicciones, lo que deja muchos vacíos sobre cómo se distribuyen las competencias y obliga a que los jueces interpreten cada caso de forma aislada, generando incertidumbre jurídica, y por otro lado, el sistema judicial ordinario sigue funcionando con una lógica monocultural, sin una preparación intercultural adecuada ni protocolos claros para interactuar con las autoridades indígenas, lo cual termina provocando decisiones excluyentes, negación del valor de las pruebas indígenas y desconocimiento de las sanciones tradicionales como válidas dentro del ordenamiento (González 2021).

Además, hay una gran desigualdad institucional que impide que las comunidades puedan ejercer su jurisdicción con plena autonomía, ya que muchas veces no cuentan con los recursos necesarios, ni con apoyo técnico, ni con la infraestructura mínima que les permita sostener sus sistemas de justicia, y además enfrentan una falta de reconocimiento político que limita su capacidad de acción real.

Por eso se puede decir que en Colombia el pluralismo jurídico todavía está en una fase intermedia, donde ya existe un reconocimiento normativo importante pero donde todavía no se ha producido una transformación profunda de las instituciones que permita una convivencia real, justa y equilibrada entre los distintos sistemas jurídicos que coexisten dentro del mismo territorio nacional (García 2023).

2.6.3. Interculturalidad en políticas públicas y educación legal

Incluir el enfoque intercultural dentro de las políticas públicas y en los procesos de formación profesional se ha convertido en un componente esencial para que el pluralismo jurídico en Colombia pueda aplicarse de manera efectiva en la práctica, ya que no es suficiente con que exista un reconocimiento legal de la diversidad étnica y

cultural si esto no se refleja en cambios reales dentro del diseño de las instituciones, en cómo se asignan los recursos y en las decisiones que toma el Estado, por lo tanto, entender la interculturalidad como un principio que debe guiar la actuación estatal implica dejar atrás las visiones asimilacionistas que históricamente han moldeado las políticas públicas dirigidas hacia los pueblos indígenas, proponiendo en su lugar una lógica basada en el diálogo, la igualdad y el respeto mutuo entre distintos conocimientos, formas de organización social y modelos jurídicos (García 2023).

Un caso claro que refleja este tipo de transformación es el desarrollo de políticas de salud con enfoque intercultural, como las iniciativas del Ministerio de Salud que buscan integrar a médicos tradicionales, parteras y sabedores dentro del sistema de salud pública, sobre todo en regiones donde habitan pueblos indígenas, aunque muchas de estas propuestas siguen siendo tratadas como pruebas piloto o iniciativas complementarias y no se han logrado articular completamente con el sistema médico dominante, lo cual también se repite en los proyectos productivos y de desarrollo rural, donde en lugar de adaptarse a las economías propias de las comunidades, se imponen modelos de producción agroindustrial o extractivista que no respetan la forma en que los pueblos indígenas entienden el territorio, el agua, la propiedad o la alimentación (Baena 2015).

En cuanto a la enseñanza del derecho y la preparación de quienes trabajan en el sistema judicial, la distancia entre el discurso y la realidad es aún mayor, ya que la mayoría de las facultades de derecho continúan formando abogados con una mirada centralista, monista y fuertemente influenciada por el pensamiento occidental, donde los sistemas jurídicos indígenas, cuando se mencionan, son tratados como curiosidades antropológicas o simplemente como anexos marginales dentro del derecho constitucional, y no se incluyen en los programas los principios filosóficos que sostienen el derecho indígena, ni se ofrece formación sobre metodologías interculturales, interpretación de normas basadas en la costumbre o herramientas para resolver conflictos desde una lógica comunitaria, lo cual ha sido señalado tanto por expertos nacionales como por organismos internacionales, que han advertido sobre la urgencia de incorporar el pluralismo jurídico en los planes de estudio como parte obligatoria y transversal en la formación legal (Pérez 2020).

Del mismo modo, aunque la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla ha impulsado algunos programas sobre justicia indígena, estos han sido de alcance limitado y muchas veces se presentan como acciones puntuales y poco integradas, cuando en

realidad lo que se necesita para lograr una verdadera justicia intercultural es una formación permanente y obligatoria para jueces, fiscales, defensores públicos y procuradores, que incluya no solo el conocimiento de las normas sino también habilidades interculturales, sensibilidad hacia las lenguas indígenas y comprensión de las autoridades tradicionales de cada pueblo, lo cual también exige contratar traductores, formar peritos culturales, crear protocolos adaptados a cada contexto y asegurar que los representantes indígenas participen realmente en los espacios donde se toman decisiones institucionales (Baena 2015).

Pensar en una formación jurídica que sea realmente intercultural implica ir más allá de cambiar los contenidos y atreverse a cuestionar las formas tradicionales de entender el derecho, abriendo espacio a otras formas de conocimiento jurídico, superando la idea de que el derecho solo existe si está escrito en normas formales, y reconociendo el valor de los sistemas normativos orales, los métodos rituales de conciliación, la noción de reparación espiritual y los modelos de justicia comunitaria que buscan restaurar el tejido social, porque para que en Colombia pueda construirse un Estado que sea de verdad plurinacional y pluralista, es necesario que las políticas públicas y la educación profesional dejen de repetir esquemas excluyentes y empiecen a valorar la riqueza normativa que existe en los territorios indígenas, entendiendo que la interculturalidad no es una concesión del Estado, sino un derecho colectivo que debe garantizarse plenamente (Angamarca et al., 2021 p. 51).

3. CONCLUSIONES

La investigación desarrollada ha permitido mostrar de forma clara y amplia las tensiones que todavía siguen presentes entre lo que dice la ley sobre los derechos de los pueblos indígenas en Colombia y lo que realmente ocurre cuando el Estado intenta aplicar esas normas, dejando ver que, aunque ha habido avances importantes en la Constitución y también se han ratificado tratados internacionales que hablan de derechos colectivos, en la práctica esos derechos no se cumplen como deberían, y esto no es algo casual ni reciente, sino que tiene raíces profundas en procesos históricos marcados por la exclusión, el despojo territorial y el rechazo a reconocer la diversidad cultural como parte legítima del país; por eso, las conclusiones que vienen a continuación recogen los puntos más relevantes del estudio, donde se pueden notar con claridad las contradicciones entre lo que está escrito en la norma y lo que pasa en la vida diaria de las comunidades, además de señalar los desafíos urgentes que aún quedan por resolver si se quiere avanzar hacia un modelo de Estado que sea realmente pluralista e intercultural, donde los pueblos indígenas puedan ejercer su

autonomía, aplicar su propia justicia y vivir según su cosmovisión, en un contexto de respeto, igualdad y dignidad.

1) La distancia entre lo que se reconoce jurídicamente como derechos de los pueblos indígenas y lo que se logra poner en práctica es muy grande y profunda, y esto no se debe a errores puntuales sino a una historia continua en la que ha prevalecido la exclusión, la falta de reconocimiento y la imposición del Estado sobre las formas propias de vida de estas comunidades.

2) Aunque en el papel existen normas que protegen derechos claves como la jurisdicción indígena, la consulta previa, la participación política diferenciada y la autonomía sobre el territorio, en la realidad estos derechos son constantemente violados por decisiones estatales que priorizan intereses extractivistas y se toman sin consultar a las comunidades, lo que impide que se den cambios reales.

3) El desplazamiento forzado es una de las formas más graves de violación a los derechos colectivos porque no solo implica la salida física de los pueblos de sus territorios sino también la ruptura de su vida cultural, espiritual y social, algo que incluso ha sido señalado de forma clara por la Corte Constitucional como una amenaza directa a su existencia.

4) El arrebato de tierras, los ataques a líderes indígenas y la falta de acciones efectivas para garantizar una consulta previa legítima muestran que hay un patrón repetido de violaciones a los derechos colectivos, sostenido en la impunidad y en la ausencia de políticas públicas que entiendan y respeten lo intercultural como parte esencial del diseño institucional.

5) La forma en que se ha permitido la participación política de los pueblos indígenas se ha vuelto casi decorativa, ya que los mecanismos creados no aseguran que tengan una voz real en las decisiones importantes del Estado, y en el caso de la consulta previa, esta ha sido vaciada de contenido y se ha convertido en un trámite sin poder vinculante ni legitimidad.

6) Es necesario y urgente apoyar y fortalecer los sistemas de justicia y de gobierno propios de los pueblos indígenas, lo cual no solo implica reconocer el pluralismo jurídico que ya está en la Constitución, sino también brindar recursos para que sus instituciones funcionen plenamente y cambiar por completo la forma en que el sistema de justicia estatal se relaciona con las autoridades ancestrales.

7) Para que los derechos de los pueblos indígenas se cumplan de verdad, no basta con aplicar las normas actuales, sino que se requiere transformar desde la raíz

el modelo de Estado, adoptando una visión donde lo intercultural no sea algo excepcional ni subordinado a la idea dominante de desarrollo, sino el centro desde el cual se entienda la democracia y la justicia en toda su diversidad.

3.1. Propuestas concretas para la garantía de derechos

A partir de los hallazgos de esta investigación, se vuelve necesario plantear una serie de propuestas que permitan reducir la distancia existente entre lo que establece la ley sobre los derechos de los pueblos indígenas y lo que realmente se aplica en sus territorios, por eso, en primer lugar, se sugiere expedir una ley estatutaria sobre consulta previa que defina de manera clara, con carácter obligatorio y desde una visión intercultural, los pasos, requisitos y efectos jurídicos del ejercicio de este derecho, en línea con lo que establece el Convenio 169 de la OIT y con los criterios fijados tanto por la Corte Constitucional como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En segundo lugar, se considera urgente reforzar la capacidad de los pueblos indígenas para ejercer su autonomía territorial, su justicia propia y su organización política, lo cual requiere asignar recursos técnicos, financieros y operativos suficientes a los Consejos de Gobierno indígena, además de asegurar que los planes de vida comunitarios puedan ejecutarse con apoyo de presupuestos participativos que respeten su cosmovisión y sus prioridades culturales.

También se plantea como necesario establecer mecanismos estables de coordinación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, a través de protocolos que garanticen que las decisiones tomadas por las autoridades indígenas tengan valor vinculante, que se respeten sus procedimientos y que la relación entre los sistemas jurídicos que coexisten en Colombia se base en la horizontalidad y el respeto mutuo.

Otro punto esencial es el diseño y ejecución de políticas públicas en salud, educación y justicia con enfoque intercultural, construidas mediante el diálogo con los pueblos indígenas y no impuestas desde una sola visión, por lo que es fundamental respaldar con recursos reales la educación bilingüe, la medicina ancestral y la justicia comunitaria, ya que estas prácticas forman parte de su soberanía cultural y deben ser reconocidas como tales. Al final, “la educación y la conciencia ambiental deben ser pilares fundamentales para adoptar una perspectiva intergeneracional” (Miranda, 2023).

Por último, se hace un llamado al poder legislativo y al poder judicial para que adopten una perspectiva de justicia restaurativa que asuma las deudas históricas con

los pueblos indígenas y reconozca su derecho a una reparación completa, lo cual debe incluir el reconocimiento de los daños estructurales sufridos, la devolución de sus territorios y la garantía de que estas situaciones no se repitan, a través de reformas legales de fondo que rompan con las prácticas coloniales todavía vigentes.

3.2. Reflexión final crítica

Esta investigación permite afirmar que el mayor problema no es la falta de normas que protejan a los pueblos indígenas, sino la ausencia de una voluntad política real, la debilidad de los mecanismos para aplicar esas normas y la permanencia de estructuras coloniales que siguen tratando a estos pueblos como actores secundarios dentro del proyecto nacional, lo que plantea un desafío político y ético que consiste en redefinir la relación entre el Estado y los pueblos originarios, no desde una lógica de integración forzada, sino desde el respeto pleno a su diferencia y a su derecho a decidir por sí mismos sobre su futuro y su modo de vida.

Los pueblos indígenas no están reclamando asistencialismo ni inclusión simbólica, sino que exigen respeto, autodeterminación y participación real en las decisiones que impactan su existencia, sus territorios y sus formas culturales de vida, porque la justicia intercultural no es una meta lejana o decorativa, sino una obligación concreta que el Estado colombiano debe asumir con acciones que transformen la realidad, con medidas de reparación histórica y con el reconocimiento de los saberes indígenas como conocimientos legítimos y necesarios para construir un futuro común.

En definitiva, solo un Estado que esté dispuesto a revisar críticamente sus propias instituciones, a construir relaciones igualitarias con los pueblos indígenas y a asumir el pluralismo jurídico no como un obstáculo, sino como una riqueza para la democracia, podrá garantizar de verdad los derechos que aquí se han analizado, porque el problema no es solo legal ni técnico, sino profundamente político, ético y relacionado con la forma en que se quiere construir una sociedad más justa y más respetuosa de su diversidad.

REFERENCIAS

Bibliografía básica

ACOSTA ANDREA, P. y PÁEZ YASSER, M. Derechos fundamentales de la población desplazada según la jurisprudencia constitucional colombiana. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

ANGAMARCA PUCHAICELA, D. y VÁZQUEZ MARTÍNEZ, D. La justicia indígena en el Ecuador, sus posibles excesos y la posibilidad de positivizarla. Quito: FIPCAEC, 2021.

BAENA, S. «La autonomía de las Entidades Territoriales Indígenas». Revista Digital de Derecho Administrativo. 2015, núm. 13, pp. 99–133. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/21452946.n13.07>

BOAVENTURA DE SOUSA, S. Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. Quito: Abya Yala, 2012.

FRINÉ LUCHO, G. y AYALA BARRÓN, J. Desplazamiento forzado interno: protección de los derechos humanos y derecho humanitario. São Paulo, 2021.

GARAVITO RIVERA, J. Desplazamiento forzado y vulneración de los derechos a la vida e identidad cultural de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta. Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho, modalidad investigación. Universidad del Norte, Barranquilla, 2017.

GARCÍA TORRES, D. Utopía: la conformación de las entidades territoriales indígenas y la autonomía territorial de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano. Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo. Universidad del Rosario, Bogotá, 2023.

GÓMEZ SALAZAR, J. Políticas normativas nacionales y encuentros binacionales de Colombia y Ecuador para la protección social de mujeres y niños colombianos. Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Relaciones Internacionales y Diplomacia, con mención en Política Exterior (2013–2015). Instituto de Altos Estudios Nacionales, Quito, 2017.

GONZÁLEZ SERRANO, A. «Téllez Navarro, Román Francisco y Blanco Blanco, Jacqueline. Los pueblos indígenas y sus derechos constitucionales y convencionales. Bogotá: Editorial Neogranadina, 2021». Revista Electrónica Iberoamericana (REIB) [en línea]. 2022, vol. 16, núm. 1, pp. 283–286. [Consulta: fecha si aplica]. ISSN 1988-0618. Disponible en: <<https://doi.org/10.20318/reib.2022.7027>>

GRANADA VAHOS, J. Desplazamiento forzado y acción colectiva: la mesa de organizaciones de población desplazada de Medellín. Medellín: Universidad de Antioquia, 2018.

GUERRA BONET, L., OSPINA VELLOJÍN, K. y ESTRADA ARRIETA, S. L. «Derecho indígena en Colombia: avances, principios y retos hacia la protección de los derechos culturales y territoriales». *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo* [en línea]. 2024, vol. 16, núm. 32, pp. 8–32. [Consulta: julio de 2025]. Disponible en: <<https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.16-num.32-2024-4755>>

GUTIÉRREZ Q., M. «Pluralismo jurídico y cultural en Colombia». *Revista Derecho del Estado*. 2011, núm. 26, pp. 85–105.

IGLESIAS CONTRERAS, J. C. y BLANCO CORTÉS, A. M. «Análisis de la política pública de atención al desplazamiento forzado en Colombia». *Aportes Andinos*. 2008, núm. 21, pp. 1–10. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Programa Andino de Derechos Humanos.

JAIMES VILLAMIZAR, J. P. *Desplazamiento forzado y derechos humanos*. Granada: Editorial de la Universidad de Granada, 2014. ISBN: 978-84-9083-248-6.

LLASAG FERNÁNDEZ, R. «Desconstitucionalización de la justicia indígena y retorno de prácticas coloniales». *Palabra* [en línea]. 2021, vol. 1, núm. 1, pp. 53 –79. Disponible en: <<https://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/palabra/article/view/2866>>

LOZANO PARRA, J. S. y JAIMES MELGAREJO, M. F. «Extractivismo, naturaleza y pueblos indígenas: Abordaje jurisprudencial a partir de la posición de la Corte Constitucional de Colombia sobre el derecho a la consulta previa». *Andares: Revista de Derechos Humanos y de la Naturaleza* [en línea]. 2024, núm. 5, pp. 39–53. Disponible en: <<https://doi.org/10.32719/29536782.2024.1.4>>

MIRANDA GONÇALVES, R. «La intersección entre los derechos humanos, el derecho a la propiedad y la tierra de los derechos indígenas», pp. 41–72. En: PALOMARES, M. (coord.). *Desafíos jurídicos contemporáneos en la defensa de los derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024. ISBN: 978-84-1056-280-6.

MIRANDA GONÇALVES, R. *Derechos Humanos, cultura e identidad: un estudio sobre el patrimonio cultural en Brasil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

MIRANDA GONÇALVES, R. «Luchando por el futuro: Derechos humanos, medio ambiente y la agenda contra el cambio climático», *Tratado de las políticas públicas para la efectivización del derecho fundamental al medio ambiente*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2023, pp. 25-48.

PÉREZ FAJARDO, J. *La garantía al derecho de autonomía de los pueblos indígenas: ¿teoría o realidad? Trabajo de grado para optar al título de Abogada*. Directora: Cathalina Sánchez Escobar. Universidad Pontificia Bolivariana, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Medellín, 2020.

RAMÍREZ MONTÚFAR, A. H. y NOGUERA, D. L. «Garantía de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en el multinacionalismo y el neoconstitucionalismo». *Novum Jus* [en línea]. 2017, vol. 11, núm. 2, pp. 19–51. Disponible en: <<https://doi.org/10.14718/NovumJus.2017.11.2.2>>



ROSETO SALAZAR, B. D. L. Á., y MAYORGA MAYORGA, E. C. «La aplicabilidad de la justicia indígena en la legislación ecuatoriana: derecho comparado». LATAM. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades [en línea]. 2023, vol. 4, núm. 4, pp. 274–285. Disponible en: <<https://doi.org/10.56712/latam.v4i4.1214>>

SÁNCHEZ MATUS, F. Manual de acceso a la justicia y debido proceso para mujeres e indígenas en México. Ciudad de México, 2013.

SEMPER, F. Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Bogotá: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2006.

TAPIA GUTIÉRREZ, A. «La consulta previa y la debida diligencia: similitudes y diferencias de dos instrumentos para un modelo de desarrollo y la defensa de los derechos humanos». Derechos y Libertades [en línea]. 2016, núm. 34, Época II, pp. 235 –262. ISSN 1133-0937. Disponible en: <<https://doi.org/10.14679/1026>>

TÉLLEZ NAVARRO, R. y BLANCO BLANCO, J. Los pueblos indígenas y sus derechos constitucionales y convencionales. Bogotá: Editorial Neogranadina, 2021.

TRUJILLO GARCÍA, S. Hombres adultos y el desplazamiento forzado . Quito: Pontificia Universidad Javeriana, 2008.

VOS OBESO, R. y GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, A. «Desplazamiento forzoso: un tema de derechos desde el enfoque de género y los acuerdos de paz». Reflexión Política. 2018, vol. 20, núm. 40, pp. Universidad Autónoma de Bucaramanga.

ZAPATER, J. Prevención del desplazamiento forzado: las inconsistencias del concepto. Artículo de investigación núm. 186. Ginebra: ACNUR, Servicio de Evaluación y Elaboración de Políticas, abril de 2010.

Bibliografía complementaria

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos Washington D. C.: Organización de los Estados Americanos, 2009. (OEA Documentos Oficiales; OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09). ISBN: 978-0-8270-5580-3. Disponible en: <<https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>>

Ministerio de Cultura de Colombia. «Lenguas Nativas y Criollas de Colombia». [Fecha de consulta: 8 mayo 2025, 09:15]. Disponible en: <<https://mng.mincultura.gov.co/areas/poblaciones/APP-de-lenguas-nativas/Paginas/-default.aspx>>

Legislación citada

Constitución de la República del Ecuador. Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente, 20 de octubre de 2008. Montecristi. Disponible en: <<https://www.cosede.gob.ec/wp-content/uploads/2019/08/CONSTITUCION-DE-LA-REPUBLICA-DEL-ECUADOR.pdf>>



Función Pública de Colombia. Constitución Política de Colombia de 1991. Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente, 20 de julio de 1991. Bogotá D.C.: Departamento Administrativo de la Función Pública. Disponible en: <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4125>>

Constitución Política del Estado de Bolivia. El Alto: Asamblea Constituyente, 7 de febrero de 2009. Disponible en: <<https://www.cervantesvirtual.com/obra/constitucion-politica-del-estado-plurinacional-de-bolivia-promulgada-el-9-de-febrero-2009/>>

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2106 A (XX), 21 de diciembre de 1965. Nueva York. Disponible en: <<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>>

Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas. Disponible en: <<https://www.plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/convencion-derechos-del-nino>>

Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, 27 de junio de 1989. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Disponible en: <<https://www.ilo.org/es/media/443541/download>>

Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 13 de septiembre de 2007. Nueva York: A/61/L.67 y Add.1. Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf>

Ley 21 de 1991. Aprobada por el Congreso de Colombia, 4 de marzo de 1991. Bogotá. Disponible en: <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=37032>>

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas. Disponible en: <<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas. Disponible en: <<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>>

Jurisprudencia referenciada

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-030/08. 2008. Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-030-08.htm>>



Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-129/11. 2011. Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm>>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-342/94. 1994. Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-342-94.htm>>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-510/98. 1998. Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/su510-98.htm>>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-025/04. 2004. Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena U'wa y sus miembros vs. Colombia. Caso núm. 11.754. 2024. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2020/CO_11.754_NdeREs.PDF>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Petición núm. 11.577. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=-240&lang=es>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Serie C núm. 245. Sentencia de 27 de junio de 2012. Disponible en: <https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf>

Listado de abreviaturas

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CNUDH: Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas CPE: Constitución Política del Estado (Bolivia)

CPC: Constitución Política de Colombia

DNUDPI: Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas OEA: Organización de los Estados Americanos

OIT: Organización Internacional del Trabajo ONU: Organización de las Naciones Unidas

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales



CONTROLE INTERNO COMO FERRAMENTA DE *COMPLIANCE* E GOVERNANÇA NA SAÚDE PÚBLICA DO PARANÁ

INTERNAL CONTROL AS A TOOL FOR *COMPLIANCE* AND GOVERNANCE IN PUBLIC HEALTH IN PARANÁ

Michele Lorelei Martins¹

Viviane L. Novatzki²

Priscila Luciene Santos de Lima³

Resumo: O presente artigo analisa a atuação da Unidade de Controle Interno (UCI) da Secretaria de Estado da Saúde do Paraná (SESA/PR) como instrumento estratégico de *compliance* e fortalecimento da governança pública, considerando o crescente papel do controle interno na promoção da integridade e da eficiência administrativa na gestão pública contemporânea. O estudo tem como objetivo compreender de que forma a atuação da unidade contribui para a consolidação de práticas institucionais voltadas à transparência, à prevenção de irregularidades e ao aprimoramento da gestão da saúde pública estadual. Para tanto, desenvolveu-se pesquisa de abordagem qualitativa, descritiva e bibliográfica, associada à análise documental da evolução histórica e normativa do controle interno na Administração Pública brasileira, bem como das diretrizes estabelecidas pela Controladoria Geral do Estado do Paraná (CGE/PR) e pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE/PR). A investigação contempla ainda a análise da trajetória institucional da UCI/SESA no período de 2019 a 2025, evidenciando avanços, desafios e resultados decorrentes da implementação de práticas de governança e integridade. Entre os marcos avaliativos analisados, destaca-se o Acórdão nº 2958/22 do TCE/PR, considerado o primeiro diagnóstico sistêmico dos controles internos da SESA/PR, responsável por impulsionar a elaboração de plano de ação corretivo em articulação institucional. Os resultados demonstram que o controle interno passou a exercer atuação preventiva e orientativa, alinhada aos pilares de *compliance*, contribuindo para o amadurecimento dos controles administrativos e para a efetividade das políticas públicas de saúde.

¹ Tecnóloga em Gestão Pública pelo Centro Universitário Internacional Uninter - Curitiba/PR, Especialista em MBA Em Auditoria Em Saúde pelo Centro Universitário Internacional Uninter – Curitiba/PR, Especialista em Direito, Compliance e Gestão de Riscos pelo Centro Universitário Uniamérica – Foz do Iguaçu/PR, Especialista em MBA Em Licitações e Contratos: Governança, Teoria e Prática pela Faculdade Pólis Cívitas - Curitiba/PR, Servidora Pública Estadual, Controladora Interna da Secretaria de Estado da Saúde do Paraná. Contato: micheleloirelei.1975@gmail.com

² Professora e orientadora na disciplina TCC 1 pela Faculdade Pan, Doutoranda pela UNICURITIBA em Direito Empresarial e Cidadania, Mestre em Cultura Jurídica: Segurança, Justiça e Direito com dupla certificação pela Universidade de Girona da Espanha e pela Universidade de Gênova da Itália, revalidado pela Universidade Estadual de Londrina. Graduação em Direito Processual Tributário Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e pela Escola do Ministério Público do Paraná (Fempar). Advogada. Contato: viviane.novatzki@gmail.com

³ Pós-doutora em Novas Tecnologias e Direito pela Università Mediterranea di Reggio Calabria - ITÁLIA. Realizando estágio Pós-doutoral no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (MACKENZIE). Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Diretora Editorial e Conselheira de inúmeros periódicos científicos, nacionais e internacionais. Professora no Grupo FAVENI. Email: pritysantoslima@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7325012453913306>

Palavras-chave: Controle interno. *Compliance*. Governança pública. Integridade. Saúde pública.

Abstract: This article examines the role of internal control as a strategic governance and *compliance* mechanism within public administration, based on the institutional experience of the Internal Control Unit of the Paraná State Health Department (SESA/PR), Brazil. The study aims to analyze how internal control practices contribute to strengthening transparency, integrity, and administrative efficiency in public health management. A qualitative and descriptive research approach was adopted, supported by bibliographic review and documentary analysis addressing the regulatory evolution of internal control in Brazilian public administration and the institutional guidelines established by state oversight bodies. The analysis focuses on the institutional development of the Internal Control Unit between 2019 and 2025, identifying advances, challenges, and outcomes associated with the implementation of governance and integrity practices. Particular attention is given to Decision No. 2958/22 issued by the Paraná State Court of Accounts, considered a milestone in the systemic assessment of internal control structures and in fostering corrective institutional measures. The findings indicate a transition from traditional ex post inspection toward a preventive and advisory control model aligned with *compliance* principles. The study demonstrates that internal control mechanisms may function as strategic instruments for governance maturation, risk mitigation, and improvement of public policy effectiveness, contributing to broader debates on accountability and integrity in contemporary public sector management.

Keywords: Internal control. *Compliance*. Public governance. Integrity. Public health.

1. INTRODUÇÃO

O controle interno consolidou-se, ao longo das últimas décadas, como um dos principais instrumentos de aprimoramento da governança pública. Mais do que um mecanismo de fiscalização, tornou-se eixo estruturante da gestão moderna, voltado à prevenção de irregularidades, à promoção da transparência e ao fortalecimento da confiança social. No cenário brasileiro, sua trajetória reflete uma busca contínua por integridade e eficiência na aplicação dos recursos públicos, partindo de marcos normativos fundadores — como a Lei nº 4.320/1964 e o Decreto-Lei nº 200/1967 — e ganhando densidade com a Constituição Federal de 1988, que consagrou a obrigatoriedade dos sistemas de controle interno em todos os Poderes (arts. 70 e 74).

No âmbito estadual, a Constituição do Estado do Paraná de 1989, em seu art. 78, reafirmou a simetria com o texto constitucional federal, reforçando a necessidade de articulação entre os sistemas de controle interno e externo. Esse processo evolutivo ganhou novo impulso com a criação da Controladoria-Geral do Estado do Paraná (CGE/PR), pela Lei nº 17.745/2013, e, posteriormente, com a instituição do Programa de Integridade e *Compliance* da Administração Pública Estadual, previsto

na Lei nº 19.857/2019 e regulamentado pelos Decretos nº 2.741/2019 e nº 2.902/2019. Essas medidas consolidaram um modelo de gestão orientado pela integridade, pela transparência e pela responsabilização administrativa.

A relevância deste estudo decorre da necessidade de compreender de que forma os mecanismos de controle interno podem ultrapassar o papel tradicional de mera verificação formal e assumir uma função estratégica de promoção da ética, do *compliance* e da integridade pública. No setor da saúde, essa análise se torna ainda mais significativa, dada a complexidade organizacional da Secretaria de Estado da Saúde do Paraná (SESA/PR), o elevado volume de recursos financeiros sob sua gestão e a importância social das políticas públicas executadas.

Diante desse contexto, formula-se o seguinte problema de pesquisa: de que modo o controle interno pode ser utilizado como instrumento de *compliance* e de fortalecimento da ética pública na gestão da saúde estadual do Paraná? O objetivo geral consiste em analisar a atuação da Unidade de Controle Interno (UCI) da Secretaria de Estado da Saúde do Paraná (SESA/PR) como ferramenta estratégica de *compliance* e de consolidação da governança pública. Como objetivos específicos, busca-se examinar a evolução histórica e normativa do controle interno na Administração Pública brasileira; identificar os princípios e diretrizes estabelecidos pela Controladoria-Geral do Estado (CGE/PR) e pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE/PR); avaliar a trajetória institucional da UCI/SESA entre 2019 e 2025, com destaque para os resultados e desafios enfrentados; e, por fim, discutir as perspectivas de aprimoramento do sistema de controle interno, considerando a consolidação da cultura de integridade, a capacitação contínua dos agentes públicos e a integração tecnológica como fatores essenciais ao fortalecimento institucional.

Entre os marcos avaliativos mais relevantes, destaca-se o Acórdão nº 2958/22, proferido pelo TCE/PR, que representou o primeiro diagnóstico sistêmico dos controles internos da SESA/PR. A auditoria apontou deficiências estruturais em quatro eixos — ambiente de controle, área contábil, pessoal e tecnologia da informação — e determinou a elaboração de um plano de ação corretivo, acompanhado pela CGE/PR e pela UCI/SESA. A resposta institucional a esse acórdão evidenciou uma postura proativa da Secretaria, consolidando um modelo de maturidade administrativa pautado na prevenção, na cooperação interinstitucional e na melhoria contínua das práticas de gestão.

Assim, o trabalho organiza-se em seis capítulos, além desta introdução. O segundo apresenta o percurso histórico e normativo do controle interno no Brasil; o terceiro aborda os fundamentos e objetivos do sistema, conforme as diretrizes do TCE/PR e do Programa de Integridade e *Compliance* da CGE/PR; o quarto capítulo traz o estudo de caso da UCI/SESA, destacando seus avanços e desafios no período de 2019 a 2025; e, por fim, o quinto capítulo discute as perspectivas de aprimoramento do sistema de controle interno, culminando nas considerações finais, que sintetizam as contribuições desta pesquisa para o campo da governança pública e da integridade institucional.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E FUNDAMENTOS DO CONTROLE INTERNO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

A palavra “controle” tem origem controvertida. Giannini, (Silva, 2020, p.73), aponta que o termo deriva da contração entre os vocábulos medievais *contra* e *rotulum*, que deram origem ao francês *contrôle*, significando “rol” utilizado para verificação e conferência de registros. Nesse sentido, o controle esteve historicamente ligado às finanças públicas: em francês, *contrôler* significa registrar, inspecionar e examinar.

No campo da administração, Henri Fayol destacou o controle como uma das funções fundamentais da gestão, ao lado do planejamento, organização e direção. Para ele, controlar é verificar se tudo ocorre conforme o planejado, em conformidade com normas e princípios estabelecidos (Fayol, 1994, p.119). No âmbito da Administração Pública, o controle interno é definido como a “faculdade de vigilância, orientação e correção exercida por órgãos da própria Administração sobre a conduta funcional de seus agentes” (Meirelles, 2016, p. 716).

Com base no levantamento de Domingos Poubel de Castro (2013, p. 384), a necessidade de um controle financeiro mais sólido no Brasil surgiu em meados de 1914, quando banqueiros britânicos condicionaram a concessão de empréstimos à apresentação de informações contábeis consistentes. A contabilidade governamental, então operada por fluxo de caixa, mostrava-se insuficiente. Esse cenário levou à instituição da Diretoria Central da Contabilidade Pública em 1921, por meio do Decreto nº 15.210/1921, posteriormente renomeada como Contadoria Geral da República em 1940, conforme Decreto nº 1.990/1940 (Brasil, 1921; Brasil, 1940).

O Código de Contabilidade Pública, instituído pelo Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922, e o Regulamento Geral de Contabilidade, aprovado pelo Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922, estabeleceram maior tecnicidade ao setor, que passou a se dividir em contabilidade orçamentária, financeira e patrimonial. A Constituição Federal de 1946 reforçou a centralidade do controle, atribuindo ao Tribunal de Contas da União (TCU) o controle prévio dos atos de gestão.

Na década de 1960, com a Lei nº 4.320/1964, introduziu-se pela primeira vez no ordenamento o termo “controle interno”, prevendo sua função de apoio ao controle externo. Poucos anos depois, o Decreto-Lei nº 200/1967 promoveu reforma administrativa com base na lógica da administração gerencial, instituindo princípios de planejamento, descentralização e controle de resultados.

O controle interno passou a ser exercido pelas Inspetorias-Gerais de Finanças em cada ministério (Decreto nº 61.386/1967). Contudo, a sobrecarga de atribuições levou à criação de novos mecanismos, como a Comissão de Coordenação de Inspetorias-Gerais de Finanças (INGECOR), formalizada em 1971 (Decreto nº 68.441).

Nos anos 1970, buscou-se maior integração entre planejamento, orçamento e modernização administrativa, com a criação do sistema de planejamento. Já em 1979, instituiu-se a secretaria central de controle interno (SECIN), centralizando auditorias no ministério do planejamento. Essa estrutura perdurou até 1985, quando suas atribuições foram transferidas ao ministério da fazenda e, em 1986, à recém-criada secretaria do tesouro nacional (STN), pelo Decreto nº 92.542/1986.

Com a Constituição Federal de 1988, o controle interno ganhou novo delineamento. Os arts. 70 e 74 consagraram o dever de todos os poderes manterem sistemas de controle interno, com ênfase na legalidade, economicidade, legitimidade e no apoio ao controle externo.

A necessidade de fortalecimento institucional se intensificou nos anos 1990, especialmente após o impeachment do Presidente Fernando Collor. Em 1994, o Decreto nº 480 instituiu a Secretaria Federal de Controle Interno (SFC), posteriormente consolidada pela Lei nº 10.180/2001. Em 2002, a Corregedoria-Geral da União foi transformada em Controladoria-Geral da União (CGU), que assumiu a função central do sistema de controle interno da Administração Federal.

A partir de 2003, com a Lei nº 10.683, a CGU passou a ser formalmente vinculada ao combate à corrupção e à promoção da transparência, por meio da

criação do Conselho de Transparência e Combate à Corrupção e, posteriormente, da Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (Brasil, 2003; Controladoria-Geral da União, [s.d.]).

No cenário contemporâneo, os sistemas de controle interno no Brasil passaram a incorporar metodologias modernas de gestão de riscos e integridade. O modelo elaborado pelo *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* – Comitê das Organizações Patrocinadoras da Comissão Treadway (COSO, 2013) – consolidou-se como referência internacional para a avaliação e o fortalecimento dos sistemas de controle interno, sendo amplamente adotado por órgãos de fiscalização e entidades da administração pública. A Controladoria-Geral da União (CGU, 2018) e diversas controladorias estaduais passaram a recomendar sua aplicação para integrar governança, transparência e *accountability*.

A Constituição Federal de 1988 permanece como a principal norma de referência (arts. 31, 70 e 74), embora estabeleça apenas diretrizes gerais, sem detalhar as estruturas. Essa ausência de uniformidade levou à tentativa de regulamentação nacional pelo Projeto de Lei nº 3.448/2019, devolvido por vício de iniciativa (Brasil, 2019).

Além desse percurso histórico, normas mais recentes como a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e a Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos) reforçaram a obrigatoriedade da gestão de riscos, da integridade e do fortalecimento do controle preventivo. A jurisprudência também tem contribuído: o TCU, no Acórdão nº 2622/2015 – Plenário, apontou que a ausência de estrutura de controle pode ensejar responsabilização de gestores, e o STJ, no REsp 1.104.900/SP, reconheceu que falhas de governança e omissões configuram improbidade administrativa.

Esses avanços normativos e entendimentos consolidados por órgãos de controle, como tribunais de contas, reforçam o papel estratégico do controle interno na governança pública contemporânea.

3. COMPLIANCE: HISTÓRICO, CONCEITO, PILARES E APLICAÇÃO NO SETOR PÚBLICO PARANAENSE

O termo *compliance*, originado do verbo inglês *to comply* (estar em conformidade), é utilizado no contexto jurídico e organizacional para designar a adesão a normas, regulamentos, leis e princípios éticos. O conceito surgiu nos

Estados Unidos com a promulgação da *Foreign Corrupt Practices Act* [Lei de Práticas de Corrupção no Exterior] (FCPA), em 1977, que obrigava empresas norte-americanas a implementarem mecanismos internos de controle com o objetivo de coibir práticas de corrupção e falsificações contábeis. O tema ganhou maior relevância na década de 1990, com a introdução das *Federal Sentencing Guidelines* [Diretrizes Federais de Sentenciamento], que estimularam a adoção de programas de integridade ao preverem benefícios na atenuação de penas para empresas que adotassem tais medidas.

No Brasil, a cultura de *compliance* ganhou protagonismo a partir da promulgação da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que responsabiliza administrativamente e civilmente pessoas jurídicas por atos lesivos à administração pública, incentivando a adoção de programas de integridade como fator atenuante em eventuais sanções. A partir de então, o *compliance* passou a integrar também a administração pública, a exemplo do Decreto nº 2.902/2019 do Estado do Paraná, que instituiu a obrigatoriedade do Programa de Integridade e *Compliance* no âmbito estadual e estabeleceu os Núcleos de Integridade e *Compliance* Setoriais (NICS). Isso evidencia a transição do *compliance* de um modelo voluntário, típico do setor privado, para um sistema normativo estatal, de correção.

Do ponto de vista conceitual, o *compliance* se refere à criação e à implementação de regras, políticas e processos voltados à prevenção, detecção e remediação de condutas irregulares, promovendo a ética organizacional. Conforme Frazão e Lacerda (2020, pag. 71-104), a efetividade de um programa de *compliance* está diretamente relacionada à sua capacidade de adaptação ao contexto e à cultura organizacional. Modelos baseados exclusivamente em listas de verificação (*checklists*), sem difusão real da ética, tendem a ser ineficazes e simbólicos. Assim, o *compliance* deve abranger todas as obrigações legais e normativas pertinentes à organização, políticas internas e valores institucionais, exigindo adequação à realidade do setor público ou privado.

Os programas de *compliance* perseguem objetivos preventivos (redução de riscos, minimização de perdas financeiras e reputacionais), detectivos (identificação e correção de desvios) e remediativos (adoção de ações corretivas, aperfeiçoamento de processos e fortalecimento da governança). Também contribuem para a cultura organizacional, reforçam a confiança de investidores e da sociedade, promovem a inovação, a qualidade e a eficiência na gestão. Frazão e Medeiros destacam

benefícios como vantagens competitivas, maior profissionalização e ganhos económicos decorrentes da prevenção de ilícitos (2020, p. 81).

Esses propósitos se apoiam em pilares fundamentais, como o comprometimento da alta direção, mapeamento de riscos, código de ética e conduta, capacitação, canais de denúncia, auditoria contínua e respostas a desvios. No setor público, esses pilares devem estar articulados com o sistema de controle interno, visando promover a integridade, a transparência e a responsabilização institucional.

No Estado do Paraná, o Programa de Integridade e *Compliance* da Administração Pública Estadual, coordenado pela Controladoria-Geral do Estado (CGE/PR), visa fomentar políticas e práticas éticas, combater fraudes e irregularidades, e garantir a eficiência administrativa. O programa é aplicado a todos os órgãos e entidades do Poder Executivo, incluindo servidores, terceirizados e parceiros, consolidando uma cultura organizacional voltada à integridade e ao interesse público.

Para isso, a CGE/PR estruturou o programa em etapas, incluindo a identificação e priorização de riscos, elaboração de planos de integridade, definição de medidas mitigatórias, construção de matrizes de responsabilidades, elaboração de códigos de ética e conduta, implantação de canais de denúncia, auditoria e reteste de controles. A base legal do programa está na Lei Estadual nº 19.857/2019 e no Decreto nº 2.902/2019, que atribuíram à CGE/PR a função normativa e de supervisão da implantação dos programas de *compliance* nos órgãos públicos estaduais.

No âmbito da Secretaria de Estado da Saúde do Paraná (SESA/PR), o Programa de Integridade e *Compliance* foi implementado por meio da atuação da Unidade de Controle Interno (UCI), que integra o Núcleo de Integridade e *Compliance* Setorial. Essa unidade passou a exercer papel estratégico, contribuindo para o aprimoramento da governança e o fortalecimento das práticas de integridade na saúde pública paranaense, conforme detalhado no capítulo seguinte deste trabalho.

A seguir, apresenta-se uma representação visual dos dez pilares essenciais que compõem um Programa de *Compliance* eficaz, conforme amplamente adotado por organizações públicas e privadas. Esses pilares estruturam os elementos mínimos necessários para promover a integridade, a prevenção de irregularidades e a eficiência na gestão organizacional:

Figura 1 - Os 10 Pilares de um Programa de *Compliance*

Fonte: LEC (2017)

4. PRINCÍPIOS E OBJETIVOS DO CONTROLE INTERNO SEGUNDO O TCE/PR E O PROGRAMA DE INTEGRIDADE E COMPLIANCE DA CGE/PR

O Sistema de Controle Interno consiste em um processo integrado, conduzido pela estrutura de governança e executado de forma coordenada pela administração e por todo o corpo funcional da entidade, envolvendo atividades e procedimentos de controle incidentes sobre os processos de trabalho, em todos os níveis organizacionais, com a finalidade de assegurar o alcance dos objetivos institucionais, a conformidade dos atos de gestão e a mitigação de riscos (TCE/PR, 2024, p. 16–17).

Nesse sentido, o controle interno configura-se como instrumento essencial de apoio à gestão pública, por permitir a avaliação contínua do desempenho administrativo, a prevenção de falhas, a proteção do erário e o fortalecimento da governança, fornecendo subsídios para decisões mais eficientes, eficazes e transparentes (TCE/PR, 2024, p. 17).

Esse sistema encontra fundamento direto na Constituição Federal de 1988⁴, especialmente nos artigos 70 e 74, que estabelecem a corresponsabilidade entre

⁴ De acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o controle interno e externo da Administração Pública é matéria de competência constitucional. O art. 70 dispõe que “a fiscalização

controle interno e externo. O artigo 70 trata da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e de suas entidades, que deve observar os critérios de legalidade, legitimidade e economicidade. Já o artigo 74 detalha as finalidades do sistema de controle interno, como avaliar metas do plano plurianual, comprovar legalidade, avaliar eficiência e eficácia da gestão, controlar operações de crédito e apoiar o controle externo (Brasil, 1988).

No Paraná, a Constituição Estadual de 1989⁵ complementa esse arranjo. O artigo 78 determina que os Poderes mantenham sistemas de controle interno integrados, com finalidades equivalentes às previstas na Constituição Federal. Já o artigo 18 disciplina a fiscalização municipal, que deve ser exercida pela Câmara de Vereadores com o auxílio do Tribunal de Contas, em conjunto com os sistemas de controle interno do Executivo. Cabe destacar que os responsáveis por esses sistemas devem comunicar imediatamente ao TCE/PR qualquer irregularidade, sob pena de responsabilidade solidária (Paraná, 1989).

O TCE/PR destaca que o Sistema de Controle Interno deve ser orientado por princípios estruturantes como a legalidade, a economicidade, a eficiência e a eficácia, os quais garantem, com razoável segurança, o alcance dos objetivos institucionais (TCE/PR, 2024, p. 25–26). Também ressalta que os objetivos do controle interno ultrapassam a verificação formal da legalidade, abrangendo a avaliação das metas governamentais, a execução dos programas de governo e o controle da gestão orçamentária, financeira e patrimonial (TCE/PR, 2024, p. 18).

Nesse contexto, as Unidades de Controle Interno desempenham papel essencial na estrutura administrativa, sendo responsáveis pela realização de

contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”. Já o art. 74 estabelece que “os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União, comprovar a legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia e à eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado”.

⁵ A Constituição do Estado do Paraná de 1989 reforça, em seu art. 78, a importância do controle interno no âmbito da Administração Pública estadual, ao dispor que “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Assembleia Legislativa, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”. Esse dispositivo reflete o princípio da simetria constitucional, garantindo que o Estado adote mecanismos de controle interno e externo alinhados aos previstos na Constituição Federal, em especial aos artigos 70 e 74.

auditorias internas, pela avaliação da gestão, dos riscos e dos controles, bem como pela recomendação de melhorias contínuas no Sistema de Controle Interno (TCE/PR, 2024, p. 18–19; 70; 75; 77).

Outro ponto enfatizado pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE/PR) refere-se à distinção entre o controle interno administrativo e o controle interno avaliativo. O primeiro corresponde às atividades rotineiras de verificação e acompanhamento exercidas pelos próprios gestores e áreas operacionais, com o objetivo de prevenir falhas e irregularidades nos procedimentos administrativos. O segundo, por sua vez, é desempenhado pelas Unidades de Controle Interno (UCIs), que atuam de forma avaliativa, elaborando relatórios e pareceres técnicos, emitindo recomendações e propondo melhorias voltadas ao fortalecimento institucional (CGE/PR, 2019; CGE/PR, [s.d.]; TCU, 2010). Essa diferenciação é relevante porque evidencia que a gestão cotidiana (administrativa) e a atividade avaliativa (técnica e preventiva) não se sobrepõem, mas se complementam, contribuindo para a consolidação da boa governança pública.

Dessa forma, o sistema de controle interno previsto na Constituição, detalhado pela legislação estadual, estruturado a partir da atuação da CGE/PR e das UCIs setoriais, consolida-se como um dos pilares da administração pública moderna, unindo conformidade legal, integridade, eficiência e transparência.

Nesse contexto, destaca-se o papel da Controladoria Geral do Estado do Paraná (CGE/PR), instituída pela Lei Estadual nº 17.745/2013 e fortalecida pela Lei nº 19.857/2019, como órgão central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Estadual. Entre suas principais atribuições estão as funções de auditoria, ouvidoria, corregedoria e transparência, bem como a coordenação do Programa de Integridade e *Compliance* da Administração Pública Estadual, regulamentado pelo Decreto nº 2.902/2019, que estabeleceu pilares como gestão de riscos, código de ética, canais de denúncia, auditoria preventiva e capacitação de servidores (Paraná, 2019a; Paraná, 2019b).

A função da CGE/PR, entretanto, não se limita ao campo normativo e programático. Cabe-lhe também atuar como órgão central do sistema de controle interno, coordenando e supervisionando tecnicamente as Unidades de Controle Interno (UCIs) dos órgãos setoriais. Esse papel é essencial para garantir uniformidade metodológica, padronização de procedimentos e efetividade das práticas de auditoria e avaliação no âmbito do Poder Executivo.

Um marco nesse processo foi a instituição dos Núcleos de Integridade e *Compliance* Setoriais (NICS), criados pelo Decreto nº 2.741/2019 e regulamentados pela Resolução CGE nº 55/2021. Esses núcleos passaram a integrar agentes de *compliance*, de controle interno e de ouvidoria/transparência, fortalecendo a cultura de integridade e *accountability* em toda a administração pública estadual (Paraná, 2019c; CGE/PR, 2021).

Nesse arranjo, a UCI da Secretaria de Estado da Saúde (SESA/PR) encontra-se tecnicamente vinculada à CGE/PR, que supervisiona sua atuação e acompanha seus relatórios. Essa relação assegura que os trabalhos da unidade setorial, ainda que realizados muitas vezes por amostragem, reflitam não apenas a conformidade legal, mas também práticas consistentes de governança e gestão de riscos. A CGE/PR, portanto, funciona como elo entre a formulação estratégica das diretrizes de controle e a execução técnica pelas UCIs, reforçando a capacidade do Estado em prevenir irregularidades e assegurar a boa aplicação dos recursos públicos, sobretudo em áreas de grande complexidade, como a saúde.

O Paraná destaca-se, assim, como um dos entes federativos que mais avançaram na institucionalização de mecanismos de integridade. A criação da CGE/PR, sua reestruturação e a implantação do Programa de Integridade e *Compliance* representam marcos para o fortalecimento da governança e da transparência no âmbito estadual.

Entre os órgãos mais impactados por essas transformações está a Secretaria de Estado da Saúde (SESA/PR), devido à complexidade de sua estrutura, ao volume expressivo de recursos financeiros e à relevância social de suas políticas públicas. Nesse contexto, a Unidade de Controle Interno (UCI/SESA), integrante do NICS, desempenha papel estratégico na execução técnica das diretrizes de *compliance*, elaborando planos de trabalho, relatórios e pareceres que contribuem para a governança e a integridade da saúde pública paranaense.

5. ESTUDO DE CASO: A UNIDADE DE CONTROLE INTERNO DA SESA/PR

A institucionalização da Unidade de Controle Interno (UCI) da Secretaria de Estado da Saúde do Paraná (SESA/PR) decorreu do fortalecimento normativo do sistema de controle interno estadual, iniciado pela Lei nº 15.524/2007, que estabeleceu suas bases, e consolidado com o Decreto nº 6.863/2017, que incluiu no organograma da SESA o então Núcleo de Controle Interno, posteriormente

reorganizado e renomeado como UCI pelo Decreto nº 11.972/2018 (Paraná, 2007; Paraná, 2017; Paraná, 2018).

Essa atuação foi reforçada pelo Programa de Integridade e *Compliance* da Administração Pública Estadual que ampliou o papel da CGE/PR e dos Núcleos de Integridade e *Compliance* Setoriais (NICS), dos quais a UCI/SESA é integrante (Paraná, 2019a).

Desde então, a UCI consolidou-se como setor estratégico voltado à prevenção de falhas, ao fortalecimento da governança e à promoção da transparência, em alinhamento às diretrizes da Controladoria-Geral do Estado do Paraná (CGE/PR). Assim, este estudo de caso examina os resultados alcançados pela UCI/SESA, evidenciando seus avanços institucionais, seus desafios e sua importância estratégica dentro do Programa de Integridade e *Compliance* do Estado do Paraná.

Dentre as atribuições mais relevantes, alinhadas à legislação estadual e às orientações da Controladoria-Geral do Estado (CGE/PR) destacam-se: o acompanhamento das determinações do Tribunal de Contas do Estado (TCE/PR); a fiscalização de processos de contratação direta; e o monitoramento, por amostragem, da execução de convênios e transferências de recursos, atividades voltadas a assegurar conformidade com os princípios da legalidade, eficiência e economicidade (Brasil, 1988; Paraná, 2019a; Saúde, 2024).

Entre 2019 e 2024, os relatórios consolidados da UCI registraram avanços expressivos: foram mais de 40 participações em capacitações, 127 demandas atendidas, 10 visitas técnicas, 12 formulários da CGE respondidos, 67 recomendações técnicas emitidas, além do acompanhamento de 55 planos de ação e mais de mil análises de convênios com relatórios circunstanciados (UCI/SESA, 2024). Esses resultados evidenciam o amadurecimento da unidade, que deixou de se restringir ao acompanhamento de convênios para abarcar atividades mais amplas, como análises de riscos, emissão de pareceres orientativos, capacitação de servidores e apoio preventivo à gestão.

De forma anual, os relatórios revelam a diversidade das ações desempenhadas. Em 2019, de acordo com a Instrução Normativa (IN) CGE/PR nº 02/2019, elaborou-se o plano de trabalho anual da UCI; registraram-se 390 análises de convênios, dois pareceres técnicos para a prestação de contas da SESA e do Fundo Estadual de Saúde do Paraná (FUNSAÚDE) e cinco visitas técnicas *in loco*,

além da realização de cinco capacitações voltadas aos fiscais de convênios (UCI/SESA, 2019).

No exercício de 2020, elaborou-se o plano de trabalho anual da UCI, de acordo com as INs CGE/PR nº 01 e nº 02/2020 e, mesmo diante da pandemia, manteve-se o acompanhamento de mais de duzentos convênios, promoveram-se e participaram-se de treinamentos on-line, além da estruturação de fluxos de resposta às determinações do TCE/PR (UCI/SESA, 2020).

Em 2021, houve a elaboração do plano de ação anual da UCI, conforme as INs CGE/PR nº 01 e nº 02/2021, a análise de mais de duzentos relatórios circunstanciados, o cumprimento de recomendações do controle externo e a integração com a CGE/PR por meio de formulários e sistemas eletrônicos (UCI/SESA, 2021).

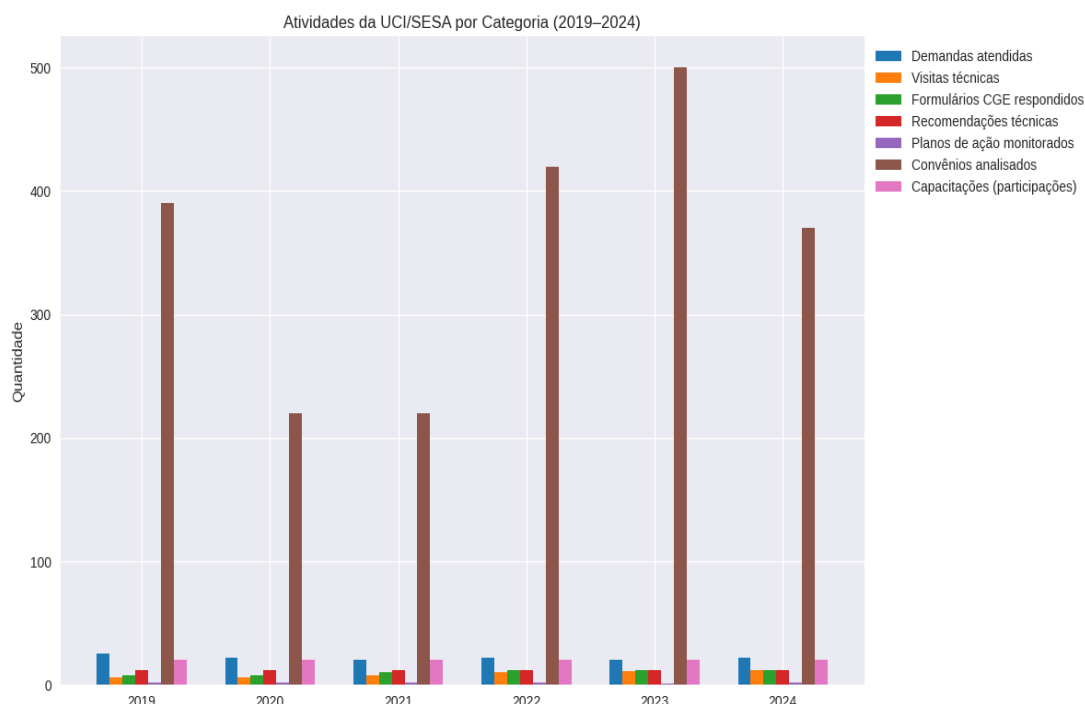
Já em 2022, de acordo com as INs CGE/PR nº 01 e nº 02/2022, elaborou-se o plano de trabalho anual da UCI, além da análise de mais de quatrocentos convênios e termos aditivos. Visando maior qualidade técnica na execução das atividades, a UCI intensificou a interlocução com a CGE/PR e promoveu a capacitação e orientação de fiscais das 22 Regionais de Saúde, reforçando seu papel pedagógico e preventivo (UCI/SESA, 2022).

No ano de 2023, conforme as INs CGE/PR nº 01 e nº 02/2023, elaborou-se o plano de trabalho anual da UCI, consolidaram-se as práticas avaliativas com a resposta a 159 quesitos da CGE distribuídos em quatro áreas, resultando em 52 recomendações técnicas, das quais 20 foram acatadas pela gestão. Nesse mesmo exercício, a UCI promoveu e participou de treinamentos sobre integridade e prevenção de irregularidades (UCI/SESA, 2023).

Em 2024, de acordo com as INs CGE/PR nº 01 e nº 02/2024, elaborou-se o plano de trabalho anual da UCI; foram respondidos 132 quesitos em dois formulários, que geraram 15 recomendações (11 acatadas), além da realização de visitas técnicas, capacitações voltadas às 22 Regionais de Saúde e acompanhamento sistemático de convênios e planos de ação (UCI/SESA, 2024).

A seguir, apresenta-se a consolidação das principais atividades desenvolvidas pela UCI/SESA entre 2019 e 2024, evidenciando a evolução quantitativa das ações realizadas no período.

Figura 2 – Atividades da UCI/SESA entre 2019 e 2024



Fonte: Relatórios Consolidados da UCI/SESA (2019–2024).

O plano de trabalho anual da UCI para 2025, conforme INs CGE/PR nº 01 e nº 02/2025 e em conformidade com o art. 8º da Instrução Normativa nº 02/2025, previu oito atividades ordinárias e uma extraordinária. Entre as prioridades, destacam-se o monitoramento das determinações do TCE/PR, a avaliação de processos de contratação direta, o acompanhamento da execução de convênios e o apoio à construção de instrumentos de *compliance* institucional (CGE/PR, 2025).

Esse processo está em consonância com referenciais modernos de controle interno, que associam governança, gestão de riscos e controles à promoção da integridade e da transparência, aproximando o controle da prevenção de irregularidades e do apoio à gestão, e não apenas de uma atuação punitiva. (ARANTES, 2016, p. 10–11; UNGARO, 2020, p. 202, 210).

Assim, a experiência da UCI/SESA entre 2019 e 2025 confirma sua transição de núcleo administrativo para uma estrutura técnica de referência na saúde pública estadual. Sua atuação consolidou práticas de *accountability*, entendida como o dever institucional de prestar contas, assumir responsabilidades e responder pelos atos praticados no âmbito da gestão pública, ampliou a integração com CGE/PR e TCE/PR, e reforçou a percepção do controle interno não como obstáculo burocrático, mas como

instrumento estratégico para fortalecer a governança, mitigar riscos e aprimorar a gestão pública (Pironti, 2022; Vasconcelos, 2019).

O Acórdão nº 2958/22, proferido pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE/PR)⁶, constitui marco relevante na avaliação da evolução do controle interno na Secretaria de Estado da Saúde do Paraná (SESA/PR), por representar o primeiro diagnóstico sistêmico e multidimensional do funcionamento dos controles internos da Secretaria. Fruto de auditoria realizada pela 3ª Inspeção de Controle Externo entre fevereiro e junho de 2022, o acórdão apresentou um diagnóstico abrangente de deficiências estruturado em quatro eixos fundamentais: ambiente de controle, área contábil, área de pessoal e tecnologia da informação (TCE/PR, 2022, Acórdão nº 2958/22).

O Tribunal determinou que a SESA apresentasse, no prazo de até 30 dias, um plano de ação detalhado, contendo medidas corretivas, prazos definidos e responsáveis designados, devendo, ainda, encaminhá-lo à Controladoria-Geral do Estado (CGE/PR) para acompanhamento e monitoramento. Tal determinação foi integralmente atendida pela Secretaria, com atuação conjunta da CGE/PR e da Unidade de Controle Interno (UCI/SESA), que passou a monitorar permanentemente as determinações do tribunal e a acompanhar, de forma preventiva, as áreas mais sensíveis da gestão.

Além disso, o acórdão impulsionou uma mudança de paradigma: a UCI/SESA fortaleceu seu papel técnico, adotando modelos padronizados de relatórios, ampliando o uso de planos de ação e painéis de indicadores, e transformando achados de auditoria em instrumentos de aperfeiçoamento da governança e da integridade institucional.

O acompanhamento posterior — registrado no Relatório de Atividades do primeiro semestre de 2025 — evidencia a efetividade das respostas institucionais, com o monitoramento de 29 demandas do TCE/PR e o cumprimento de oito determinações constantes de seis acórdãos distintos. Destaca-se, ainda, a emissão de recomendações orientativas sobre temas sensíveis, como pessoal, diárias,

⁶ Homologação de recomendações propostas pela 3ª Inspeção de Controle Externo em relatório cujo objetivo era avaliação de controles internos da SESA. Homologação. (HOMOLOGAÇÃO DE RECOMENDAÇÕES n.º 618586/2022, Acórdão n.º 2958/2022, Tribunal Pleno, Rel. FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, julgado em 21/11/2022, veiculado em 29/11/2022 no DETC).

contratações emergenciais e repasses “fundo a fundo”, reforçando o caráter preventivo e pedagógico da atuação da Unidade.

Paralelamente, observaram-se avanços na elaboração e sistematização dos relatórios técnicos, que passaram a adotar modelos padronizados, assegurando maior consistência metodológica e contribuindo para a promoção da integridade nos contratos de gestão.

Nesse contexto, a UCI/SESA também produziu pareceres técnicos específicos relativos a despesas com pessoal, concessão de diárias, contratações emergenciais e repasses “fundo a fundo” (UCI/SESA, 2025), consolidando avanços estruturais associados à qualificação continuada da equipe, à uniformização das metodologias de análise e ao fortalecimento dos mecanismos de acompanhamento.

Os contratos de gestão celebrados pela SESA/PR, como o firmado com a Fundação Estatal de Atenção em Saúde do Paraná (FUNEAS), demandam acompanhamento rigoroso por parte da Unidade de Controle Interno. Por sua complexidade e impacto direto na execução de políticas públicas, esses instrumentos configuram pontos críticos para o fortalecimento da governança, o gerenciamento de riscos e a efetividade das ações em saúde (Paraná, 2014).

Nesse contexto, cabe à UCI monitorar a regularidade dos planos operativos, a atuação das comissões de monitoramento e os indicadores de desempenho pactuados, de forma a assegurar maior transparência e responsabilidade na aplicação dos recursos públicos. Destaca-se que, no 1º semestre de 2025, a UCI realizou o monitoramento do contrato de gestão em vigor, reforçando sua função de instância preventiva e de apoio à gestão.

Essa atuação evidencia a relevância de estruturas permanentes de controle e *compliance*, capazes de fornecer suporte técnico e garantir que as decisões da administração estejam fundamentadas em evidências. O uso de ferramentas como o mapeamento de riscos, os planos de ação corretiva e os painéis de indicadores tem contribuído para consolidar uma cultura organizacional orientada a resultados.

Assim, os contratos de gestão passam a representar não apenas instrumentos jurídicos e administrativos, mas também espaços de aplicação de práticas modernas de controle interno e de integridade institucional, reforçando o alinhamento da SESA/PR às diretrizes da Controladoria-Geral do Estado e às boas práticas de governança pública (Pironti, 2022).

6. DISCUSSÃO E PERSPECTIVAS DE APRIMORAMENTO

Em síntese, a trajetória da Unidade de Controle Interno da Secretaria de Estado da Saúde do Paraná (UCI/SESA) entre 2019 e 2025 configura um caso relevante de evolução institucional no âmbito da administração pública estadual. De uma atuação inicialmente concentrada no acompanhamento de convênios e prestações de contas, a UCI passou a desempenhar papel estratégico na governança da saúde, contribuindo para o fortalecimento da integridade, da transparência e da confiança social nas políticas públicas do setor.

Embora instrumentos como planos de integridade, relatórios semestrais, auditorias preventivas e análises de risco representem avanços significativos, sua efetividade depende diretamente do engajamento dos gestores, do apoio da alta administração e da qualificação permanente dos agentes de controle interno, conforme destacam as diretrizes da Controladoria-Geral do Estado do Paraná (CGE/PR, 2021). Assim, evidencia-se que o fortalecimento do controle interno não se esgota na formalização de instrumentos normativos, mas exige a incorporação desses mecanismos à rotina decisória da gestão.

A análise do controle interno como ferramenta de *compliance* na SESA/PR evidencia, simultaneamente, avanços institucionais importantes e desafios ainda persistentes na administração pública estadual. A efetividade desse sistema encontra-se diretamente associada ao grau de maturidade da cultura organizacional e à valorização da ética pública como elemento estruturante da gestão, conforme destaca Vasconcelos (2019). Nesse sentido, o controle interno assume função não apenas técnica, mas também pedagógica, na medida em que contribui para a formação de padrões éticos de conduta no serviço público.

Consoante apontamentos do Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE/PR, 2022), a administração pública enfrenta dificuldades recorrentes relacionadas à fragmentação de processos e sistemas de informação. A experiência da SESA/PR evidencia que o investimento em tecnologias capazes de automatizar controles, favorecer a interoperabilidade entre sistemas e viabilizar análises preditivas constitui medida indispensável para a mitigação de riscos, o aumento da eficiência administrativa e o alinhamento às boas práticas de *compliance* e governança.

A experiência paranaense demonstra, ainda, que o controle interno pode fortalecer de maneira concreta a transparência e a *accountability* quando suas recomendações são efetivamente incorporadas às instâncias decisórias da alta

gestão. Nesse sentido, deve-se privilegiar a atuação preventiva em relação às ações meramente corretivas, conforme defende Moro (2016), deslocando o foco do controle da punição para a antecipação de riscos e o aperfeiçoamento contínuo dos processos administrativos.

A disseminação de boas práticas, fundamentada nas diretrizes da Controladoria-Geral do Estado do Paraná (CGE/PR) e no diálogo institucional contínuo com o Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE/PR), constitui um vetor estratégico de aprimoramento da administração pública. Tal disseminação pode ocorrer mediante ações intersetoriais que envolvam a sistematização e compartilhamento de experiências exitosas, a elaboração de manuais operacionais, a promoção de capacitações conjuntas e a consolidação de painéis de indicadores integrados. A replicação de práticas bem-sucedidas, como as desenvolvidas pela UCI/SESA, tende a fortalecer a atuação de outras Unidades de Controle Interno (UCIs) e núcleos administrativos em diferentes órgãos e secretarias estaduais. Essa dinâmica favorece o desenvolvimento de um ciclo virtuoso de aprendizado institucional e gestão orientada por evidências. Alinhada à proposta de Pironti (2022, p. 87), a governança pública deve ser reforçada com a institucionalização de comitês de risco, núcleos de integridade e instrumentos de planejamento orientados ao *compliance*, ampliando a capacidade de resposta a riscos e promovendo um ambiente organizacional orientado pela ética, pela eficiência e pela integridade.

Além disso, a análise do caso da SESA/PR revela um aprendizado valioso para a gestão pública: o controle interno, muitas vezes erroneamente percebido como entrave burocrático, deve ser compreendido como mecanismo de aceleração segura das políticas públicas. Tal visão distorcida decorre de uma herança tradicional punitivista, que desconsidera seu potencial preventivo e orientativo. Ao incorporar as recomendações do TCE/PR e traduzi-las em planos de ação, relatórios e orientações técnicas, a UCI demonstra como o controle pode atuar de forma sinérgica com a gestão, transformando achados de auditoria em oportunidades de aperfeiçoamento institucional, mitigação de riscos e fortalecimento da governança.

Sob a perspectiva acadêmica, observa-se que a efetividade do controle interno decorre não apenas da existência de dispositivos legais e estruturas formais, mas, sobretudo, da capacidade de consolidação de uma cultura organizacional de integridade, na qual gestores, servidores e órgãos de controle compartilham responsabilidades pela boa governança. Essa constatação reforça a compreensão

contemporânea do controle como instrumento de governança e não apenas de fiscalização.

O estudo demonstra que a SESA/PR trilha esse caminho: entre fragilidades diagnosticadas e avanços institucionais, constrói-se um modelo de controle interno que contribui para a proteção do erário, a melhoria da eficiência administrativa e o fortalecimento da confiança social no serviço público de saúde.

Por fim, os desafios e perspectivas de aprimoramento concentram-se na consolidação de uma cultura organizacional voltada à integridade, na ampliação da capacidade técnica da UCI e na integração de sistemas informatizados, capazes de gerar indicadores preditivos e relatórios mais robustos.

A médio prazo, espera-se que a SESA/PR, em alinhamento com a CGE/PR e o TCE/PR, avance na adoção de modelos mais sofisticados de gestão de riscos e *compliance*, transformando o controle interno em instrumento cada vez mais estratégico de governança e fortalecimento da democracia administrativa.

Nesse contexto, a atuação da Unidade de Controle Interno projeta-se como vetor decisivo de transformação institucional, elevando a Secretaria de Estado da Saúde do Paraná a um novo patamar de eficiência, integridade e transparência na gestão pública.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo desenvolvido teve como finalidade examinar a Unidade de Controle Interno (UCI) da Secretaria de Estado da Saúde do Paraná (SESA/PR) como ferramenta de *compliance* e de governança pública. Partiu-se de um percurso histórico do controle interno no Brasil e no Paraná, do papel central da Controladoria-Geral do Estado (CGE/PR) e da instituição dos Núcleos de Integridade e *Compliance* Setoriais (NICS), para, em seguida, analisar a prática concreta da UCI/SESA entre 2019 e 2025.

Os resultados evidenciam que a UCI/SESA vem se consolidando como instância estratégica na gestão da saúde pública estadual. Sua atuação deixou de se limitar a funções meramente formais, passando a contribuir de modo efetivo para o fortalecimento da governança, da transparência e da integridade administrativa. A emissão de recomendações técnicas, o acompanhamento de planos de ação e a análise de convênios demonstram que o controle interno, quando adequadamente estruturado, produz resultados concretos no aperfeiçoamento da gestão pública.

Ainda que persistam desafios ligados à estrutura organizacional, à integração de sistemas e à consolidação de uma cultura de integridade, o estudo demonstrou que a experiência paranaense se revela institucionalmente relevante, pois indica que é possível estruturar mecanismos de controle e *compliance* alinhados às boas práticas de governança pública e às exigências contemporâneas de eficiência e responsabilidade na gestão.

A CGE/PR e a SESA/PR avançaram na institucionalização de mecanismos de controle e *compliance*, demonstrando que é possível alinhar boas práticas de gestão com o atendimento às demandas sociais de forma transparente e eficiente.

Em termos acadêmicos, a pesquisa contribuiu para reafirmar a importância do controle interno como instrumento de prevenção, e não apenas de correção de irregularidades. Na prática, a análise demonstrou que a UCI/SESA cumpre função essencial para a proteção do erário e para a promoção de políticas públicas mais seguras e eficazes.

A consolidação da UCI/SESA exige capacitação contínua, modernização tecnológica e integração das áreas técnicas, permitindo um controle interno mais preventivo e colaborativo, essencial à efetividade das políticas de saúde no Paraná.

Conclui-se, portanto, que a Unidade de Controle Interno da SESA/PR se afirma como elemento estratégico da governança pública, orientada pelos princípios da integridade, da eficiência e da responsabilidade. A experiência analisada demonstra que o controle interno, quando estruturado de forma técnica e integrada, constitui pilar indispensável ao fortalecimento de uma gestão pública democrática, transparente e comprometida com a entrega de resultados à sociedade.



REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. **Controle interno e prevenção da corrupção no Brasil: institucionalização, avanços e desafios**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: Planalto.

BRASIL. Decreto nº 15.210, de 28 de dezembro de 1921. Cria no Ministério da Fazenda uma Diretoria Central da Contabilidade Pública. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 29 dez. 1921.

BRASIL. **Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922**. Organiza o Código de Contabilidade da União. Disponível em: Planalto.

BRASIL. **Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922**. Aprova o regulamento para execução do Código de Contabilidade Pública. Disponível em: Câmara dos Deputados.

BRASIL. Decreto nº 1.990, de 17 de março de 1940. Denomina “Contadoria Geral da República” a Diretoria Geral da Contabilidade Pública do Ministério da Fazenda. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 19 mar. 1940.

BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui normas gerais de direito financeiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1964.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1967.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Brasília, DF: Presidência da República, 2000.

BRASIL. **Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001**. Organização e planejamento da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2001.

BRASIL. Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 29 maio 2003. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.683.htm>. Acesso em: 10 dez. 2025.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial nº 1.104.900/SP**. Brasília, DF: STJ, 2010.



BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Institui a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021.

BRASIL. CGU – Controladoria-Geral da União (Brasil). **Conselho de Transparência e Combate à Corrupção e Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas**. Brasília: CGU, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu>>. Acesso em: 10 dez. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Instrução Normativa nº 63/2010 e Decisão Normativa nº 124/2012**. Brasília, DF: TCU, 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 2622/2015** – Plenário. Brasília, DF: TCU, 2015.

CASTRO, Domingos Poubel de. **Auditoria, contabilidade e controle interno no setor público**: integração das áreas do ciclo de gestão – planejamento, orçamento, finanças, contabilidade e auditoria – e organização dos controles internos como suporte à governança corporativa. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.384.

COSO – Committee of Sponsoring **Organizations of the Treadway Commission**. Internal control – integrated framework. New York: AICPA, 2013.

FAYOL, Henri. **Administração industrial e geral**. Tradução de Irene de Carvalho. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FRAZÃO, Ana; LACERDA, Ana Medeiros de. Desafios para a efetividade dos programas de *Compliance*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 71-104.

IIA – The Institute of Internal Auditors. **International Professional Practices Framework** (IPPF). Altamonte Springs: IIA, 2009.

LEC - Legal, Ethics & *Compliance*. **Os 10 pilares de um programa de compliance**. [Imagem]. São Paulo: LEC, 2023. Disponível em: <<https://www.lec.com.br>>. Acesso em: 10 dez. 2025.

LEONI, Jacqueline Vasconcelos; MORO, Sérgio Fernando; KNOERR, Viviane Coêlho de Sêlos. O controle interno e o *compliance* no combate à corrupção. **Administração de Empresas em Revista**, Curitiba: Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), v. 3, n. 21, p. 77–91, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo; Délcio Balestero Aleixo; José Emmanuel Burle Filho. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MORO, Sergio. O combate à corrupção e a Lava Jato. In: VILHENA, Oscar; ARANTES, Rogério B.; MARONA, Marjorie (org.). **Corrupção e sistema político no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 75–93.

MORO, Sergio Fernando. In: PINOTTI, Maria Cristina (org.). **Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas**. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2019.

PARANÁ. **Constituição do Estado do Paraná de 1989**. Curitiba: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, 1989.

PARANÁ. CGE/PR – Controladoria-Geral do Estado do Paraná. **Programa Estadual de Integridade e Compliance**. Curitiba: CGE/PR, [2025]. Disponível em: <<https://www.cge.pr.gov.br/Pagina/Programa-Estadual-de-Integridade-e-Compliance>>. Acesso em: 11 dez. 2025.

PARANÁ. CGE/PR – Controladoria-Geral do Estado do Paraná. **Instrução Normativa nº 01, de 7 de janeiro de 2019**. Relatório e parecer do controle interno. Curitiba: CGE/PR, 2019.

PARANÁ. CGE/PR – Controladoria-Geral do Estado do Paraná. **Instrução Normativa nº 02, de 2025**. Dispõe sobre o Plano de Trabalho Anual dos Agentes de Controle Interno. Curitiba: CGE/PR, 2025.

PARANÁ. CGE/PR – Controladoria-Geral do Estado do Paraná. **Resolução nº 55, de 10 de novembro de 2021**. Especifica a composição, diretrizes e competências dos Núcleos de Integridade e Compliance Setoriais (NICS). Curitiba: CGE/PR, 2021.

PARANÁ. CGE – Controladoria-Geral do Estado do Paraná. **Programa Estadual de Integridade e Compliance**. Curitiba: CGE/PR, 2025. Disponível em: <<https://www.cge.pr.gov.br/Pagina/Programa-Estadual-de-Integridade-e-Compliance>>. Acesso em: 10 dez. 2025.

PARANÁ. **Lei Estadual nº 15.524, de 12 de julho de 2007**. Institui o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Estadual. Curitiba: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, 2007.

PARANÁ. **Lei Estadual nº 17.745, de 30 de outubro de 2013**. Cria a Controladoria-Geral do Estado do Paraná. Curitiba: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, 2013.

PARANÁ. **Decreto Estadual nº 9.978, de 12 de fevereiro de 2014**. Aprova o regulamento da CGE/PR. Curitiba: Casa Civil, 2014.

PARANÁ. **Decreto Estadual nº 9.921, de 1º de julho de 2014**. Aprova o Regulamento da SESA. Curitiba: Governo do Estado do Paraná, 2014.

PARANÁ. **Decreto nº 4.186, de 20 de janeiro de 2016**. Regulamenta a Controladoria-Geral do Estado do Paraná. Curitiba: Casa Civil, 2016.

PARANÁ. **Decreto Estadual nº 6.863, de 10 de maio de 2017**. Inclui no organograma da SESA o Núcleo de Controle Interno. Curitiba: Casa Civil, 2017.

PARANÁ. **Decreto Estadual nº 11.972, de 26 de junho de 2018**. Reorganiza o NCI/SESA. Curitiba: Casa Civil, 2018.



PARANÁ. Lei nº 19.857, de 10 de julho de 2019. Institui o Programa de Integridade e *Compliance* da Administração Pública Estadual. **Diário Oficial do Estado do Paraná**, Curitiba, 10 jul. 2019 (2019a). Disponível em: <<https://www.legislacao.pr.gov.br>>. Acesso em: 10 dez. 2025.

PARANÁ. **Decreto Estadual nº 2.741, de 3 de setembro de 2019**. Aprova o Regulamento da Controladoria-Geral do Estado do Paraná. Curitiba: Casa Civil, 2019.

PARANÁ. Decreto nº 2.902, de 27 de setembro de 2019. Institui o Programa de Integridade e *Compliance* na Administração Pública Estadual Direta, Autárquica e Fundacional. **Diário Oficial do Estado**, Curitiba, PR, 30 set. 2019. (2019b)

PARANÁ. Secretaria de Estado da Saúde (SESA/PR). **Relatórios da Unidade de Controle Interno (2019–2024)**. Curitiba: SESA/PR, 2024.

PARANÁ. Secretaria de Estado da Saúde (SESA/PR). **Relatório de atividades – 1º semestre de 2025**. Curitiba: SESA/PR, 2025.

PARANÁ. TCE/PR – Tribunal de Contas do Estado do Paraná. **Cartilha de diretrizes e orientações sobre controle interno para jurisdicionados**. Curitiba: TCE/PR, 2017.

PARANÁ. TCE/PR – Tribunal de Contas do Estado do Paraná. **Manual de final de mandato**. Curitiba: TCE/PR, 2012.

PARANÁ. TCE/PR – Tribunal de Contas do Estado do Paraná. **Pesquisa de Acórdãos – ViaJuris**. Curitiba: TCE/PR, [s.d.]. Disponível em: <<https://viajuris.tce.pr.gov.br/Pesquisa/PesquisaAcordaos>>. Acesso em: 11 dez. 2025.

PARANÁ. TCE/PR – Tribunal de Contas do Estado do Paraná. **Manual de diretrizes e orientações de controle interno aos jurisdicionados**. 2. ed. Curitiba: TCE/PR, 2024.

PIRONTI, Rodrigo. **Governança, compliance e integridade na Administração Pública**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

UNGARO, Gustavo. **Controle interno na Administração Pública: funções, desafios e perspectivas**. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

VASCONCELOS, Flávio de Leão Bastos Pereira. Ética pública e integridade: fundamentos para a boa governança. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 53, n. 4, p. 1–18, jul./ago. 2019.

ZENKNER, Marcelo; PIRONTI AGUIRRE DE CASTRO, Rodrigo (org.). **Compliance no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.



**DESMATAMENTO NO PARANÁ: UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL
SOB A PERSPECTIVA DA SAÚDE GLOBAL NA MUDANÇA CLIMÁTICA**
DEFORESTATION IN PARANÁ: AN ANALYSIS OF ENVIRONMENTAL
LEGISLATION FROM THE PERSPECTIVE OF GLOBAL HEALTH IN THE
CONTEXT OF CLIMATE CHANGE

Gessuelyton Mendes de Lima¹

Daniella Machado Ribeiro Goedert²

Resumo: O desmatamento representa um problema ambiental crítico no Brasil, especialmente na Mata Atlântica, bioma do qual o Paraná detém grande parte, com diretas e crescentes implicações para a saúde pública. Essa degradação favorece a proliferação de arboviroses como dengue, chikungunya e zika, devido a alterações ecossistêmicas e à intensificação das interações entre humanos e vetores. Sob a perspectiva da Saúde Única (One Health), que integra as saúdes humana, animal e ambiental, este trabalho objetivou compreender o papel da legislação ambiental frente às relações entre desmatamento e a proliferação de arboviroses no Paraná. Especificamente, buscou-se analisar os fundamentos do direito ambiental no Brasil, examinar os impactos do desmatamento na Mata Atlântica, identificar as principais arboviroses no estado, avaliar a abordagem da Saúde Única associada aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e refletir sobre as contribuições legislativas para a mitigação dos problemas. A metodologia combinou levantamento bibliográfico e doutrinário com análise de dados secundários sobre desmatamento e casos de arboviroses no Paraná, complementada por análise geoespacial de séries temporais via imagens de satélite para mapear a evolução do desmatamento e correlacioná-la com dados epidemiológicos. Os resultados indicam que o desmatamento no Paraná, particularmente na Mata Atlântica, contribui significativamente para o desequilíbrio ecológico, criando condições ideais para vetores. Constatou-se que, apesar de avanços legais, persistem lacunas na aplicação da legislação ambiental, sobretudo na articulação com políticas de saúde pública. Observou-se que os impactos ambientais sobre vetores e condições climáticas são gradativos, com adaptação de mosquitos e transformações ecossistêmicas e urbanas ocorrendo ao longo de anos, tornando o aumento de casos um processo complexo e contínuo. A Saúde Única emergiu como uma abordagem estratégica essencial, enfatizando ações intersetoriais e integradas, alinhadas aos ODS (como ODS 3, 13 e 15). Conclui-se que a legislação ambiental possui meios relevantes para combater os impactos do desmatamento na saúde

¹ Mestrando do Programa de Mestrado Profissional em Meio Ambiente Urbano e Industrial da UFPR - PPGMAUI. Pós Graduando em Engenharia e Gestão Ambiental. Especializações em Auditoria e Perícia Ambiental; Engenharia de Segurança do Trabalho; Engenharia Florestal. Segurança de Barragens e Educação a Distância 4.0. Engenheiro Ambiental. Professor Conteudista. Conselho Editorial do Periódico Nacional Sentença do Zero. Colunista do Canal Araucity. Operador de naves não tripuláveis. E-mail: g_delima@hotmail.com . Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9775407414426080>

² Doutoranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA (2020). Conciliadora e Mediadora Judicial nos termos da Resolução n 125/2010 - CNJ. Graduação em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Maringá - CESUMAR (2011). Graduação em Psicologia pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (1998). Membro da Comissão de Mediação OAB/PR (2022-2024). Membro da Comissão da Advocacia Colaborativa OAB/PR (2022-2024). Lattes: <https://lattes.cnpq.br/6162182278424182>

pública, mas exige maior atenção ao princípio da precaução e à antecipação de riscos, demandando uma visão multidisciplinar e intersetorial para sua efetivação.

Palavras-chave: Desmatamento; Direito Ambiental; Mata Atlântica; Saúde Global.

Abstract: Deforestation represents a critical environmental problem in Brazil, especially in the Atlantic Forest, a biome of which Paraná holds a large part, with direct and increasing implications for public health. This degradation favors the proliferation of arboviruses such as dengue, chikungunya, and zika, due to ecosystem changes and the intensification of interactions between humans and vectors. From the One Health perspective, which integrates human, animal, and environmental health, this study aimed to understand the role of environmental legislation in relation to deforestation and the proliferation of arboviruses in Paraná. Specifically, the aim was to analyze the foundations of environmental law in Brazil, examine the impacts of deforestation in the Atlantic Forest, identify the main arboviruses in the state, evaluate the One Health approach associated with the Sustainable Development Goals (SDGs), and reflect on the legislative contributions to problem mitigation. The methodology combined a bibliographic and doctrinal survey with the analysis of secondary data on deforestation and cases of arboviruses in Paraná, complemented by a geospatial analysis of time series using satellite images to map the evolution of deforestation and correlate it with epidemiological data. The results indicate that deforestation in Paraná, particularly in the Atlantic Forest, significantly contributes to ecological imbalance, creating ideal conditions for vectors. It was found that, despite legal advances, gaps in the enforcement of environmental legislation persist, especially in coordination with public health policies. It was observed that the environmental impacts on vectors and climatic conditions are gradual, with mosquito adaptation and ecosystem and urban transformations occurring over the years, making the increase in cases a complex and continuous process. One Health has emerged as an essential strategic approach, emphasizing intersectoral and integrated actions, aligned with the SDGs (such as SDG 3, 13, and 15). It is concluded that environmental legislation has relevant means to combat the impacts of deforestation on public health, but it requires greater attention to the precautionary principle and risk anticipation, demanding a multidisciplinary and intersectoral vision for its implementation.

Keywords: Deforestation; Environmental Law; Atlantic Forest; Global Health.

INTRODUÇÃO

O desmatamento representa um dos mais críticos desafios ambientais e sociais da atualidade, com impactos significativos sobre os ecossistemas, a biodiversidade e a saúde humana (Pörtner *et al.*, 2022). No estado do Paraná, que abriga parte considerável do bioma Mata Atlântica, a degradação ambiental decorrente da supressão dos remanescentes florestais tem contribuído não apenas para a redução da cobertura vegetal, mas também para alterações climáticas locais e regionais, agravando os riscos à saúde pública (Leandro *et al.*, 2022). Entre as consequências mais preocupantes dessa dinâmica está a proliferação de arboviroses, como dengue, chikungunya e zika, doenças transmitidas por vetores que encontram condições

favoráveis em ambientes impactados pela degradação ambiental (Pörtner *et al.*, 2022; Pinelli, 2024). Sob essa perspectiva, o presente trabalho busca compreender o papel da legislação ambiental na mediação das relações entre desmatamento e o aumento das arboviroses no Paraná, à luz da abordagem da Saúde Única.

A Saúde Única, enquanto conceito integrador que reconhece as relações entre a saúde humana, animal e ambiental, fornece uma base indispensável frente aos desafios impostos pelas arboviroses no contexto do desmatamento (Procopio *et al.*, 2024). Com base nesse cenário, este trabalho detém-se em investigar como os dispositivos legais ambientais podem ser utilizados como instrumentos para a prevenção e o controle dessas doenças. Tal abordagem é relevante diante do fato de que a degradação dos ecossistemas favorece a incidência de doenças (Pörtner *et al.*, 2022), evidenciando a necessidade de políticas públicas que considerem a interdependência entre saúde humana, animal e ambiental.

O objetivo geral deste trabalho é compreender a dinâmica do aumento dos casos de arboviroses no estado do Paraná, sob a perspectiva da Saúde Única, analisando os fatores ambientais, sociais e legislativos que influenciam esse processo.

Adicionalmente, esta dissertação incorporou uma abordagem de análise geoespacial, utilizando ferramentas como Google Earth Engine, MapBiomas e Sentinel Hub. Foram elaboradas séries temporais com imagens de satélite para mapear a evolução espacial do desmatamento nas diferentes regiões do Paraná, permitindo a análise de correlação espacial com os dados epidemiológicos de arboviroses.

A justificativa deste estudo reside na urgência de se compreender os mecanismos e dinâmicas pelos quais o desmatamento interfere na proliferação de arboviroses e no papel das políticas públicas para conter esses impactos. Apesar dos avanços no campo da legislação ambiental, ainda há lacunas significativas na articulação entre saúde e meio ambiente. O estado do Paraná, dada sua importância ecológica e os desafios impostos pela degradação da Mata Atlântica, oferece um cenário oportuno para a análise das interfaces entre desmatamento, legislação e saúde pública. Por fim, espera-se que esta pesquisa contribua para o debate acadêmico e político acerca da relação entre sustentabilidade ambiental e saúde humana, reforçando a importância de políticas intersetoriais baseadas na Saúde Única.

Este trabalho está estruturado em capítulos que abordam elementos centrais da relação entre desmatamento, arboviroses e legislação ambiental no estado do Paraná. Após a apresentação dos aspectos metodológicos do estudo, apresenta-se uma contextualização do direito ambiental brasileiro e seus princípios fundamentais, que sustentam a preservação ambiental como base para o equilíbrio ecológico. Em seguida, explora-se o bioma Mata Atlântica, destacando suas características, a situação no Paraná e os impactos do desmatamento na biodiversidade e no clima. Há aprofundação das conexões entre a degradação ambiental e as mudanças climáticas, com um foco específico nos cenários previstos para o Paraná. Já investiga as arboviroses mais relevantes no estado, analisando suas causas, desafios e impactos à saúde pública. Na abordagem da Saúde Única como estratégia para enfrentar esses desafios, articulando-a aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Por fim, os resultados e discussões sintetizam as relações entre desmatamento, arboviroses e legislação, avaliando o princípio da precaução e as perspectivas futuras para políticas públicas mais eficazes, culminando nas considerações finais.

1. DESMATAMENTO E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA A MUDANÇA CLIMÁTICA

Diante de tão ampla diversidade que as florestas abrigam, especialmente os remanescentes da Mata Atlântica, sem dúvida um ponto de imensa pertinência e preocupação nesse contexto é a degradação e desmatamento destas florestas. Ambos representam um desafio perene no contexto global, com impactos que se estendem para diversas áreas.

Inicialmente, é válido diferenciar o emprego de ambos os termos – desmatamento e degradação florestal. O grupo de pesquisa Matricardi *et al.* (2020) aponta que essa diferenciação é pertinente, pois, embora o desmatamento seja mais evidente – e gravíssimo –, a degradação florestal também desencadeia extensos prejuízos ambientais e vem crescendo muito atualmente, junto ao desmatamento, mas de maneira mais silenciosa – e preocupante.

O desmatamento é a conversão completa de florestas para outro tipo de uso da terra. A degradação florestal ocorre dentro das florestas e é caracterizada pela perda de biomassa dentro de um dossel florestal intacto. A degradação florestal também é um resultado secundário do desmatamento, que produz efeitos de borda e manchas de floresta isoladas em florestas fragmentadas. Essas perturbações têm importantes consequências ambientais em larga escala, incluindo a liberação de

gases de efeito estufa, alteração dos balanços de água e energia, perda de biodiversidade e aumento da incidência de doenças infecciosas (Matricardi *et al.*, 2020).

Como visto, a distinção entre desmatamento e degradação florestal reside na extensão do impacto humano nas áreas florestais. No primeiro caso, há a completa conversão da área florestal para outros usos da terra, enquanto no segundo, a degradação florestal acontece dentro das próprias áreas florestais, por meio da perda de biomassa sob uma cobertura florestal aparentemente intacta. Berenguer *et al.* (2021) reiteram que a degradação florestal se caracteriza pela perda significativa da estrutura, funções e processos florestais.

Esse aspecto reforça o perigo silencioso da degradação, pois, mesmo que não seja evidente e sendo geralmente subproduto do desmatamento, ela gera contínuos danos ao equilíbrio dos ecossistemas. No âmbito deste estudo, também é necessário reconhecer as consequências da degradação florestal simultaneamente ao desmatamento, haja vista que tais perturbações não são irrelevantes e desencadeiam significativos danos ambientais (Berenguer *et al.*, 2021).

Para Simmons (2018), o desmatamento ocorre quando as florestas são destruídas para que a terra poder ser usada para outros fins. Já Mawalagedara e Oglesby (2012) afirmam que o desmatamento é a remoção da cobertura vegetal natural existente, especialmente onde a cobertura nativa é predominantemente florestal.

Williams (2006) recorda que o desmatamento (seja entendido como a redução, a transformação ou a eliminação das florestas) não se trata de um fenômeno recente, mas antes tão antigos quanto a presença humana na Terra, representando assim um dos processos-chave na história da humanidade e nas suas relações com a superfície terrestre. Ainda assim, o autor discute que é pertinente entender cada contexto de desmatamento dentro de seu período temporal e analisar os fatores que contribuíram para esses padrões. O desmatamento está ligado às necessidades humanas básicas, como combustível, construção e alimentos, e essas demandas persistem ao longo do tempo. No entanto, no mundo contemporâneo, o desmatamento não pode ser explicado apenas por meio dessas necessidades, sendo crucial examinar as interações sociais, econômicas e políticas que perpetuam e amplificam esse fenômeno, incluindo políticas governamentais, demandas globais e dinâmicas sociais locais (Williams, 2006).

De fato, a maioria dos desmatamentos está de alguma forma associada aos seres humanos. Os desmatamentos podem decorrer de processos naturais, como incêndios que consomem vastas extensões florestais do mundo todo ano, embora muitos desses incêndios iniciem devido às atividades humanas (Simmons, 2018; De Barros *et al.*, 2021).

De Barros *et al.* (2021) complementam ao afirmar que as significativas reduções nas áreas de florestas e ambientes naturais em todo o globo decorrem, principalmente, de incêndios, corte de árvores para propósitos comerciais e produção de energia e devastação de terras para utilização da agropecuária de forma não sustentável e inapropriada.

Evidente que o aumento populacional associado ao aumento na demanda por espaço, alimentos, combustíveis e materiais para construção impulsionam o desmatamento. Mata Atlântica, especificamente, trata-se de um dos biomas mais biodiversos e ameaçados do planeta, abriga cerca de 706 espécies de vertebrados e aproximadamente 8.000 espécies de plantas endêmicas, ou seja, que não existem em nenhuma outra região do mundo (Paraná, 2018). Essa riqueza ecológica faz do bioma um efervescente global de biodiversidade, sendo indispensável na manutenção de serviços ecossistêmicos como a regulação do clima, a proteção dos solos e a provisão de água. No entanto, a destruição de seus já escassos remanescentes florestais configura um cenário alarmante, comprometendo a sobrevivência de espécies exclusivas, e desestabilizando ecossistemas inteiros, reduzindo a resiliência ambiental e aumentando a vulnerabilidade da região a processos prejudiciais a saúde animal, vegetal e humana (Campanili; Schaffer, 2010).

Especialmente nas últimas décadas, fatores que modificam rapidamente a paisagem, como a expansão urbana, ocasionam sérios danos aos espaços naturais, como sua destruição e fragmentação, resultando no isolamento de habitats naturais. Tais mudanças impactam negativamente na biodiversidade, afetando tanto a fauna quanto a flora. Associada à expansão urbana, o avanço da pecuária, os já mencionados incêndios, a poluição dos rios e a devastação de florestas para criar áreas de pastagem ou terrenos agrícolas, juntamente com o uso de herbicidas e agrotóxicos, representam uma ameaça grave para todos os ecossistemas (De Barros *et al.*, 2021).

As interações entre desmatamento e mudança climática são reconhecidas e multidimensionais, destacando-se como fatores-chave para o aumento das emissões

de gases de efeito estufa (GEE) e para a intensificação de eventos climáticos extremos. O desmatamento contribui diretamente para o aquecimento global por meio da liberação de carbono armazenado na biomassa e nos solos florestais, além de reduzir a capacidade dos ecossistemas de absorver CO₂ da atmosfera (Stuart-Smith *et al.*, 2021). Segundo Pörtner *et al.* (2022), mudanças no uso da terra, como o desmatamento, somadas a pressões antrópicas, ampliam o risco de desequilíbrios climáticos, criando um ciclo que exacerba a frequência e a intensidade de eventos extremos, como secas, inundações e ondas de calor. Dessa forma, o desmatamento, ao reduzir a capacidade das florestas de sequestrar carbono, contribui diretamente para o aumento das concentrações de CO₂ na atmosfera, amplificando o aquecimento global e os impactos climáticos (Pörtner *et al.*, 2022; Clarke *et al.*, 2024).

O impacto das florestas tropicais e subtropicais no clima é determinado por um delicado equilíbrio entre seu sequestro de dióxido de carbono da atmosfera e a liberação de gases de efeito estufa devido ao uso da terra, ao desmatamento e à degradação florestal. Florestas intactas e em recuperação sequestram grandes quantidades de CO₂ globalmente, ajudando a mitigar o aquecimento global. Contudo, como observam Stuart-Smith *et al.* (2021), o desmatamento nessas regiões tem gerado emissões de carbono que contrabalançam os benefícios do sequestro de carbono realizado pelas florestas. As emissões relacionadas ao desmatamento envolvem três aspectos principais, dentre eles: (1) emissões diretas da remoção da vegetação (e degradação florestal), (2) emissões associadas ao uso da terra introduzido após o desmatamento, como a pecuária, e (3) a redução do sequestro de carbono resultante da diminuição da área de florestas intactas. O desmatamento ainda interfere diretamente nos ecossistemas, alterando padrões de precipitação e temperatura, o que afeta a regulação hídrica e os serviços climáticos prestados pelas florestas. Tais mudanças estão fomentando a alteração do clima global, criando um ciclo de consequências que afetam diretamente a qualidade de vida humana (Stuart-Smith *et al.*, 2021; Pörtner *et al.*, 2022).

No caminho inverso, a mudança climática também intensifica os efeitos do desmatamento, prolongando ciclos de seca ou intensificando chuvas extremas, o que agrava a vulnerabilidade das populações humanas a eventos climáticos extremos, além de gerar desafios ecológicos e sanitários (Rocklöv & Dubrow, 2020). Por exemplo, o impacto do desmatamento na propagação de doenças transmitidas por vetores, como o *Aedes aegypti* – principal transmissor da dengue e outras arboviroses

– se intensifica com essas alterações climáticas, ampliando as áreas endêmicas desses agentes patogênicos e aumentando o risco para as populações (Barcellos *et al.*, 2024).

Em contextos regionais, estudos realizados no Brasil revelam os impactos específicos do desmatamento na Mata Atlântica. Pesquisadores da Universidade de São Paulo (USP) e da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) analisaram a relação entre o grau de desmatamento e o aumento de temperatura local em fragmentos da Mata Atlântica. Os resultados mostraram que a remoção de 25% de um fragmento de cerca de 1 hectare poderia aumentar a temperatura local em 1°C, enquanto o desmatamento total desse fragmento poderia ocasionar um aumento de até 4°C. Esses aumentos de temperatura estão diretamente ligados à perda de cobertura florestal e ao impacto do desmatamento no microclima local (Wanderley *et al.*, 2019). Esse padrão sugere que, à medida que a cobertura florestal diminui, as alterações climáticas locais se tornam mais pronunciadas, o que pode afetar tanto a biodiversidade quanto os serviços ecossistêmicos, além de influenciar diretamente na dispersão de vetores de doenças associadas ao clima local (Barcellos *et al.*, 2024).

Os fragmentos de Mata Atlântica estudados por Wanderley *et al.* (2019) estavam localizados em altitudes relativamente mais elevadas, o que significa que essas áreas armazenam mais carbono no solo em comparação com a Floresta Amazônica. Portanto, o desmatamento desses fragmentos pode comprometer o balanço de carbono no bioma e agravar ainda mais os efeitos das mudanças climáticas no Brasil. Este tipo de perda de carbono, associado ao aumento de temperatura e às alterações nos ciclos de precipitação, amplia os impactos do desmatamento sobre o clima global e local (Wanderley *et al.*, 2019).

Portanto, ações contra o desmatamento tornam-se inadiáveis para remediar os impactos das mudanças climáticas e os eventos climáticos extremos. Além de reduzir as emissões de gases de efeito estufa, a preservação e recuperação das florestas são importantes na preservação dos serviços ecossistêmicos, como o sequestro de carbono e a regulação hídrica, e para proteger as populações humanas dos riscos climáticos e sanitários. As alterações no uso da terra e as mudanças climáticas não só ampliam as áreas endêmicas de vetores, como o *Aedes aegypti*, mas também aumentam a vulnerabilidade das populações, criando um ciclo de impacto ecológico e sanitário que exige ação improrrogável (Rocklöv; Dubrow, 2020; Pörtner *et al.*, 2022).

1.1 Cenários previstos para o paraná: clima e saúde

Os pesquisadores do NAPI Emergência Climática concluíram a fase de diagnóstico sobre os impactos das mudanças climáticas no Paraná, e desenvolveram projeções baseadas em diferentes cenários de emissões de gases de efeito estufa para o Estado. Esses dados indicam um aumento expressivo nas temperaturas máximas no Paraná, com períodos de chuvas mais intensas e secas mais rigorosas (Paraná, 2023). A partir desse contexto, pode-se correlacionar as pontuações do resumo técnico do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (Pörtner *et al.*, 2022) atribuídas às áreas que incluem o Paraná. Dessa forma, a mudança climática global afeta diversos setores, com especial destaque para os ecossistemas e biodiversidade. As temperaturas mais altas, combinadas com mudanças no uso e cobertura do solo, estão favorecendo a propagação de doenças transmitidas por vetores. Do mesmo modo, eventos climáticos extremos têm contribuído para surtos dessas doenças, tanto por efeitos diretos sobre os patógenos e seus vetores, quanto por efeitos indiretos relacionados ao comportamento humano e à desestabilização das respostas a emergências. Um exemplo disso é o aumento da propagação de doenças como dengue, especialmente em áreas tropicais e subtropicais – como no caso do estado paranaense (Pörtner *et al.*, 2022; Barcellos *et al.*, 2024).

No caso da dengue, por exemplo, as alterações climáticas, aliadas ao crescimento populacional e à intensificação da urbanização, têm ampliado a distribuição global do *Aedes aegypti*, vetor principal da doença. A combinação do aumento das temperaturas e de fatores como globalização e viagens aéreas tem potencializado a reprodução e a disseminação do mosquito, ampliando os riscos para quase metade da população mundial (Barcellos *et al.*, 2024). A temperatura é um fator determinante para o desenvolvimento do vírus, e mudanças climáticas que favorecem a sobrevivência dos mosquitos e reduzem o tempo de incubação viral podem intensificar o risco de surtos (Lemos; Júnior; Mendonça, 2020). No entanto, extremos térmicos também podem aumentar a mortalidade dos vetores, o que pode atenuar esse risco. Ademais, chuvas intensas podem tanto destruir criadouros ao lavar ovos e larvas quanto criar novas condições favoráveis à reprodução dos mosquitos, enquanto períodos de seca aumentam a proliferação ao possibilitar o armazenamento inadequado de água (Barcellos *et al.*, 2024).

No Paraná, o aumento da vulnerabilidade a desastres climáticos vem se evidenciando nos últimos anos. O estado ocupa a quinta posição no Brasil em termos

de ocorrências de desastres, com 6.974.117 pessoas afetadas e 71 mortes entre 1991 e 2012 (Carpenedo *et al.*, 2024). Eventos climáticos extremos, como inundações, secas e ondas de calor, têm se tornado mais frequentes e intensos nas últimas décadas, principalmente devido ao aumento das concentrações de gases de efeito estufa de origem antropogênica, bem como intensificados fenômenos recorrentes, como o El Niño (Clarke *et al.*, 2024). O crescimento populacional, a urbanização acelerada e a ocupação irregular do solo urbano têm contribuído para a ampliação da vulnerabilidade dos sistemas ecológicos e humanos aos impactos dessas mudanças. Cenários futuros indicam que esses eventos climáticos extremos serão ainda mais frequentes e intensos, agravando os impactos negativos à saúde e aos ecossistemas (Pörtner *et al.*, 2022).

2. CONTRIBUIÇÕES E PERSPECTIVAS FUTURAS ACERCA DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Frente aos graves desafios de ordem climática, ambiental, sanitária, econômica e social enfrentados pela humanidade na época presente e riscos persistentes das arboviroses, é premente repensar ainda abordagens destas questões, com vistas ao futuro. De fato, além da perspectiva precaucionária a ser enfatizada pelo Direito Ambiental, as temáticas que circundam e se relacionam à problemática das arboviroses devem ser abordadas e discutidas em caráter mais amplo, multidisciplinar e integrado com outras áreas, como a perspectiva da saúde única, saneamento básico, economia, mudanças climáticas, além de parcerias entre instituições, dentre outras (Martinelli, 2021).

Afinal, assim como a disseminação de uma arbovirose não guarda relação com apenas um fator de risco, também as consequências de uma epidemia, ainda que sazonal, não atingem apenas um setor – antes ocasionam prejuízos imensuráveis e irreparáveis nas mais diversas áreas, especialmente econômica e de saúde pública.

Nesse ínterim, é imprescindível recordar que se aproxima o prazo definido pelas Nações Unidas para a efetivação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Tais objetivos, que compõem a Agenda 2030, são interconectados e abordam os desafios mais urgentes da humanidade, com vistas a promover o desenvolvimento efetivamente sustentável para todo o globo (ONU, 2015). Da mesma forma que a implementação real dos ODS intenta abordar os problemas globais mais emergenciais de maneira multidisciplinar, entendendo a intersecção entre questões

ambientais, sanitárias, sociais e econômicas, a problemática das arboviroses e a saúde humana requer uma abordagem integrada com as mais diversas áreas que lhes são pertinentes, especialmente a ambiental.

No contexto da Agenda 2030, as discussões e propostas atinentes à problemática deste estudo contribuem e fomentam a efetivação de alguns ODS. Especificamente, o trabalho alinha-se com os ODS 3 (Saúde e Bem-Estar), 13 (Ação Contra a Mudança Global do Clima), 15 (Vida Terrestre), 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes) e 17 (Parcerias e Meios de Implementação). Quanto ao ODS 3, o estudo contribui no sentido de destacar a necessidade de que as políticas públicas considerem a saúde humana também ao lidar com as questões ambientais, especificamente o desmatamento.

O ODS 13 encontra subsídios neste estudo à medida que se aponta as intrincadas contribuições do desmatamento para a intensificação das mudanças climáticas e proliferação de arboviroses. Para tanto, reitera-se a relevância de normativas e políticas para frear o desmatamento, especialmente das florestas como as da Mata Atlântica. Frente a isso, doenças como dengue, zika e chikungunya estão diretamente ligadas a alterações ambientais, como desmatamento, mudanças no uso do solo e urbanização desordenada, que favorecem a proliferação de vetores, como o *Aedes aegypti*.

No contexto dos ODS, a abordagem integrada da saúde única se alinha a diversos objetivos da Agenda 2030, como o ODS 3 (Saúde e Bem-Estar), que busca fortalecer sistemas de saúde e prevenir surtos epidêmicos; o ODS 13 (Ação Contra a Mudança Global do Clima), que aborda a relação entre mudanças climáticas e saúde pública; e o ODS 15 (Vida Terrestre), que enfoca a conservação de ecossistemas como forma de prevenir desequilíbrios ecológicos. Além disso, o ODS 12 (Consumo e Produção Responsáveis) é relevante frente às práticas insustentáveis no uso dos recursos naturais exacerbam as condições para a emergência de doenças.

Quanto ao ODS 16, o trabalho contribui ao sublinhar a importância do Direito Ambiental, aliado à existência de instituições legais eficazes para a gestão ambiental e proteção dos ecossistemas e da saúde única. Por fim, ao ODS 17, o estudo sugere a necessária colaboração intersetorial para o enfrentamento do desmatamento e riscos de arboviroses. No contexto do ODS 16, o fortalecimento do licenciamento ambiental, aliado às políticas de gestão ambiental eficazes, é importante frente aos impactos ambientais que contribuem para a proliferação de arboviroses. A legislação

ambiental deve incorporar explicitamente a perspectiva de saúde única, destacando o princípio da precaução como eixo central. Políticas que promovam o uso sustentável dos recursos naturais, a restauração de ecossistemas degradados e o controle da urbanização desordenada podem reduzir as condições para a proliferação de vetores e, conseqüentemente, de arboviroses.

Nesse sentido, a descentralização do licenciamento ambiental para estados e municípios, prevista na Lei Complementar 140/2011, atribui o papel aos entes locais da proteção ambiental e na prevenção de riscos sanitários. Isso é pertinente para o enfrentamento de arboviroses, que também têm impactos locais significativos. No entanto, a descentralização requer capacitação técnica e recursos financeiros adequados para os órgãos locais, além de parcerias efetivas entre governo, setor privado e sociedade civil, conforme preconiza o ODS.

Dessarte, uma abordagem urgente e possível que correlaciona diretamente os ODS à temática deste trabalho é o conceito de saúde única. Válido recordar a definição do termo (One-Health) fornecida pelo painel consultivo OHHLEP (do inglês: *One Health High-Level Expert Panel* – OHHLEP):

“Uma Só Saúde” é uma abordagem integrada e unificadora que visa, de modo sustentável, equilibrar e otimizar a saúde das pessoas, animais e ecossistemas. Reconhece que a saúde dos humanos, animais domésticos e selvagens, plantas e ambiente em geral (incluindo os ecossistemas) estão intimamente ligados e são interdependentes. A abordagem mobiliza vários sectores, disciplinas e comunidades a vários níveis da sociedade, para trabalharem juntos no sentido de promover o bem-estar e combater as ameaças à saúde e aos ecossistemas, abordando, ao mesmo tempo, a necessidade coletiva de água, energia e ar limpos, alimentos seguros e nutritivos, empreendendo ações sobre as alterações climáticas e contribuindo para o desenvolvimento sustentável (OHHLEP, 2024, p. 8).

No contexto da proliferação de doenças, Ellwanger e Chies (2022) complementam que os problemas ambientais não se restringem aos espaços urbanos, mas eles também impactam na saúde humana quando ocorrem em regiões silvestres. Isso porque tais alterações ambientais estreitam o contato humano com a vida selvagem, ampliando as oportunidades de infecção de novos patógenos e facilita a sua propagação por vetores.

Especificamente, o desmatamento, mudanças na cobertura do solo, e fragmentação de áreas de floresta nativa propiciam essas condições para a emergência e disseminação de doenças infecciosas em humanos. Dessa forma, “a saúde dos humanos, do ambiente e dos animais está fortemente entrelaçada”, fator

que justifica a perspectiva de saúde única e a torna relevante para a abordagem dos desafios presentes relativos à proliferação de arboviroses e a degradação ambiental (Ellwanger; Chies, 2022, p. 47).

Além de reconhecer a relação estreita entre saúde humana, ambiental e animal, o conceito de saúde única reforça a importância da colaboração intersetorial no enfrentamento de questões como as doenças emergentes, segurança alimentar, saúde ambiental e resistência microbiana³. Com tamanha abrangência, Heloisa Caixeta da Fiocruz de Brasília afirma que a abordagem da saúde única “contribui para a implementação dos ODS e para a construção de um futuro mais saudável e sustentável” (Caixeta, 2023, *online*). Na mesma linha, Fernando Nogueira Souza, médico veterinário e pesquisador da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade de São Paulo (FMVZ-USP) reitera que a abordagem da saúde única é imprescindível no momento contemporâneo, onde casos de novas doenças e surtos se multiplicam: “Essa visão multidisciplinar, que integra profissionais da medicina humana, veterinária, saúde ambiental e áreas afins, é uma peça-chave para enfrentar ameaças à saúde pública, ambientais e às doenças tropicais” (CEE Fiocruz, 2024, *online*).

De tal modo, as perspectivas futuras relativas ao enfrentamento do desmatamento, com vistas a saúde humana, não podem ser fragmentadas a ponto de ignorar a saúde ambiental e animal, haja vista que todas encontram estreita relação e devem estar em equilíbrio. Ademais, em se tratando de desenvolvimento sustentável e a Agenda 2030, é válido sublimar que em condições de disseminação de doenças, como a dengue, Chikungunya e zika, o avanço na concretização dos ODS é freada e inclusive retrocede em muitos aspectos. Afinal, esses cenários refletem condições insuficientes na sustentabilidade de centros urbanos, precariedade sanitária, desequilíbrio climático, degradação ambiental e demais fatores anexos.

Dessarte, é imprescindível que a legislação e políticas do Direito Ambiental contemplem sim o aspecto da saúde humana, mas também adotem o entendimento de que crises ambientais têm ramificações locais e globais em todos os setores, especialmente no cenário de surgimento ou proliferação de doenças.

Nessa linha, os prejuízos transcendem os danos à saúde, alastrando consequências e intensificando problemas já críticos na humanidade, especialmente

³ Ministério da Saúde: Uma só saúde. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/u/uma-so-saude>. Acesso em: 02 abr. 2024.

aqueles que os ODS se propõe a superar. Portanto, o princípio da precaução deve ser contemplado com veemência em todos os cenários relativos ao desmatamento e às suas consequências potenciais, considerando o vínculo indissociável entre saúde humana, animal e ambiental.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O vasto histórico de doenças enfrentadas pelo ser humano, especialmente no último século, associadas à intensificação das mudanças climáticas, bem como suas evidentes consequências nas sociedades humanas e no meio ambiente, são lembretes persistentes de que a degradação ambiental antropogênica não se limita aos prejuízos ambientais, haja vista que o próprio texto constitucional afirma que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é condição basilar à sadia qualidade de vida humana.

Dessarte, não se pode dissociar a saúde humana da saúde ambiental e animal. Essa dependência vai muito além do acesso a recursos essenciais à vida humana como a água potável, o ar limpo e alimentos. O levantamento desta pesquisa indicou a estreita relação entre aspectos da degradação ambiental, com ênfase ao desmatamento, para a proliferação de arboviroses.

Por certo, as recentes epidemias de doenças como a dengue, zika e chikungunya, inclusive no estado do Paraná escancararam e demonstram as vulnerabilidades humanas em todos os aspectos, desde a saúde pública, vulnerabilidades socioeconômicas até o aparato legal disponível para lidar com essas questões – e pior, para agir com precaução diante de riscos e incertezas.

Este estudo visou entender como o Direito Ambiental pode ser empregado na mitigação dos impactos decorrentes do desmatamento, enfatizando a proteção da saúde humana diante das arboviroses. Desta forma, restou evidenciado que os dispositivos do Direito Ambiental, especialmente a partir da sua base constitucional calcada no artigo 225, destacam propostas valorosas à conservação das florestas e à manutenção dos ecossistemas, muito embora a realidade enfatize que tais aparatos não têm sido efetivados na prática, ou não têm surtido efeitos suficientes para mitigar as ameaças gradativas que a degradação florestal, o desmatamento e as perdas de biodiversidade representam.

De tal premissa, o Direito Ambiental dispõe do princípio da precaução, o qual destaca-se como um meio para moldar as políticas públicas. O princípio da precaução,

aliado à abordagem da saúde única e à antecipação de riscos, revelam-se como estratégias indispensáveis no desenvolvimento e implementação de políticas legais relacionadas ao desmatamento e à proteção da saúde única.

Ademais, ressalta-se a necessária abordagem multidisciplinar e colaboração intersetorial acerca das arboviroses, seus vetores e abordagens acautelares relativas à degradação ambiental e desmatamento que podem impulsionar a emergência dessas doenças, com ênfase nos remanescentes da Mata Atlântica. De fato, como reiterado, a problemática das arboviroses é extremamente complexa, requerendo o contínuo aprimoramento do conhecimento científico, estímulo à pesquisa, colaboração entre especialistas da área ambiental, da saúde pública, legisladores e demais campos atinentes para a proposição de políticas que efetivamente abarquem as dimensões pertinentes.

Em última análise, embora o Direito Ambiental disponha de meios razoáveis para a abordagem das arboviroses, sua efetivação está atrelada a uma inadiável compreensão, por parte de todas as esferas sociais e do poder público, de que a vida humana é parte integrante do meio ambiente, dele depende e com ele interage, de forma que tais interações podem ocasionar danos imprevisíveis em escala e, por vezes, irreparáveis. Para enfrentar a disseminação de arboviroses, é essencial adotar uma abordagem intersetorial que una esforços nas áreas de saúde, meio ambiente, planejamento urbano e economia.

A implementação da saúde única deve ser uma prioridade, pois ela oferece um modelo integrado para abordar as conexões entre saúde, sustentabilidade e desenvolvimento econômico. Também, o combate ao desmatamento e a restauração de ecossistemas fragmentados não devem ser vistos apenas como medidas ambientais isoladas, mas como ações preventivas de saúde pública, essenciais para evitar crises futuras. Diante disso, o emprego do princípio da precaução aliado ao pressuposto da saúde única, devem nortear o desenvolvimento, avaliação e implementação de políticas, com o intuito de mitigar o desmatamento de remanescentes florestais e demais danos ambientais tendo em vista os riscos decorrentes dessas práticas à vida humana, animal e ambiental.

As limitações deste estudo incluem a possibilidade de viés de seleção devido à escolha dos bancos de dados e dos termos e parâmetros de pesquisa, bem como a limitação temporal e regional dos estudos considerados. Ademais, as análises apresentadas podem ser limitadas à interpretação do pesquisador.



Quanto às sugestões de pesquisas futuras, indica-se o monitoramento de longo prazo das relações entre desmatamento e arboviroses, avaliando os efeitos da restauração ambiental no controle de vetores e analisando a efetividade do Direito Ambiental e das políticas públicas intersetoriais. É pertinente ainda investigar a integração da abordagem da saúde única ao planejamento urbano. Pesquisas sobre as conexões entre vulnerabilidade social e arboviroses, bem como o impacto de programas de educação ambiental e participação comunitária, também seriam importantes para subsidiar estratégias preventivas e ações locais mais eficazes.



REFERÊNCIAS

ALHO, C. J. R. Importância da biodiversidade para a saúde humana: uma perspectiva ecológica. **Estudos Avançados**, v. 26, n. 74, p. 151-166, 2012.

Agência Estadual de Notícias. **Patrimônio natural: Paraná tem 26,2 mil km² de Unidades de Conservação**. 2023. Disponível em: <<https://www.aen.pr.gov.br/Noticia/Patrimonio-natural-Parana-tem-262-mil-km2-de-Unidades-de-Conservacao>>. Acesso em: 02 dez. 2024.

AMADO, Frederico Augusto di Trindade. **Legislação comentada para concursos ambiental artigo por artigo**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Princípio da precaução no direito ambiental brasileiro. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.13, n.27, p.63-88, set./dez., 2016. Disponível em: <<http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/877>>. Acesso em: 30 out. 2023.

ARTAXO, Paulo. As três emergências que nossa sociedade enfrenta: saúde, biodiversidade e mudanças climáticas. **Estudos Avançados**, v. 34, n. 100, p. 53–66, set. 2020.

ASSAD, Leonor. Defender o ambiente é dever de todos. **Ciência e Cultura**, São Paulo, v. 71, n. 3, p. 06-09, 2019.

BAKER, Rachel E. *et al.* Infectious disease in an era of global change. **Nature Reviews Microbiology**, v. 20, p. 193-205, 2022.

BARCELLOS, C.; MATOS, V.; LANA, R. M.; LOWE, R. Climate change, thermal anomalies and the recent progression of dengue in Brazil. **Scientific Reports**, v. 14, n. 1, p. 5948, 2024. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1038/s41598-024-56044-y>>. Acesso em: 1 dez. 2024.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERENGUER, E. *et al.* Chapter 19: Drivers and ecological impacts of deforestation and forest degradation. In: NOBRE, C. *et al.* (eds.). **Amazon Assessment Report 2021**. New York: United Nations Sustainable Development Solutions Network, 2021.

BRASIL. 06/7 – Saúde Única: Dia Mundial das Zoonoses. Ministério da Saúde: **Biblioteca Virtual em Saúde**, 2020. Disponível em: <<https://bvsms.saude.gov.br/06-7-saude-unica-dia-mundial-das-zoonoses/>>. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.



BRASIL. Decreto n. 6.660, de 21 de novembro de 2008. Regulamenta a Lei n. 11.428, de 22 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 21 nov. 2008. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6660.htm>. Acesso em: 22 nov. 2024.

BRASIL. Decreto n.º 11.367, de 1º de janeiro de 2023: Institui a Comissão Interministerial Permanente de Prevenção e Controle do Desmatamento, restabelece o Plano de Ação para a Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal - PPCDam e dispõe sobre os Planos de Ação para a Prevenção e Controle do Desmatamento no Cerrado, na Mata Atlântica, na Caatinga, no Pampa e no Pantanal. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Decreto/D11367.htm>. Acesso em: 28 out. 2023.

BRASIL. **Decreto n.º 23.793, de 23 de janeiro de 1934**: Aprova o Código Florestal. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d23793.htm>. Acesso em: 28 out. 2023.

BRASIL. Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp140.htm>. Acesso em: 2 dez. 2024.

BRASIL. Lei n. 11.428, de 22 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 22 dez. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11428.htm>. Acesso em: 22 nov. 2024.

BRASIL. Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2012. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em: 28 out. 2023.

BRASIL. Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965. Institui o novo Código Florestal. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1965. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4771.htm>. Acesso em: 28 out. 2023.

BRASIL. Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2 set. 1981.



BRASIL. Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981: Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1981.

BRASIL. Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial Da União**, 1998.

BRASIL. Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2000.

BRASIL. Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 dez. 2006.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Monitoramento dos casos de dengue, febre de chikungunya e febre pelo vírus Zika**. Semana Epidemiológica 3, v. 47, n. 06, 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde e Ambiente. **Boletim Epidemiológico**, v. 55, n. 11, 4 jul. 2024. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/-epidemiologicos/edicoes/2024/boletim-epidemiologico-volume-55-no-11.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2024.

BRASIL. **Programa Áreas Protegidas da Amazônia completa 20 anos**. Ministério do Meio Ambiente e Mudança do Clima, 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/mma/pt-br/noticias/programa-areas-protegidas-da-amazonia-completa-20-anos>>. Acesso em: 28 out. 2023.

BUCHALLA, Cassia M. **Epidemiologia das Doenças Infecciosas e Surto**. USP, 2017. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3118198/mod_resource/content/1/Aula%204%20Epi%20Doen%C3%A7as%20Infecciosas%20e%20Surto.pdf>. Acesso em: 30 set. 2023.

CABALLERO, Luiza. **Entenda os perigos do desmatamento com correntão**. Disponível em: <<https://www.ecycle.com.br/desmatamento-correntao/>>. Acesso em: 28 out. 2023

CABRAL, Diogo de Carvalho **Na presença da floresta**: Mata Atlântica e história colonial. 1. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2014.

CAIXETA, Heloisa. **17ª CNS: Fiocruz Brasília apresenta Agenda 2030 e seus ODS**. Fiocruz Brasília, 7 jul. 2023. Disponível em: <<https://www.fiocruzbrasil.fiocruz.br/17a-cns-fiocruz-brasil-apresenta-agenda-2030-e-seus-ods/>>. Acesso em: 29 nov. 2024.



CÂMARA, Ana Stela Vieira Mendes. **Direito constitucional ambiental brasileiro e ecocentrismo**: um diálogo possível e necessário a partir de Klaus Bosselmann. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

CAMPANILI, Maura; SCHAFFER, Wigold Bertoldo. **Mata Atlântica**: patrimônio nacional dos brasileiros. Brasília: MMA, Secretaria de Biodiversidade e Florestas, Núcleo Mata Atlântica e Pampa, 2010.

CAMPOLI, Jessica Suarez; STIVALI, Matheus. **Custo social do desmatamento nos biomas brasileiros**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica - Ipea, 2023.

CARNEIRO, L. A.; PETTAN-BREWER, C. One Health: conceito, história e questões relacionadas – revisão e reflexão. In: MIRANDA, A. M. M. (org.). **Pesquisa em Saúde & Ambiente na Amazônia**: perspectivas para sustentabilidade humana e ambiental na região. Guarujá: Científica Digital, 2021.

CARPENEDO, Camila Bertoletti *et al.* PARANÁ CHUVA: Monitoramento dos extremos de precipitação pluvial e desastres naturais no estado do Paraná. In: IV Encontro Nacional de Desastres (IV END). **Anais** [...]. 2024. Disponível em: <<https://files.abrhidro.org.br/Eventos/Trabalhos/241/IV-END0085-1-0-20240808-111649.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2024.

CARRERO, Gabriel Cardoso *et al.* Deforestation trajectories on a development frontier in the Brazilian Amazon: 35 years of settlement colonization, policy and economic shifts, and land accumulation. **Environmental management**, v. 66, n. 6, p. 966-984, 2020.

CARVALHO, Miguel Mundstock Xavier de. **Uma grande empresa em meio à floresta**: a história da devastação da floresta com araucária e a Southern Brazil Lumber and Colonization (1870-1970). Tese (Doutorado em História). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2010. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/93507>>. Acesso em 11 jun. 2021.

CARVALHO, Rodrigo Abreu. Doenças infecciosas emergentes na fronteira do desmatamento. In: YOUNG, Carlos E. Frickmann; MATHIAS, João Felipe Cury M. (orgs.). **COVID-19, meio ambiente e políticas públicas**. 1. ed. São Paulo: Hucitec, 2020, p. 93-100.

CASSEB, Alexandre do Rosário; CASSEB, Livia Medeiros Neves; SILVA, Sandro Patroca da; VASCONCELOS, Pedro Fernando da Costa. Arbovírus: importante zoonose na Amazônia Brasileira. **Veterinária e Zootecnia**, Botucatu, v. 20, n. 3, p. 391–403, 2022. Disponível em: <<https://rvz.emnuvens.com.br/rvz/article/view/1030>>. Acesso em: 29 nov. 2024.

CASTELO, Thiago Bandeira. Legislação florestal brasileira e políticas do governo de combate ao desmatamento na amazônia legal. **Ambiente & Sociedade**, v. 18, n. 4, p. 221–242, out. 2015.



CEE FIOCRUZ - Centro de Estudos Estratégicos Fiocruz. **Saúde Única**: conexão vital para enfrentar desafios globais. 2024. Disponível em: <<https://cee.fiocruz.br/?q=saude-unica-conexao-vital-para-enfrentar-desafios-globais>>. Acesso em: 02 abr. 2024.

CEPEA/USP/CNA. **Após alcançar patamar recorde em 2021, PIB do agronegócio recua 4,22% em 2022**. 17 mar. 2023. Disponível em: <[https://www.cepea.esalq.usp.br/upload/kceditor/files/PIB-DO-AGRONEGOCIO-2022.17MAR2023\(1\).pdf](https://www.cepea.esalq.usp.br/upload/kceditor/files/PIB-DO-AGRONEGOCIO-2022.17MAR2023(1).pdf)>. Acesso em: 05 out. 2023.

CLARKE, B. *et al.* Climate change, El Niño and infrastructure failures behind massive floods in southern Brazil. **Report**, 3 jun. 2024. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10044/1/111882>>. Acesso em: 1 dez. 2024.

COUTINHO, Luis Costa. Chikungunya. *In*: LIMA, Laís Rocha; SOARES, Laiane Oliveira Lima; SILVA FILHO, Paulo Sérgio da Paz (orgs.). **Arboviroses**. Teresina: SCISAUDE, 2022. p. 92-97.

COUTINHO, Luis Costa. Vírus da dengue. *In*: LIMA, Laís Rocha; SOARES, Laiane Oliveira Lima; SILVA FILHO, Paulo Sérgio da Paz (orgs.). **Arboviroses**. Teresina: SCISAUDE, 2022. p. 22-28.

CROOPE, Silvana. FERRARI, Flávia J.; LIMA, Gessuelyton M.; LIMA, Priscila Luciene S. Direito das catástrofes: responsabilidade pública e privada na proteção dos direitos humanos em situações de desastres ambientais. **Revista DIÁLOGOS POSSÍVEIS**, v. 23, n. 1, jan/jun, 2024. Disponível em: <<https://revista.grupofaveni.com.br/index.php/dialogospossiveis/article/view/1723>>. Acesso em 28 ago. 2024.

DATASUS. **Portal de Dados Epidemiológicos - SINAN**. Disponível em: <<https://portalsinan.saude.gov.br/dados-epidemiologicos-sinan>>. Acesso em: 15 set. 2024.

DE BARROS, Gustavo Belchior *et al.* Mecanismos causadores de pressão e impacto ambiental sobre os ecossistemas e florestas nativas. *In*: DE OLIVEIRA, Robson José (org.). **Silvicultura e manejo florestal**: técnicas de utilização e conservação da natureza. v. 1. Editora Científica, 2021, p. 233-252.

DE OLIVEIRA, Adriano Santhiago *et al.* Florestas. *In*: IBAMA. **Relatório de qualidade do meio ambiente**: Brasília, DF, 2022, p. 302-365.

DEAN, Warren. **A Ferro e Fogo – A História e a Devastação da Mata Atlântica Brasileira**. São Paulo: Cia das Letras, 1996.

DOBSON, Andrew P. *et al.* Ecology and economics for pandemic prevention. **Science**, v. 369, n. 6502, p. 379-381, 2020. Disponível em: <<https://www.science.org/doi/full/10.1126/science.abc3189>>. Acesso em: 10 ago. 2023.

ELLWANGER, Joel Henrique *et al.* Synthesizing the connections between environmental disturbances and zoonotic spillover. **Anais da Academia Brasileira de Ciências**, v. 94, p. e20211530, 2022.

ELLWANGER, Joel Henrique; CHIES, José Artur Bogo. Saúde Única (One Health): uma abordagem para entender, prevenir e controlar as doenças infecciosas e parasitárias. **Bio Diverso**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, 2022. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/index.php/biodiverso/article/view/124398>>. Acesso em: 2 abr. 2024.

ELLWANGER, Joel Henrique; CHIES, José Artur Bogo. Zoonotic spillover: Understanding basic aspects for better prevention. **Genetics and Molecular Biology**, v. 44, n. 1, p. e20200355, 2021.

Embrapa: **Entenda a Lei 12.651 de 25 de maio de 2012**. 2016. Disponível em: <<https://www.embrapa.br/codigo-florestal/entenda-o-codigo-florestal>>. Acesso em: 28 out. 2023.

FABIANI, Taciane *et al.* Código Florestal Brasileiro: Evolução das normas ambientais entre 1934 e 2012. **Concilium**, v. 23, n. 14, p. 564–585, 2023. Disponível em: <<https://clium.org/index.php/edicoes/article/view/1592>>. Acesso em: 28 out. 2023.

FAO, UNEP. **The State of the World's Forests 2020**: Forests, biodiversity and people. Rome, 2020. Disponível em: <<https://openknowledge.fao.org/items/d0f20c1c-7760-4d94-86c3-d1e770a17db0>>. Acesso em: 16 nov. 2024.

FAO. **Global Forest Resources Assessment 2020 – Key findings**. Rome, 2020. Disponível em: <<https://www.fao.org/3/CA8753EN/CA8753EN.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2023.

FAO. **The State of the World's Forests 2024** – Forest-sector innovations towards a more sustainable future. Rome: FAO, 2024.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS - FAO. **Forest resources assessment working paper 180**: terms and definitions. Rome: FAO, 2012. Disponível em: <<https://www.fao.org/4/ap862e/ap862e00.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2024.

FURTADO, Amanda Naiala Ribeiro; LIMA, Ana Sheila Ferreira; OLIVEIRA, Anderson Silva de; TEIXEIRA, Andréa Bessa; FERREIRA, Deyviane dos Santos; OLIVEIRA, Estephania da Costa; CAVALCANTI, Gleydiane Barroso; SOUSA, Wládia Araújo de; LIMA, Wladiany Medeiros de. Dengue e seus avanços / Dengue fever and its advances. **Revista Brasileira de Análises Clínicas**, São Paulo, v. 51, n. 3, p. 196-201, 2019.

GEIST, Helmut J; LAMBIN, Eric F. What drives tropical deforestation? A meta-analysis of proximate and underlying causes of deforestation based on subnational case study evidence. **LUCC Report Series N. 4**. Belgium: University of Louvain, 2001.

GIBB, Rory *et al.* Ecosystem perspectives are needed to manage zoonotic risks in a changing climate. **BMJ**, n. 371, 2020. Disponível em: <<https://www.bmj.com/content/bmj/371/bmj.m3389.full.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2023.

GOMES, Almério de Castro. Mecanismos e significado epidemiológico da domiciliação. **Revista de Saúde Pública**, v. 20, n. 5, p. 385–390, out. 1986. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rsp/article/view/23381/25412>>. Acesso em: 29 nov. 2024.

GOULARTI FILHO, Alcides. A Estrada de Ferro São Paulo-Rio Grande na formação econômica regional em Santa Catarina. **Geosul**, Florianópolis, v. 24, n. 48, jul./dez. 2009.

GOVERNO DO ESTADO DO PARANÁ. **Recursos, insumos e capacitação: Governo intensifica combate às arboviroses no Paraná**. 2023. Disponível em: <<https://www.saude.pr.gov.br/Noticia/Recursos-insumos-e-capacitacao-Governo-intensifica-combate-arboviroses-no-Parana>>. Acesso em: 1 dez. 2024.

GRISOTTI, Márcia. Doenças infecciosas emergentes e a emergência das doenças: uma revisão conceitual e novas questões. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 15, p. 1095-1104, jun. 2010.

GUIMARÃES, Alexander Gonçalves Ferreira; ATANAKA, Marina. A tríplice epidemia das principais arboviroses transmitidas no Brasil. *In*: CARVALHO JUNIOR, Fábio Ferreira (org.). **Ciências da saúde: desafios, perspectivas e possibilidades**. v. 1. Guarujá: Editora Científica, 2021. p. 112-132.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9. ed., rev. e reform. São Paulo: Atlas, 2017.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Biomass continentais do Brasil**. 2018. Disponível em: <https://geoftp.ibge.gov.br/informacoes_ambientais/estudos_ambientais/biomass/documentos/Sintese_Descricao_Biomass.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2024.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Biomass continentais do Brasil**. 2018. Disponível em: <https://geoftp.ibge.gov.br/informacoes_ambientais/estudos_ambientais/biomass/documentos/Sintese_Descricao_Biomass.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2024.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Contas de ecossistemas - o uso da terra nos biomas brasileiros: 2000- 2018**. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatística da produção pecuária**. 2022a. Disponível em: <https://ftp.ibge.gov.br/Producao_Pecuaria/Fasciculo_Indicadores_IBGE/abate-leite-couro-ovos_202201caderno.pdf>. Acesso em: 02 out. 2023.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Mapa da Área de Aplicação da Lei nº 11.428 de 2006 - Decreto nº 6.660, de 21 de novembro de 2008, publicado no Diário Oficial da União de 24 de novembro de 2008**. Rio de Janeiro: IBGE, 2009. Disponível em: <https://geoftp.ibge.gov.br/informacoes_ambientais/estudos_ambientais/biomas/mapas/lei11428_mata_atlantica.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2024.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Mapa de Biomas do Brasil**. Escala: 1:5000. IBGE: Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <https://geoftp.ibge.gov.br/informacoes_ambientais/estudos_ambientais/biomas/mapas/biomas_5000mil.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2024.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: Em 2021, o rebanho bovino bateu recorde e chegou a 224,6 milhões de cabeças. **Agência de Notícias IBGE**, 2022b. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/34983-em-2021-o-rebanho-bovino-bateu-recorde-e-chegou-a-224-6-milhoes-de-cabecas>>. Acesso em: 1 out. 2023.

IBGE: **Cidades e Estados - Paraná**, 2022. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/pr.html>>. Acesso em: 30 nov. 2024.

IFN - Inventário Florestal Nacional. **Principais resultados: Paraná**. Brasília: Serviço Florestal Brasileiro, MMA, 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/florestal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/relatorios/relatorios-ifn/IFNPRprincipaisresultados.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2024.

INSTITUTO ÁGUA E TERRA (IAT). **Relatório do mapeamento de vegetação nativa - IAT 2021**. Curitiba: IAT, 2021. Disponível em: <https://www.iat.pr.gov.br/sites/agua-terra/arquivos_restritos/files/documento/2022-07/relatorio_mapeamento_vegetacao_nativa_2021.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2024.

INSTITUTO BUTANTAN. **Aumento histórico de temperatura leva à disseminação da dengue em todo o Brasil**. São Paulo, 2023. Disponível em: <<https://butantan.gov.br/noticias/aumento-historico-de-temperatura-leva-a-disseminacao-da-dengue-em-todo-o-brasil>>. Acesso em: 15 fev. 2025.

INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS (INPE). **TerraBrasilis: dados de desmatamento na Mata Atlântica**. Disponível em: <https://terrabrasilis.dpi.inpe.br/app/dashboard/deforestation/biomes/mata_atlantica/increments>. Acesso em: 15 set. 2024.

IPARDES - Instituto Paranaense de Desenvolvimento Econômico e Social. **Indicadores de desenvolvimento sustentável por bacias hidrográficas do Estado do Paraná**. Curitiba: IPARDES, 2022.

JONES, Kate E. *et al.* Global trends in emerging infectious diseases. **Nature**, v. 451, p. 990-993, 2008.

KALBUS, A.; DE SOUZA SAMPAIO, V.; BOENECKE, J.; REINTJES, R. Exploring the influence of deforestation on dengue fever incidence in the Brazilian Amazonas state. **PLoS One**, v. 16, n. 1, p. e0242685, 7 jan. 2021. Disponível em: <<https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC7790412/>>. Acesso em: 3 dez. 2024.

KARJALAINEN, Eeva; SARJALA, Tytti; RAITIO, Hannu. Promoting human health through forests: overview and major challenges. **Environ Health and Preventive Medicine**, v. 15, n. 1, p. 1-8, 2010. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2793342/>>. Acesso em: 15 ago. 2023.

KEESING, F. *et al.* Impacts of biodiversity on the emergence and transmission of infectious diseases. **Nature**, n. 468, p. 647-652, 2010. Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/nature09575>>. Acesso em: 28 maio 2023.

KOURY, A. B. C.; SOUSA, D. L. O direito ambiental sob a perspectiva da proteção internacional à pessoa humana. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, n. 9, p. 11-28, 2009.

KULKARNI, Sanjana. **Biodiversity Loss Can Increase the Spread of Zoonotic Diseases**. SITN: Harvard University, 2022. Disponível em: <<https://sitn.hms.harvard.edu/flash/2022/biodiversity-loss-can-increase-the-spread-of-zoonotic-diseases/>>. Acesso em: 28 out. 2023.

LAPORTA, Gabriel Z.; ILACQUA, Roberta C.; BERGO, Eduardo S.; CHAVES, Leonardo S. M.; RODOVALHO, Simone R.; MORESCO, Guilherme G.; FIGUEIRA, Edmar A. G.; MASSAD, Eduardo; DE OLIVEIRA, Tiago M. P.; BICKERSMITH, Sharon A.; CONN, Jan E.; SALLUM, Maria Anice M. Malaria transmission in landscapes with varying deforestation levels and timelines in the Amazon: a longitudinal spatiotemporal study. **Scientific Reports**, v. 11, n. 1, p. 6477, 19 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/s41598-021-85951-1>>. Acesso em: 3 dez. 2024.

LAYRARGUES, Philippe Pomier. Pandemias, colapso climático, antiecológismo: educação ambiental entre as emergências de um ecocídio apocalíptico. **Revista Brasileira de Educação Ambiental**, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 01-30, 2020.

LEANDRO, G. C. W. *et al.* Análise temporal e espacial dos casos municipais de dengue no Paraná e indicadores sociais e ambientais, 2012 a 2021: estudo ecológico. **Revista Brasileira de Epidemiologia**, v. 25, p. e220039, 2022.

LEITE, Arthur Figueiredo; BANCHIO, Pablo Rafael. O ODS 15 da Agenda 2030 da ONU e a proteção de recursos naturais voltada à recuperação de áreas ambientais degradadas. In: SOUBRAL DE SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho (Org.). **Agenda 2030: Perspectivas jurídicas e o desafio brasileiro para a concretização dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS 1 ao 17**. Aracaju, SE: Quipá Editora, 2023.

LEMOS, Lidiane de Oliveira; JÚNIOR, Antonio Carlos Oscar; MENDONÇA, Francisco de Assis. Urban climate maps as a public health tool for urban planning: The case of dengue fever in Rio de Janeiro/Brazil. **ScienceDirect**, [S.l.], 2020. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S2212095520306635>>.

Acesso em: 3 dez. 2024.

LIMA, Laís Rocha; SOARES, Laiane Oliveira Lima; SILVA FILHO, Paulo Sérgio da Paz (orgs.). Arboviroses. Teresina: **SCISAUDE**, 2022.

LOMAR, Paulo José Villela. **Limites e desafios do licenciamento ambiental**: uma análise da lei complementar no140/2011. Licenciamento ambiental para o desenvolvimento urbano: avaliação de instrumentos e procedimentos. Rio de Janeiro: Ipea, p. 87-100, 2013.

LOPES, Nayara; NOZAWA, Carlos; LINHARES, Rosa Elisa Carvalho. Características gerais e epidemiologia dos arbovírus emergentes no Brasil. **Rev Pan-Amaz Saude**, Ananindeua, v. 5, n. 3, p. 55-64, set. 2014.

MANES, Stella *et al.* Endemism increases species' climate change risk in areas of global biodiversity importance. **Biological Conservation**, v. 257, 2021. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0006320721001221>>.

Acesso em: 15 ago. 2023.

MARTINELLI, Yara. Perigos das zoonoses: crise climática, destruição do meio-ambiente e saúde humana. **Revista Petrel**, v.3, n. 5, maio 2021. Disponível em: <[https://petrel.unb.br/images/Boletins/Petrel_v3_n5_mai_2021/9_MARTINELLI_Y_P erigos_das_zoonoses_crise_climatica_destruicao_do_meio_ambiente_e_saude_hu mana.pdf](https://petrel.unb.br/images/Boletins/Petrel_v3_n5_mai_2021/9_MARTINELLI_Y_P_erigos_das_zoonoses_crise_climatica_destruicao_do_meio_ambiente_e_saude_hu mana.pdf)>. Acesso em: 02 abr. 2024.

MATRICARDI, Eraldo Aparecido Trondoli *et al.* Long-term forest degradation surpasses deforestation in the Brazilian Amazon. **Science**, v. 369, n. 6509, set. 2020. Disponível em: <<https://www.science.org/doi/epdf/10.1126/science.abb3021>>.

Acesso em: 28 set. 2023.

MAWALAGEDARA, Rachindra; OGLESBY, Robert J. The climatic effects of deforestation in south and southeast asia. In: MOUTINHO, Paulo (ed.). **Deforestation Around the World**. Croácia: Intech, 2012.

MCKEE, Martin. One health through the lens of the sustainable development goals. **Eurohealth**, v. 28, n. 3, 2022. Disponível em: <<https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/362206/Eurohealth-28-3-40-42-eng.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 29 nov. 2024.

MEDEIROS, Eduardo Alexandrino. Desafios no controle da epidemia da dengue no Brasil. **Acta Paulista de Enfermagem**, v. 37, p. eEDT012, 2024.

MENDES, Nathalia. **Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) - Lei nº 6938/81**. JusBrasil, 2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/noticias/politica-nacional-do-meio-ambiente-pnma-lei-n-6938-81/321528492>>. Acesso em: 28 out. 2023.



MENDONÇA, Francisco de Assis. **Riscos climáticos**: vulnerabilidades e resiliência associados. Paco Editorial, 2017.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Ministério da Saúde destina mais de R\$ 4 milhões para enfrentamento das arboviroses no Paraná**. 2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias-para-os-estados/parana/2023/dezembro/ministerio-da-saude-destina-mais-de-r-4-milhoes-para-enfrentamento-das-arboviroses-no-parana>>. Acesso em: 1 dez. 2024.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Saúde Única**. Instituto Carlos Chagas – Fiocruz Paraná, 2023. Disponível em: <<https://www.icc.fiocruz.br/extensaodivulgacaocientifica/wp-content/uploads/2023/08/Saude-Unica.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2024.

MINISTÉRIO DA SAÚDE: **Uma só saúde**. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/u/uma-so-saude>>. Acesso em: 02 abr. 2024.

MORDECAI, Erin A. *et al.* Detecting the impact of temperature on transmission of Zika, dengue, and chikungunya using mechanistic models. **PLoS neglected tropical diseases**, v. 11, n. 4, p. e0005568, 2017. Disponível em: <<https://journals.plos.org/plosntds/article?id=10.1371/journal.pntd.0005568>>. Acesso em: 15 fev. 2025.

MUNIZ, Beatriz Rodrigues Bagnolin *et al.* Impactos das mudanças climáticas nas florestas tropicais. **Revista Gestão e Sustentabilidade Ambiental**, v. 11, n. 2, p. 65-82, jun. 2022.

MUNRO, David A. **Cuidando do planeta terra**: uma estratégia para o futuro da vida. São Paulo: IUCN, UNEP e WWF, 1991.

NAPOLITANO, Angela Aparecida; HAONAT, Ângela Issa; EMIN, Raquel Milene Balogh. O direito ambiental e suas implicações na saúde humana. **Revista de Direito Sanitário**, v. 4, n. 3, p. 95-106, 2003. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/81063/84712>>. Acesso em: 28 out. 2023.

ODUM, Howard Thomas *et al.* **Ecosystems e Políticas Públicas**. Campinas: Laboratório de Engenharia Ecológica Unicamp, 1997. Disponível em: <<https://www.unicamp.br/fea/ortega/eco/iuri17.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2023.

OHHLEP: **The One Health Definition and Principles Developed by OHHLEP - Translations**. 2023. Disponível em: <https://cdn.who.int/media/docs/default-source/one-health/ohhlep/one-health-definition-and-principles-translations.pdf?sfvrsn=d85839dd_6&download=true>. Acesso em: 02 abr. 2024.

ONE HEALTH HIGH-LEVEL EXPERT PANEL (OHHLEP) *et al.* One Health: A new definition for a sustainable and healthy future. **PLoS Pathogens**, v. 18, n. 6, p. e1010537, 2022. Disponível em: <<https://doi.org/10.1371/journal.ppat.1010537>>. Acesso em: 1 dez. 2024.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento**. Rio de Janeiro, 1992.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 1 dez. 2024.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus Jurídico, 2010.

PARANÁ. Conhecendo o Bioma Mata Atlântica no Paraná. **Revista Mata Atlântica**, v. 1, n. 01, nov. 2018.

PARANÁ. **Plano Estadual de Ação Climática (PAC-PR) 2024-2050**: Diagnóstico. Curitiba: Secretaria de Estado do Desenvolvimento Sustentável e do Turismo, 2023. Disponível em: <https://www.sedest.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2023-08/PAC-PR%20-%20Volume%201%20-%20Diagn%C3%B3stico.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2024.

PARANÁ. Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Recursos Hídricos. **Revista Atlântica**. Curitiba: Instituto Ambiental do Paraná, v. 1, n. 1, 2018. Disponível em: <https://www.conexaoambiental.pr.gov.br/sites/conexao-ambiental/arquivos_restritos/files/documento/2018-11/revistaatlantica_vol1.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2024.

PARANÁ/IAT. **ANEXO I - unidades fitogeográficas do paraná**: subsídios para os procedimentos de realocação de reserva legal. 2023. Disponível em: <https://www.iat.pr.gov.br/sites/agua-terra/arquivos_restritos/files/documento/2023-03/anexoi_popcarmsmascaractecounidadesfitogeograficaspr.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2024.

PARANÁ: **Paraná troca experiências sobre o Cadastro Ambiental Rural com o estado de São Paulo**. Secretaria da Agricultura e do Abastecimento, 13 nov. 2024. Disponível em: <<https://www.agricultura.pr.gov.br/Noticia/Parana-troca-experiencias-sobre-o-Cadastro-Ambiental-Rural-com-o-estado-de-Sao-Paulo>>. Acesso em: 02 dez. 2024.

PARANÁ. Reserva da Biosfera da Mata Atlântica. A situação da Mata Atlântica no Paraná. Disponível em: <https://www.rbma.org.br/rbma/rbma_fase_vi_06_estados_pr.asp>. Acesso em: 02 dez. 2024.

PAULINO, Mariana. A ameaça do desmatamento: Estudo revela aumento de doenças epidêmicas como consequência da derrubada da floresta. In: GARCIA, João Cláudio *et al.* **Desafios do Desenvolvimento**. Ipea, Brasília, v. 12, n. 84, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7057/1/Desafios_Desenvolvimento_v.12_n.84_2015.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2023.

PAVANELLI, Gilberto Cezar *et al.* Análise integrativa das principais zoonoses de ocorrência no Brasil. **Revista Valore**, Volta Redonda, v. 4, p. 302-309, 2019.

PEDROSO, Enio Roberto Pietra; ROCHA, Manoel Otavio da Costa. Infecções emergentes e reemergentes. **Revista Médica de Minas Gerais**, v. 19, n. 2, p. 140-150, 2009.

PENDRILL, Florence *et al.* Disentangling the numbers behind agriculture-driven tropical deforestation. **Science**, v. 377, n. 6611, set. 2022. Disponível em: <<https://www.science.org/doi/epdf/10.1126/science.abm9267>>. Acesso em: 5 out. 2023.

PINELLI, Natasha. **Mudanças climáticas contribuem para a proliferação do animal mais letal para o ser humano: o mosquito**. Portal do Butantan, 2024. Disponível em: <<https://butantan.gov.br/butantan-educa/mudancas-climaticas-contribuem-para-a-proliferao-do-animal-mais-letal-para-o-ser-humano-o-mosquito>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

PIRES, Nayjla Pecker; AMARAL, Cissara Pires. Análise dos dados epidemiológicos de casos de microcefalia relacionados ao Zika vírus. **Disciplinarum Scientia**. Série: Ciências da Saúde, Santa Maria, v. 20, n. 2, p. 459-472, 2019.

PÖRTNER, H. O. *et al.* Technical Summary. In: **Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability**. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Cambridge: Cambridge University Press, 2022. p. 37-118. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/downloads/report/IPCC_AR6_WGII_TechnicalSummary.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2024.

PRATI, Chaiane Cristina; WESCHTER, Édina Regina Saggin; MADUREIRA, Eduardo Miguel Prata; CAMPAGNOLO, Orley Álvaro; DELEVATTI, Yasmim Arie. Análise dos dados de dengue, zika e chikungunya na 20ª Regional de Saúde do Paraná. **Revista Thêma et Scientia**, v. 8, n. 1E, p. 1-10, jan./jun. 2018.

PROCOPIO, Anna Caterina *et al.* Integrated One Health strategies in Dengue. **One Health**, v. 18, p. 100684, jun. 2024. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2352771424000107>>. Acesso em: 21 nov. 2024.

RABELLO, Ananza Mara. Impactos ambientais antrópicos e o surgimento de pandemias. **Unifesspa: Paineis Reflexão em tempos de crise**, v. 26, p. 1-7, 2020. Disponível em: <https://acoescovid19.unifesspa.edu.br/images/conteudo/Impactos_ambientais_antr%C3%B3picos_e_o_surgimento_de_pandemias_Ananza_e_Danielly.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2023.

RIBEIRO, Milton Cezar *et al.* The Brazilian Atlantic Forest: How much is left, and how is the remaining forest distributed? Implications for conservation. **Biological Conservation**, n. 142, 2009.

ROBBINS, J. How forest loss is leading to a rise in human disease. **Yale Environment 360**, 2016. Disponível em: <https://e360.yale.edu/features/how_forest_loss_is_leading_to_a_rise_in_human_disease_malaria_zika_climate_change>. Acesso em: 20 maio. 2023.

ROCKLÖV, Joacim; DUBROW, Robert. Climate change: an enduring challenge for vector-borne disease prevention and control. **Nature Immunology**, v. 21, p. 479–483, 2020. Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/s41590-020-0648-y.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2024.

RODRIGUES, Maisa Isabela *et al.* Concessão florestal na Amazônia brasileira. **Ciência Florestal**, v. 30, n. 4, p. 1299-1308, out. 2020

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SAMPAIO, Rômulo. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2013.

SANTOS, Alex Mota dos *et al.* Deforestation drivers in the Brazilian Amazon: assessing new spatial predictors. **Journal of Environmental Management**, v. 294, n.113020, 2021.

SECRETARIA DA SAÚDE DO ESTADO DO PARANÁ. **Informe Epidemiológico nº 48/2023-2024** - Semanas Epidemiológicas 31 a 30. Curitiba: SESA-PR, 2024a. Disponível em: <<https://www.documentador.pr.gov.br/documentador/pub.do?action=d&uuid=@gtf-escriba-sesa@15001250-f645-4111-ae12-5dc688153f5a&emPg=true>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

SECRETARIA DA SAÚDE DO ESTADO DO PARANÁ. **Informe Epidemiológico nº 15** - Semanas Epidemiológicas 31 a 47. Curitiba: SESA-PR, 26 nov. 2024b. Disponível em: <<https://www.documentador.pr.gov.br/documentador/pub.do?action=d&uuid=@gtf-escriba-sesa@eae6ce4f-b1c0-4e1b-a087-0442e7173506&emPg=true>>. Acesso em: 30 nov. 2024.

SERVIÇO FLORESTAL BRASILEIRO. **Inventário Florestal Nacional**: Principais resultados - Paraná. Brasília: MMA, 2018.

SFB - Serviço Florestal Brasileiro. **Boletim Informativo**: dados declarados até 06 de abril de 2023. Ministério do Meio Ambiente e Mudança do Clima, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/servico-florestal-brasileiro/boletim-informativo-car/BoletimCAR_ABR06_20231.pdf>. Acesso em: 28 out. 2023.

SHAKESPEARE, Martin. **Zoonoses**. 2. ed. London/Chicago: Pharmaceutical Press, 2009.



SIMMONS, Jaime. **Deforestation and Habitat Loss**. New York: PowerKids Press, 2018.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SNIF - Sistema Nacional de Informações Florestais. **Definição de floresta**. 2019. Disponível em: <<https://snif.florestal.gov.br/pt-br/florestas-e-recursos-florestais/167-definicao-de-floresta>>. Acesso em: 21 ago. 2023.

SOS Mata Atlântica. **A Mata Atlântica é a floresta mais devastada do Brasil**. Fundação SOS Mata Atlântica. Disponível em: <<https://www.sosma.org.br/causas/mata-atlantica>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

STUART-SMITH, R.F.; CLARKE, B.J.; HARRINGTON, L.J.; OTTO, F.E.L. **Global Climate Change Impacts Attributable to Deforestation driven by the Bolsonaro Administration**: Expert report for submission to the International Criminal Court. Agosto 2021. Disponível em: <https://www.smithschool.ox.ac.uk/sites/default/files/2022-03/ICC_report_final-sept-2021.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2024.

THOMÉ, Nilson. **Trem de Ferro**: história da ferrovia no contestado. 2. ed. Florianópolis: Lunardelli, 1983.

TIER, Cristiane Pretto. **Surtos pandêmicos na interface entre direito, saúde e meio ambiente**: políticas públicas e o princípio da precaução. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2022.

TRENNEPOHL, Terence. **Manual de direito ambiental**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

UNITED NATIONS. **Transforming our world**: the 2030 Agenda for Sustainable Development. New York, 2015. Disponível em: <<https://sdgs.un.org/sites/default/files/publications/21252030%20Agenda%20for%20Sustainable%20Development%20web.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2024.

VIEIRA, Marieli; DA MATA MENDONÇA, Yasmine Candida. Desmatamento da Mata Atlântica paranaense: análise espacial para o período 2014 e 2019. **Revista Catarinense de Economia**, v. 5, n. 1, p. 46-57, 2021.

VIEIRA, Marieli; MENDONÇA, Yasmine Candida Da Mata. Desmatamento da Mata Atlântica paranaense: análise espacial para o período 2014 e 2019. **Revista Catarinense de Economia**, v. 5, n. 1, p. 46-57, 2022. Disponível em: <<https://www.apec.org.br/rce/index.php/rce/article/view/106>>. Acesso em: 28 nov. 2024.

VIOLA, Eduardo; MENDES, Vinícius. Agriculture 4.0 and climate change in Brazil. **Ambiente & Sociedade**, v. 25, p. e02462, 2022.

VORA, Neil M. *et al.* Interventions to reduce risk for pathogen spillover and early disease spread to prevent outbreaks, epidemics, and pandemics. **Emerging infectious diseases**, v. 29, n. 3, p. 1-9, 2023. Disponível em: <<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/36823026/>>. Acesso em: 10 ago. 2023.

WANDERLEY, Raianny L. N.; DOMINGUES, Leonardo M.; JOLY, Carlos A.; ROCHA, Humberto R. da. Relationship between land surface temperature and fraction of anthropized area in the Atlantic forest region, Brazil. **PLOS ONE**, [S.l.], v. 14, n. 11, e0225443, 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.1371/journal.pone.0225443>>. Acesso em: 1 dez. 2024.

WEDY, Gabriel. O princípio da precaução e a responsabilidade civil do Estado. **Revista AJURIS**, v. 41, n. 134, jun. 2014. Disponível em: <<http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/203/139>>. Acesso em: 28 out. 2023.

WEGERMANN, Karina; KETTERMANN, Beatriz John. O desmatamento da floresta amazônica e as consequências da fragmentação de habitats naturais: como a degradação ambiental impulsiona o surgimento de zoonoses. **Salão do Conhecimento**, Unijuí, v. 6, n. 6, 2020.

WHO - World Health Organization. **The world health report 2007 – a safer future: global public health security in the 21st century**. World Health Organization: Genebra, 2007.

WHO. **Tripartite and UNEP support OHHLEP's definition of "One Health"**. Organização Mundial da Saúde, 2021. Disponível em: <<https://www.who.int/news/item/01-12-2021-tripartite-and-unep-support-ohhlep-s-definition-of-one-health>>. Acesso em: 1 dez. 2024.

WILDLIFE CONSERVATION SOCIETY - WCS. **One World - One Health: The Manhattan Principles**. Disponível em: <<https://oneworldonehealth.wcs.org/About-Us/Mission/The-Manhattan-Principles.aspx>>. Acesso em: 1 dez. 2024

WILLIAMS, Michael. **Deforesting the Earth: From prehistory to global crisis, an abridgment**. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

XAVIER, Jordana dos Anjos *et al.* Impactos das mudanças climáticas nas florestas tropicais. **Revista Gestão & Sustentabilidade Ambiental**, v. 11, n. 2, p. 65–82, 2022.

YOUNG, Carlos E. Frickmann; MATHIAS, João Felipe Cury M. (orgs.). **COVID-19, meio ambiente e políticas públicas**. 1. ed. São Paulo: Hucitec, 2020

ZANELLA, Janice Reis Ciacchi. Zoonoses emergentes e reemergentes e sua importância para saúde e produção animal. **Pesquisa Agropecuária Brasileira**, v. 51, n. 5, p. 510–519, maio, 2016.



DIREITO PREVIDENCIÁRIO E TRANSEXUALIDADE: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

POPULATION POPULATION SOCIAL SECURITY LAW AND TRANSEXUALITY: CHALLENGES AND PERSPECTIVES

Ana Paula Nunes Noletto¹

Washington Luiz Fernandes Aires Filho²

Resumo: Este estudo analisa a relação entre o direito previdenciário e a transexualidade no Brasil, com ênfase no reconhecimento da identidade de gênero de pessoas transexuais pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) no processo de concessão de benefícios. A pesquisa justifica-se pela existência de entraves administrativos e institucionais que dificultam o acesso igualitário dessa população aos direitos previdenciários, apesar dos avanços normativos que garantem o respeito à identidade de gênero. O problema central investigado é como o sistema previdenciário brasileiro tem reconhecido e efetivado os direitos das pessoas transexuais em relação à identidade de gênero no âmbito dos benefícios sociais. Parte-se da hipótese de que, embora haja respaldo jurídico para a autodeclaração de identidade de gênero, persistem obstáculos operacionais e estruturais que limitam sua aplicação efetiva. Os objetivos específicos incluem: examinar a evolução normativa e jurisprudencial sobre o tema, identificar os principais entraves enfrentados pelas pessoas trans na solicitação de benefícios e propor medidas que ampliem a efetividade dos seus direitos. A metodologia empregada é qualitativa, com abordagem descritiva e exploratória, baseada em pesquisa bibliográfica e documental, além da análise hermenêutica de normas e decisões judiciais. O estudo contribui para o debate sobre inclusão previdenciária e fortalecimento da cidadania de pessoas trans no Brasil.

Palavras-chave: Direito Previdenciário; Transexualidade; Identidade de Gênero.

Abstract: This study aims to apply bioethics of protection to guarantee rights and improve the quality of life of the elderly transgender population in Brazil. The central problem investigated refers to how the principles of this bioethical approach can contribute to equity in access to health, social security, and social assistance, considering the vulnerabilities faced by this population. The hypothesis suggests that incorporating the principles of bioethics of protection favors the implementation of public policies and care practices that ensure greater equity and dignity for elderly trans people, mitigating the effects of discrimination and social marginalization. The general objective is to analyze the potential of bioethics of protection as an instrument to promote the quality of life and rights of this population. To this end, we seek to understand this bioethical framework in the valorization of human dignity, identify the main challenges faced by elderly trans people, and demonstrate the contribution of bioethics of protection to the aging of the trans population. The methodology adopted

¹ Mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDIR/UFMA). Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão - UEMA. Advogada Previdenciarista. Professora de Direito na Universidade Estadual do Maranhão - UEMA Campus Bacabal - MA. E-mail: anapaulanoletto11@hotmail.com

² Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão - UEMA. Delegado de Polícia Civil do Estado do Maranhão. Contato: dpcwashingtonluiz@gmail.com

has an inductive approach, a descriptive legal procedure method, and research techniques such as bibliographic review on trans aging, bioethics of protection and public policies, and documentary analysis of reports and dossiers on human rights and elderly trans people. In this way, we intend to contribute with substrate for the development of future strategies that promote a more dignified and equitable aging for this population.

Keywords: Social Security Law; Transsexuality; Gender Identity.

1. INTRODUÇÃO

O direito previdenciário tem como finalidade garantir proteção social aos cidadãos por meio de benefícios que assegurem sua dignidade em situações de vulnerabilidade. No contexto da transexualidade, surgem desafios relacionados ao reconhecimento da identidade de gênero nas normativas previdenciárias, o que impacta diretamente o acesso a direitos e garantias. A inclusão de pessoas trans no sistema previdenciário exige a análise das legislações vigentes, dos princípios fundamentais e das barreiras enfrentadas na efetivação de seus direitos.

A presente pesquisa tem como foco a análise da relação entre o direito previdenciário e a transexualidade no Brasil, com atenção especial ao modo como o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) tem reconhecido a identidade de gênero de pessoas transexuais no processo de concessão de benefícios. Trata-se de uma abordagem que visa compreender os limites e possibilidades legais e institucionais dentro do sistema previdenciário, considerando os direitos assegurados às pessoas trans.

A relevância do tema se justifica pela persistência de desigualdades no acesso aos direitos previdenciários por parte da população transexual, mesmo diante de avanços legais e normativos. A ausência de procedimentos administrativos padronizados e a falta de preparo institucional refletem um cenário de exclusão que demanda investigação. A discussão insere-se no campo da seguridade social, contribuindo para o debate acadêmico e para a formulação de políticas públicas mais inclusivas.

Diante desse contexto, formula-se o seguinte problema de pesquisa: de que modo o sistema previdenciário brasileiro tem reconhecido e efetivado os direitos das pessoas transexuais no que se refere à identidade de gênero para fins de acesso aos benefícios previdenciários? Essa indagação orienta a análise crítica do arcabouço normativo e da prática institucional no âmbito do INSS.

Parte-se da hipótese de que, embora existam mecanismos jurídicos que possibilitem o reconhecimento da identidade de gênero autodeclarada, ainda persistem barreiras institucionais e administrativas que limitam o acesso equitativo das pessoas trans aos direitos previdenciários. Essas limitações podem decorrer da falta de normatização interna, da ausência de formação específica dos servidores e da resistência sociocultural à efetivação de tais direitos.

O objetivo geral desta pesquisa é analisar de que maneira o direito previdenciário reconhece a identidade de gênero das pessoas transexuais e identificar os principais desafios enfrentados na obtenção de benefícios junto ao INSS.

Com vistas à concretização do objetivo geral, estabelecem-se os seguintes objetivos específicos: (i) definir conceitos fundamentais do direito previdenciário e sobre identidade de gênero; (ii) investigar a evolução normativa referente ao reconhecimento da identidade de gênero no sistema previdenciário brasileiro e (iii) identificar os principais entraves administrativos enfrentados por pessoas trans no processo de requerimento de benefícios.

A metodologia adotada é qualitativa, com abordagem descritiva e exploratória, utilizando o método indutivo. A pesquisa será desenvolvida com base em revisão bibliográfica e documental, contemplando legislações, portarias, pareceres técnicos, decisões judiciais e literatura científica pertinente ao tema. A análise será fundamentada na hermenêutica jurídica, visando interpretar os instrumentos normativos à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação.

2. CONCEITOS FUNDAMENTAIS DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO E IDENTIDADE DE GÊNERO

O Direito Previdenciário, enquanto ramo da Seguridade Social, tem como finalidade assegurar proteção ao cidadão diante de contingências sociais que comprometem sua subsistência, por meio de prestações como aposentadorias, pensões e auxílios. Esse ramo do direito fundamenta-se nos princípios constitucionais da universalidade da cobertura, da equidade na forma de custeio e da uniformidade e equivalência dos benefícios entre as populações urbanas e rurais, conforme disposto no artigo 194 da Constituição Federal de 1988. Tais princípios formam a base de um sistema que, embora pensado para todos, deve estar atento às especificidades que compõem a diversidade social brasileira.

Amado (2023, p. 56) observa que o Direito Previdenciário é instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, devendo promover a justiça social e combater desigualdades históricas que afetam grupos vulnerabilizados. A sua função redistributiva torna-se ainda mais evidente ao se analisar a condição de grupos socialmente marginalizados, como a população trans, que enfrenta barreiras institucionais, econômicas e culturais no acesso às políticas públicas, incluindo as de seguridade social. Dessa forma, a atuação do sistema previdenciário precisa ir além de um caráter formalista, acolhendo as múltiplas identidades sociais em sua integralidade.

A identidade de gênero é compreendida como a percepção individual sobre si mesmo, podendo ou não coincidir com o sexo atribuído ao nascimento. Butler (2015, p. 33) destaca que o gênero não é um dado biológico, mas uma construção social performativa, reiterada por meio de práticas cotidianas. Esta concepção desconstrói a ideia essencialista de que gênero é fixo ou natural, propondo uma abordagem dinâmica e relacional. Nesse sentido, a compreensão jurídica do sujeito de direitos deve reconhecer as diversas formas de manifestação da identidade, sob pena de reproduzir exclusões sistemáticas.

A dissociação entre identidade de gênero e sexo biológico desafia normas jurídicas que ainda operam com base em modelos binários. Letícia Lanz (2017, p. 48) reforça que as vivências trans não podem ser condicionadas a laudos médicos ou cirurgias, pois dizem respeito à subjetividade e à autodeterminação. O reconhecimento legal da identidade de gênero, portanto, exige que o Estado respeite a declaração individual como suficiente para fins civis, administrativos e previdenciários, sem interposição de barreiras que reproduzam estigmas médicos e morais.

A ausência de reconhecimento da identidade de gênero no sistema previdenciário tem gerado entraves ao exercício de direitos fundamentais. Gonçalves Júnior (2018, p. 18) aponta que a exclusão de pessoas trans dos sistemas oficiais é expressão institucionalizada da marginalização social. Essa exclusão não se limita à omissão normativa, mas se traduz em práticas cotidianas que negam a essas pessoas o direito à documentação adequada, ao tratamento digno nas agências do INSS e à possibilidade de requerer benefícios em condições de igualdade com as demais pessoas.



A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 4.275 estabeleceu que a alteração do nome e do gênero nos registros civis deve ser permitida sem exigência de cirurgia, em respeito à dignidade da pessoa humana. Essa decisão impacta diretamente na interpretação normativa no âmbito previdenciário, pois determina que os órgãos públicos devem respeitar a identidade de gênero autodeclarada. No entanto, a aplicação prática da decisão ainda encontra resistências e lacunas na regulamentação, exigindo um esforço de adaptação institucional que ultrapassa a mera mudança de formulários ou cadastros.

No entanto, a estrutura administrativa do INSS ainda carece de normativas específicas sobre identidade de gênero. Conforme destaca Silva (2024, p. 12), essa lacuna contribui para a judicialização de demandas e a insegurança jurídica no atendimento de pessoas trans. A ausência de diretrizes claras provoca uma atuação discricionária por parte dos servidores, o que pode resultar em indeferimentos arbitrários ou exigências desproporcionais. Tal cenário demonstra a urgência de se instituir uma política interna que assegure o respeito à identidade de gênero em todos os procedimentos administrativos.

A ausência de regulamentação específica também compromete a efetividade do princípio da isonomia, já que o acesso a benefícios pode variar conforme a interpretação individual dos servidores públicos. Amado (2023, p. 274) salienta que a administração previdenciária deve pautar-se pela legalidade, eficiência e igualdade material. Assim, cabe ao Estado não apenas garantir o acesso formal aos direitos previdenciários, mas também desenvolver práticas que assegurem condições reais de exercício desses direitos, levando em consideração as desigualdades estruturais enfrentadas pela população trans.

A aplicação uniforme dos critérios previdenciários exige reconhecimento administrativo da identidade de gênero autodeclarada. Esse reconhecimento é essencial para a concessão de benefícios que possuem requisitos diferenciados por gênero, como a aposentadoria por idade. Caso não haja esse reconhecimento, a pessoa trans pode ser compelida a cumprir requisitos incompatíveis com sua identidade, o que configura uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana. O respeito à identidade de gênero, portanto, deve ser entendido como condição para o pleno exercício da cidadania previdenciária.

A inclusão de pessoas trans no sistema previdenciário depende de políticas públicas que promovam capacitação dos servidores, revisão dos sistemas de cadastro

e emissão de orientações normativas internas. Butler (2015, p. 35) alerta para os efeitos sociais da negação institucional da identidade, que reforça desigualdades e vulnerabilidades. Dessa forma, políticas de inclusão devem ser acompanhadas por estratégias de educação institucional e sensibilização, para que o aparato estatal não reproduza as violências simbólicas e materiais que essas pessoas enfrentam em outras esferas da vida social.

Lanz (2017, p. 53) observa que o Estado possui papel ativo na construção de cidadania, sendo seu dever criar condições para que pessoas trans tenham acesso pleno a direitos sociais, sem discriminação ou constrangimento institucional. Isso significa reconhecer que a igualdade formal é insuficiente diante das múltiplas formas de exclusão e exigir medidas concretas para garantir a equidade. A atuação estatal deve ser orientada por princípios de justiça redistributiva e reconhecimento das diferenças, como forma de reparação das injustiças históricas sofridas por essa população.

Além do reconhecimento da identidade de gênero, é fundamental assegurar o sigilo e a privacidade das informações pessoais nos sistemas previdenciários. Gonçalves Júnior (2018, p. 21) afirma que a exposição compulsória da condição trans pode gerar revitimização, especialmente em ambientes burocráticos e insensíveis à diversidade. A proteção de dados sensíveis é uma condição essencial para a segurança e a dignidade das pessoas trans, sendo necessário que o sistema previdenciário se adeque à Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) e adote protocolos de confidencialidade compatíveis com a complexidade dessa demanda.

A adequação dos registros do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) para refletir a identidade de gênero autodeclarada é essencial para garantir o acesso igualitário aos benefícios previdenciários. Em 2023, a Defensoria Pública da União (DPU) recomendou que a autarquia realizasse o cadastramento de pessoas trans de acordo com sua identidade de gênero, com base nos documentos civis apresentados. Essa recomendação surgiu após relatos de que o INSS mantinha o gênero masculino nos cadastros de uma mulher trans, mesmo após a retificação de seus documentos oficiais para o gênero feminino. Tal prática evidencia a necessidade da instituição adotar medidas que assegurem o respeito à identidade de gênero dos segurados, evitando discriminações e garantindo a conformidade com os princípios constitucionais de igualdade e dignidade da pessoa humana.

A implementação do uso do nome social nos formulários do Instituto (INSS) representa um avanço significativo no reconhecimento dos direitos das pessoas trans e travestis. A Portaria MPS nº 1.945, publicada em junho de 2023, determinou que os formulários de cadastramento do Ministério da Previdência Social incluam o campo "nome social" em destaque, acima do nome civil, como forma de coibir atos discriminatórios. Além disso, os servidores foram orientados a tratar as pessoas pelo pronome indicado por elas. Essa medida visa promover um ambiente mais inclusivo e respeitoso, alinhado com as diretrizes de direitos humanos e com a promoção da igualdade de oportunidades no acesso aos serviços previdenciários.

A ausência de regulamentação específica para a concessão de benefícios previdenciários a pessoas transgênero evidencia a necessidade de uma abordagem jurídica que respeite a identidade de gênero autodeclarada. Marchiori (2019, p. 2) argumenta que a concessão de benefícios deve ocorrer em conformidade com a identidade de gênero, mediante retificação registral, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização ou apresentação de laudos médicos. Essa perspectiva reforça a importância de políticas públicas que reconheçam e respeitem a autodeterminação das pessoas trans, assegurando-lhes igualdade de acesso e tratamento no âmbito da previdência social.

3. TRANSEXUALIDADE E OS DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS NO BRASIL: PRINCÍPIOS E NORMATIVAS

Butler (2015, p. 33) analisa que o gênero é uma construção social performativa, resultado de repetidas práticas e normas culturais que determinam os comportamentos esperados. Essa compreensão é essencial para o campo jurídico, especialmente quando se pensa na identidade de gênero como um fator de reconhecimento civil. O sistema previdenciário, ao manter registros binários e normativas baseadas no sexo atribuído ao nascimento, pode reproduzir exclusões e impedir o acesso igualitário a benefícios como aposentadorias e pensões. Assim, a aplicação dos princípios previdenciários requer uma interpretação inclusiva, capaz de acolher a pluralidade identitária.

Amado (2023, p. 274) ressalta que a atuação da administração previdenciária deve se pautar pela legalidade, pela eficiência e pela promoção da igualdade material. Isso significa que o Estado não deve apenas garantir o acesso formal aos direitos, mas também criar condições reais para que esses direitos possam ser exercidos por

todas as pessoas, independentemente de sua identidade de gênero. Para tanto, é necessário estabelecer protocolos administrativos que reconheçam o nome e o gênero autodeclarado nos sistemas internos, como forma de eliminar entraves burocráticos e situações de constrangimento.

A jurisprudência do STF na ADI 4.275 estabeleceu que a alteração do nome e do gênero nos registros civis pode ser realizada sem a necessidade de cirurgia de redesignação sexual. Essa decisão, fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, tem repercussão direta sobre a forma como os órgãos previdenciários devem tratar a identidade de gênero. No entanto, na prática, ainda se observam lacunas normativas e resistências administrativas que dificultam a efetivação desse direito em ambientes como o INSS.

Lanz (2017, p. 48) defende que a identidade trans não deve estar condicionada a diagnósticos médicos ou tratamentos hormonais, uma vez que se trata de um direito à autodeterminação. A imposição de critérios biomédicos para o reconhecimento da identidade de gênero configura um entrave institucional que viola os princípios da igualdade e da dignidade. No âmbito previdenciário, isso se reflete na exigência indevida de documentação médica para concessão de benefícios com base no gênero autodeclarado, o que compromete a legalidade e a isonomia do sistema.

A ausência de normativas internas claras sobre o reconhecimento da identidade de gênero nos processos previdenciários gera um cenário de insegurança jurídica. Conforme Silva (2024, p. 12), a ausência de diretrizes específicas no INSS faz com que os servidores adotem procedimentos distintos, muitas vezes baseados em interpretações subjetivas da legislação. Isso reforça desigualdades e torna o acesso a direitos uma experiência instável e marcada por arbitrariedades.

Medidas afirmativas no campo previdenciário também exigem a produção de dados estatísticos desagregados por identidade de gênero. Segundo Marchiori (2020, p. 115), a ausência de dados sobre a população trans impede a formulação de políticas públicas efetivas, além de dificultar a análise das desigualdades existentes. A implementação de sistemas de monitoramento com recorte de gênero é fundamental para construir um modelo de seguridade mais inclusivo e transparente.

A literatura especializada aponta a necessidade de uma regulamentação normativa específica para a questão trans na previdência. Marchiori (2020, p. 119) propõe que os sistemas previdenciários incorporem dispositivos que garantam o reconhecimento da identidade de gênero autodeclarada em todos os procedimentos

administrativos. Essa proposta encontra respaldo nos princípios constitucionais da dignidade, da igualdade e da não discriminação, e deve orientar a atuação do Estado na promoção da justiça social.

De acordo com os autores, é possível identificar que a ausência de legislação previdenciária específica para pessoas transgênero no Brasil acarreta dificuldades práticas no acesso aos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Tal lacuna compromete o princípio da segurança jurídica, uma vez que obriga os segurados trans a recorrerem constantemente ao Judiciário para garantir direitos que deveriam estar assegurados por normativas administrativas claras (Melo Neto; Souza; Hovarth Júnior, 2023, p. 5).

Estes autores destacam ainda, que um dos principais entraves enfrentados é a discrepância entre o nome civil anterior e o nome social nos cadastros do INSS, o que gera constrangimentos e indeferimentos indevidos de benefícios. Além disso, a ausência de padronização no atendimento aos segurados trans permite decisões arbitrárias por parte dos servidores, contrariando o princípio da legalidade administrativa (Melo Neto; Souza; Hovarth Júnior, 2023, p. 7). Essa realidade evidencia a necessidade de políticas públicas afirmativas que assegurem o tratamento equitativo no sistema previdenciário.

O estudo também aponta que, apesar dos avanços jurisprudenciais, como a decisão do STF na ADI 4.275, a efetividade desses direitos depende de regulamentações concretas que orientem a atuação do INSS. Os autores defendem a adoção de medidas administrativas específicas, como a criação de manuais internos sobre identidade de gênero, treinamentos de pessoal e a atualização dos sistemas de cadastro, como caminhos possíveis para garantir a inclusão previdenciária plena da população transgênero (Melo Neto; Souza; Hovarth Júnior, 2023, p. 9).

4. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E O RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE DE GÊNERO NO INSS

A Previdência Social brasileira, historicamente estruturada em um modelo binário de gênero, estabelece critérios diferenciados para a concessão de benefícios, como aposentadoria por idade e tempo de contribuição, baseados no sexo biológico dos segurados. Essa configuração tem gerado desafios significativos para pessoas transgêneras, que frequentemente enfrentam obstáculos no reconhecimento de sua identidade de gênero pelo INSS. A ausência de normativas específicas que orientem



o atendimento adequado a essa população contribui para a insegurança jurídica e dificulta o acesso igualitário aos direitos previdenciários.

Em resposta a essa lacuna, o STF, por meio da ADI já mencionada, reconheceu o direito de pessoas transgênero alterarem seu prenome e gênero nos registros civis sem a necessidade de procedimentos cirúrgicos ou laudos médicos, fundamentando-se no princípio da dignidade da pessoa humana e no livre desenvolvimento da personalidade. Essa decisão estabeleceu um precedente importante para o reconhecimento da identidade de gênero em diversas esferas, incluindo a previdenciária.

Apesar desse avanço jurídico, a implementação prática no âmbito do INSS ainda apresenta desafios. Embora o instituto tenha formalizado a inclusão do nome social em seus cadastros e formulários, visando coibir atos discriminatórios e promover o respeito à identidade de gênero dos segurados, a falta de regulamentação específica sobre a idade elegível para aposentadoria conforme a identidade de gênero persiste. Essa omissão evidencia a necessidade de ações afirmativas integradas entre as diversas esferas governamentais para assegurar o pleno acesso das pessoas transgênero aos benefícios previdenciários.

Casos concretos ilustram os desafios enfrentados por pessoas trans no acesso a benefícios previdenciários. Em maio de 2024, a 3ª Turma Recursal da Justiça Federal do Ceará reconheceu o direito de uma mulher trans se aposentar como professora, aplicando as regras de aposentadoria para pessoas do sexo feminino durante todo o período trabalhado. O INSS argumentava que as regras para a aposentadoria de mulheres não poderiam incidir sobre todo o período trabalhado pela autora porque ela só fez a mudança de gênero no registro civil em 2020. No entanto, a Turma Recursal entendeu que o regramento deve disciplinar todo o tempo trabalhado, independentemente da data de alteração do gênero no registro civil, reconhecendo o direito fundamental de autoidentificação de gênero.

Outro caso relevante ocorreu em agosto de 2024, quando a 10ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) determinou que o INSS concedesse aposentadoria por idade a uma segurada transgênera, considerando o gênero feminino retificado judicialmente. O tribunal considerou irrazoável e desproporcional o ato do INSS que indeferiu o benefício desconsiderando a retificação de gênero já reconhecida judicialmente, estabelecendo que o gênero a ser considerado para fins

previdenciários é aquele que consta na certidão de nascimento no momento do requerimento da aposentadoria.

Além das aposentadorias, o reconhecimento da identidade de gênero impacta outros benefícios previdenciários, como a pensão por morte. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral de um recurso que discute a concessão de pensão previdenciária para filha solteira transexual, indicando a importância da matéria e sua transcendência aos interesses das partes envolvidas. Essa discussão envolve os efeitos do ato de alteração de registro civil sobre direitos da personalidade e o acesso a direitos sociais.

No âmbito administrativo, medidas têm sido adotadas para promover o respeito à identidade de gênero. Em junho de 2023, o INSS publicou a Portaria MPS 1.945, determinando a inclusão do nome social nos formulários de cadastramento, com o campo de nome social inserido acima do nome civil, em destaque, como forma de coibir atos discriminatórios. Essa medida visa assegurar que transexuais, travestis e outras pessoas que tenham sua identidade de gênero não reconhecida em diferentes espaços sociais possam utilizar o nome social nos procedimentos junto ao INSS.

Além disso, acordos têm sido firmados para ampliar o reconhecimento da identidade de gênero em documentos oficiais. Em agosto de 2020, a Advocacia-Geral da União (AGU) intermediou um acordo que possibilita a inclusão do nome social de pessoas travestis e transexuais na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS). A medida, implementada em até 180 dias, visou estender o direito ao uso do nome social em todo o território nacional, refletindo o compromisso com a promoção da igualdade e do respeito à identidade de gênero.

Em suma, embora tenham sido registrados avanços significativos no reconhecimento da identidade de gênero no âmbito dos benefícios previdenciários, a ausência de regulamentação específica ainda compromete a efetividade dos direitos das pessoas transgêneras no Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Como observa Oliveira, Almeida e Valle (2024, p. 9), o INSS ainda opera com bases normativas que não refletem a pluralidade de identidades, o que resulta em interpretações subjetivas e muitas vezes excludentes por parte da administração pública. Essa realidade impõe ao Estado brasileiro a obrigação de adequar suas práticas administrativas à jurisprudência e aos princípios constitucionais da igualdade e dignidade da pessoa humana.

Silva (2024, p. 14) reforça que o silêncio normativo por parte do Poder Executivo tem forçado o Poder Judiciário a assumir papel protagonista na garantia dos direitos das pessoas trans, o que, embora necessário, revela um desequilíbrio institucional. O autor argumenta que a omissão legislativa compromete a previsibilidade e a segurança jurídica, elementos essenciais para um sistema de proteção social eficaz. Dessa forma, a edição de normas específicas, com critérios objetivos e baseados na identidade de gênero autodeclarada, é medida indispensável para corrigir distorções históricas e assegurar a universalidade da cobertura previdenciária.

Como apontam Melo Neto, Souza e Hovarth Júnior (2023, p. 4), a falta de regulamentação do INSS sobre a aposentadoria com base no gênero retificado impõe às pessoas transgênero uma condição de vulnerabilidade jurídica. Os autores defendem que a criação de normativas claras é o caminho mais seguro para garantir o direito à previdência social sem que essas pessoas precisem recorrer constantemente ao Judiciário. Apenas com a adoção de políticas inclusivas e com a efetiva aplicação das decisões judiciais já proferidas será possível garantir o tratamento equânime e respeitoso que a Constituição exige.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa evidenciou que, embora existam importantes avanços jurídicos no reconhecimento da identidade de gênero, especialmente com decisões do Supremo Tribunal Federal, a concretização desses direitos no âmbito do Direito Previdenciário permanece limitada. A ausência de normativas específicas que orientem o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) no atendimento à população transgênero resulta em insegurança jurídica e desigualdade no acesso aos benefícios.

Foi possível observar que o sistema previdenciário ainda se estrutura com base em critérios binários de sexo, o que desconsidera a vivência e a identidade de pessoas trans. Questões como o tempo de contribuição e a idade mínima para aposentadoria, que são fixadas com base no sexo registrado ao nascimento, acabam por excluir ou dificultar o acesso dessa população a direitos constitucionalmente assegurados. A omissão administrativa, portanto, revela-se incompatível com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Casos concretos analisados demonstram a necessidade de intervenção do Judiciário para garantir o reconhecimento da identidade de gênero no momento da



concessão de benefícios previdenciários. Isso reforça a urgência de ações afirmativas por parte do Poder Executivo, especialmente no que tange à edição de regulamentos internos e à capacitação dos servidores que atuam no atendimento e análise de requerimentos no INSS.

Além disso, constata-se a importância da implementação de mecanismos que assegurem o uso do nome social e o respeito à identidade de gênero em todos os procedimentos administrativos. Medidas como a Portaria MPS nº 1.945/2023 representam avanços significativos, mas ainda insuficientes diante da complexidade das demandas enfrentadas por pessoas trans no sistema de seguridade social.

Os dados analisados demonstram que a inclusão de pessoas trans no sistema previdenciário exige mais do que o reconhecimento formal: demanda políticas públicas voltadas à capacitação dos servidores, à uniformização dos procedimentos administrativos e à produção de dados desagregados por identidade de gênero. É necessário que o INSS adote uma postura ativa na superação das barreiras institucionais ainda vigentes, ajustando suas práticas à legislação vigente e aos princípios constitucionais da dignidade, igualdade e não discriminação.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU). **Inclusão de nome social em carteira de trabalho será adotada em todo o país após acordo com a AGU**. Gov.br, Brasília, 27 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/noticias/2020/08/inclusao-de-nome-social-em-carteira-de-trabalho-sera-adotada-em-todo-o-pais-apos-acordo-com-a-agu>>. Acesso em: 5 abr. 2025.

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 abr. 2025.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Trans e travestis poderão usar nome social em formulários do INSS**. 2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/inss/pt-br/noticias/trans-e-travestis-poderao-usar-nome-social-em-formularios-do-inss>>. Acesso em: 5 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=631003>>. Acesso em: 5 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF reconhece repercussão geral de caso sobre pensão para filha trans de militar**. Consultor Jurídico, São Paulo, 17 abr. 2024. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2024-abr-17/stf-reconhece-repercussao-geral-de-caso-sobre-pensao-para-filha-trans-de-militar/>>. Acesso em: 5 abr. 2025.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero: Feminismo e Subversão da Identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CEARÁ. Justiça Federal do Ceará. **Justiça Federal reconhece direito de mulher trans à aposentadoria feminina**. JFCE, Fortaleza, 23 maio 2024. Disponível em: <<https://www.jfce.jus.br/justica-federal-reconhece-direito-de-mulher-trans-a-aposentadoria-feminina/>>. Acesso em: 5 abr. 2025.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (DPU). **DPU recomenda ao INSS para cadastrar pessoas trans de acordo com a identidade de gênero**. Disponível em: <<https://direitoshumanos.dpu.def.br/dpu-recomenda-ao-inss-para-cadastrar-pessoas-trans-de-acordo-com-a-identidade-de-genero/>>. Acesso em: 5 abr. 2025.

GONÇALVES JR, Sara Wagner Pimenta. Morte Anunciada: Reflexões de uma mulher travesti sobre o assassinato de Dandada. In: JESUS, Danie Marcelo de; et al. **Corpos transgressores: Políticas de resistências**. Campinas: Pontes, 2018. p. 17-23.



INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS). **Trans e travestis poderão usar nome social em formulários do INSS**. Gov.br, Brasília, 7 jun. 2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/inss/pt-br/noticias/trans-e-travestis-poderao-usar-nome-social-em-formularios-do-inss>>. Acesso em: 5 abr. 2025.

LANZ, Letícia. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2017.

MARCHIORI, Flávia. **Transexualidade e Previdência Social**: análise da ausência de regulamentação na concessão de benefícios previdenciários. Universidade Federal do Paraná, 2019. p. 2. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/handle/1884/67823>>. Acesso em: 5 abr. 2025.

MELO NETO, Francisco Fernandes de; SOUZA, Anderson Gustavo de; HOVARTH JÚNIOR, Emílio. Direitos previdenciários do RGPS para os transgêneros. **Revista Brasileira de Direito Social**, v. 15, n. 2, 2023. Disponível em: <<https://rbds.emnuvens.com.br/rbds/article/view/180>>. Acesso em: 5 abr. 2025.

OLIVEIRA, Amanda Sutil de; ALMEIDA, Luana Mirelly Pereira de; VALLE, Marcialina Fátima Leal do. O acesso dos transgêneros à Previdência Social: a falta de normatização específica no Regime Geral da Previdência Social. **Revista Real**, v. 1, n. 2, p. 1-15, 2024. Disponível em: <<https://revistas.icesp.br/index.php/Real/article/viewFile/6311/3912>>. Acesso em: 5 abr. 2025.

PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4). **Nova edição destaca concessão de aposentadoria por idade conforme gênero reconhecido por decisão judicial**. TRF4, Porto Alegre, 27 ago. 2024. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=28460>. Acesso em: 5 abr. 2025.

SILVA, Gescelio Soares da. A previdência de pessoas transgênero: o INSS e a ausência de regulamentação da idade elegível conforme a identidade de gênero. **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, v. 1, n. 2, p. 1-20, 2024. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/384535650>>. Acesso em: 5 abr. 2025.

**DE FISCAL DA LEGALIDADE A GUARDIÃO HERMENÊUTICO: A
RECONFIGURAÇÃO DO PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NA ANÁLISE DE
LEGALIDADE DE APOSENTADORIAS E PENSÕES APÓS A EC 103/2019**

FROM GUARDIAN OF LEGALITY TO HERMENEUTIC GUARDIAN: THE
RECONFIGURATION OF THE ROLE OF COURTS OF ACCOUNTS IN THE
ANALYSIS OF LEGALITY OF RETIREMENT AND PENSION BENEFITS AFTER
CONSTITUTIONAL AMENDMENT 103/2019

Gabriel Santos de Oliveira¹

Lorena de Melo Freitas²

Resumo: A Emenda Constitucional nº 103/2019, ao promover a desconstitucionalização das normas previdenciárias e transferir a competência legislativa para os entes subnacionais, gerou um cenário de complexidade e atecnia legislativa nos municípios, resultando na criação de antinomias jurídicas. Este artigo analisa como esse fenômeno reconfigurou a atuação dos Tribunais de Contas na análise da legalidade dos atos de aposentadoria e pensão, deslocando o cerne de sua atividade da mera subsunção para a solução prévia de conflitos normativos. o artigo examina a coerência do sistema e os critérios de solução de antinomias, por meio de um estudo de caso do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (TCE/PB). São analisados alertas de gestão e o julgamento do processo TC nº 08093/23 (caso Bayeux), em que se observou o conflito entre Lei Orgânica e Lei Complementar. Conclui-se que os Tribunais de Contas foram elevados da condição de fiscais da legalidade estrita para a de guardiões hermenêuticos indispensáveis à reconstrução da coerência do microssistema previdenciário.

Palavras-chaves: EC 103/2019; desconstitucionalização; antinomias; Tribunais de Contas; TCE/PB.

Abstract: Constitutional Amendment nº 103/2019, by promoting the desconstitucionalization of social security norms and transferring legislative competence to subnational entities, generated a scenario of complexity and legislative atecnia in municipalities, resulting in the creation of legal antinomies. This article analysis of the legality of retirement and pension acts, shifting the core of their activity from mere subsumption to the prior resolution of normative conflicts. Using a qualitative approach and Norberto Bobbio's Theory of the Legal System as a theoretical framework, the study examines the coherence of the system and the criteria for resolving antinomies. Through a case study of the Court of Accounts of the State of Paraíba (TCE/PB), management alerts and the judgment of case TC nº 08093/23 (Bayeux case), in which the conflict between the Municipal Organic Law and Complementary Law was observed, are analyzed. It is concluded that the Courts of Audit have been elevated from the condition of mere supervisors of strict legality to

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Estagiário do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. Monitor da disciplina de Direito Administrativo I.

² Professora Associada da Universidade Federal da Paraíba (Graduação, Mestrado e Doutorado). Lidera o grupo de pesquisa - CNPQ/DGP - "Realismo Jurídico".

that of indispensable hermeneutic guardians for the reconstruction of the coherence of the social security microsystem.

Keywords: EC 103/2019; Deconstitutionalization; Antinomies; Courts of Audit; TCE/PB.

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 103/2019, a qual promoveu a Reforma da Previdência, procedeu a profundas alterações na ordenação jurídica dos sistemas previdenciários dos servidores públicos estatutários dos entes subnacionais. A partir do fenômeno da desconstitucionalização, promovido pela inserção do art. 40, § 1º, III na Constituição Federal, a reforma transferiu deliberadamente a complexidade legislativa da esfera federal para a alçada dos estados e dos municípios. Esse procedimento, no entanto, pautou-se em um pressuposto falho acerca da capacidade institucional dos entes, o que fomentou um cenário de fragmentação, atecnia legislativa e insegurança jurídica.

Esse cenário criado pela EC nº 103/2019 fez emergir uma conjuntura propícia ao surgimento de antinomias jurídicas – situação marcada pela existência de duas normas de mesmo âmbito de validade, cujo conteúdo, no entanto, é dissonante, apresentando comandos incompatíveis entre si. Bobbio (1999) aponta ser a coerência um dos atributos do ordenamento jurídico, de modo que as antinomias constituiriam um problema que tanto dela decorre como a desafia. No caso do contexto promovido pela reforma, a criação do labirinto normativo resultante da transferência de competência para os estados e municípios, além de exigir uma remodelação no exercício de atribuições institucionais de órgãos da administração pública, ameaçou os direitos previdenciários de segurados de regimes próprios de previdência social.

É diante dessa nova feição que o papel dos tribunais de contas é fundamentalmente reconfigurado. A competência constitucional de apreciar a legalidade dos atos de concessão de aposentadorias e pensões (art. 71, III, CF), historicamente pautada num cenário de estabilidade normativa e exercida por subsunção – verificação da conformidade das condições do servidor aos requisitos exigidos pelo fundamento legal do ato concessório – mostra-se insuficiente. O emaranhado de regras conflitantes impõe um deslocamento no cerne da atividade de controle externo: verifica-se não mais somente a conformação do ato à norma que o regulamenta, mas, prévia e incidentalmente, qual norma aplicar.

Este artigo analisa, portanto, o seguinte problema de pesquisa: Como o fenômeno da desconstitucionalização, promovido pela EC nº 103/2019, reconfigurou a análise de legalidade dos atos de concessão de aposentadorias e pensões pelos Tribunais de Contas, exigindo um papel ativo na reconstrução da coerência, exercido por meio da solução prévia de antinomias?

Para responder a esta questão, o estudo utiliza uma abordagem qualitativa, hipotético-dedutiva, fundamentada em pesquisa bibliográfica e documental. Por meio de um estudo de caso focado no Tribunal de Contas da Paraíba (TCE/PB), analisando desde sua atuação proativa (alertas em processos de Acompanhamento de Gestão) até sua atuação judicante (processo TC nº 08093/23 - caso Bayeux), demonstra-se como o TC foi elevado da condição de mero fiscal da legalidade para a de indispensável guardião hermenêutico da coerência do microssistema previdenciário dos regimes próprios de previdência.

Para tanto, o presente estudo divide-se em três. Na primeira seção, busca-se analisar a Emenda Constitucional nº 103/2019, enfocando o fenômeno da desconstitucionalização como o causa da atecnia legislativa municipal, e, conseqüentemente, da criação de um terreno fértil ao surgimento de antinomias jurídicas. A segunda seção finca o marco teórico da pesquisa na Teoria do Ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio, analisando o atributo da coerência, o problema das antinomias e os critérios propostos pelo jurista para a solução desses conflitos normativos. Por fim, a terceira seção destina-se ao estudo de como a atribuição institucional dos tribunais de contas vem tendo o seu cerne deslocado, demonstrando, a partir da análise empírica do caso do município de Bayeux (Processo TC nº 08093/23), o papel ativo de reconstrução da coerência do ordenamento exigido dos TCs.

I. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019 E SUA RECEPÇÃO PELOS ENTES FEDERATIVOS

A atuação do Constituinte Derivado Reformador, no ano de 2019, resultou na promulgação da Emenda Constitucional nº 103, a qual promoveu uma ampla e profunda reforma no sistema de previdência social brasileiro. Os impactos produzidos pela reforma constitucional previdenciária abrangem tanto o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) quanto os Regimes Próprios de Previdência (RPPS),

sobre este último debruçar-nos-emos mais detalhadamente em virtude do recorte temático que aqui se analisa.

As razões para a realização de reformas previdenciárias, sejam elas ocorrendo a partir de emendas constitucionais, sejam a partir de alterações na legislação infraconstitucional, baseiam-se, via de regra, em dois argumentos centrais: o envelhecimento populacional e o déficit previdenciário. O primeiro decorre do aumento da expectativa de vida, resultado de uma série de fatores conjugados, como o avanço de pesquisas, o nível de desenvolvimento das sociedades, o atendimento às necessidades básicas pelos países, bem como as alterações nas relações de trabalho e na forma como se enxerga o trabalhador com o avançar dos anos. (Neta, 2018)

O segundo é reflexo do primeiro: à medida que se expande a expectativa de vida, a população economicamente ativa não mais é capaz de arcar com o pagamento de benefícios previdenciários de aposentados e pensionistas. Não à toa que o déficit previdenciário é uma das adversidades mais apontadas pelos regimes próprios de previdência dos mais variados entes federativos, os quais, não raramente, queixam-se das agruras concernentes à sustentabilidade financeira e atuarial dessas entidades, razão pela qual a Emenda Constitucional nº 103/2019, inserindo o § 22 no art. 40 da Constituição Federal, vedou a criação de novos RPPS pelos entes federativos:

§ 22. Vedada a instituição de novos regimes próprios de previdência social, lei complementar federal estabelecerá, para os que já existam, normas gerais de organização, de funcionamento e de responsabilidade em sua gestão, dispondo, entre outros aspectos, sobre: [...]

Nesse cenário de profundas modificações promovidas pela reforma previdenciária de 2019, a EC nº 103 procedeu a uma reformulação na ordenação jurídica - além do aspecto material, sob o enfoque formal - da previdência social dos servidores públicos brasileiros, especificamente, nesse caso, daqueles que formam os quadros de pessoal dos estados-membros e dos municípios: a desconstitucionalização.

Tradicionalmente, esse fenômeno é entendido como o caso de, quando estabelecida uma nova ordem jurídica, a partir da instauração de um constituinte originário, determinadas normas da Constituição derrocada continuam a vigorar, com seu *status* normativo, no entanto, rebaixado. Isto é, deslocam-se para patamares

inferiores do escalonamento normativo do ordenamento jurídico, de forma a perder o seu *status* constitucional para assumir a face de legislação comum.

Acerca disso, Alexandrino (2025) defende que o fenômeno da desconstitucionalização é percebido, a priori, no contexto de receptividade das normas de uma constituição anterior quando uma nova é promulgada.

Nesse sentido, aduz Moraes (2025): “Desconstitucionalização é nome técnico que se dá à manutenção em vigor, perante uma nova ordem jurídica, da Constituição anterior, que porém perde sua hierarquia constitucional para operar como legislação comum”. A partir disso, determinados dispositivos previstos na Constituição anterior não seriam revogados e extirpados do novo ordenamento jurídico estabelecido. As normas, em realidade, continuariam passíveis de aplicação, sob o caráter, todavia, infraconstitucional.

Importa mencionar que, à luz da Teoria da Desconstitucionalização, essa recepção normativa deve ocorrer de forma textualmente expressa, já que, conforme afirma Alexandrino (2025): “a promulgação de uma nova Constituição revoga integralmente a Constituição antiga, independentemente da compatibilidade entre os seus dispositivos”.

No caso em tela, a desconstitucionalização adquire um significado distinto, sob uma perspectiva mais contemporânea do termo: compreende-se o fenômeno da desconstitucionalização quando uma matéria específica, originalmente regulamentada por normas constitucionais, passa a ser regida no âmbito infraconstitucional. Trata-se, então, da definição do status da lei que regulamentará determinada matéria.

Sobre isso, Oliveira (2020) aduz:

Tem-se utilizado o vocábulo desconstitucionalização também para se referir ao fenômeno jurídico-político de degradação (ou descongelamento) de uma classe normativa, originalmente disposta na Constituição, mas cujo regramento é transferido ao domínio infraconstitucional. Por essa perspectiva, há desconstitucionalização quando um tema constitucional, por meio de emenda à Constituição, passa a ser normatizado por lei.

No caso da Emenda Constitucional nº 103/2019, é esse sentido mais moderno de desconstitucionalização que se observa: temáticas concernentes à matéria previdenciária - como a estipulação de requisitos para a concessão de determinado benefício - deslocam-se da Constituição para leis complementares. Modesto (2020)

defende que, no caso da EC 103, observa-se uma dupla desconstitucionalização, uma vez que, no âmbito dos entes federativos subnacionais, o deslocamento matéria previdenciária, originalmente disciplinada no texto constitucional federal, foi deslocado para o âmbito da legislação ordinária e complementar.

Esclarecendo o teor da reforma, assim evidenciou o Ministério da Previdência Social:

o novo sistema constitucional previdenciário do servidor difere substancialmente daquele estabelecido pela Constituição Federal de 1988 e pelas Emendas 20, de 1998, 41 de 2003 e 47 de 2005, que estabeleciam regras uniformes para os RPPS de todos os entes da federação, que também era encontrada nas Constituições anteriores.

Tal processo incorre numa deliberada degradação hierárquica na tratativa de determinados temas: matérias antes sedimentadas no texto constitucional passam para o plano da legislação infraconstitucional, permitindo que sua regulamentação se dê por meio de leis complementares ou ordinárias. Essa transmutação normativa, ao contrário de simplificar, esvazia o papel garantidor da Constituição, que historicamente visava proteger os direitos previdenciários da volatilidade política por meio da rigidez de seu processo de alteração.

O efeito mais direto dessa sistemática normativa promovida pela EC nº 103 é a vulnerabilidade a que ficam suscetíveis os jurisdicionados. Certo é que essa reforma previdenciária promoveu uma significativa fragilização na segurança jurídica dos servidores públicos estaduais e municipais. Isso porque, com a reforma, a redação do art. 40, §1º, III, que prevê modalidade de aposentadoria voluntária, assim ficou:

III - no âmbito da União, aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na idade mínima estabelecida mediante emenda às respectivas Constituições e Leis Orgânicas, observados o tempo de contribuição e os demais requisitos estabelecidos em lei complementar do respectivo ente federativo.

Em síntese, aos entes estaduais e municipais da federação caberia a previsão dos requisitos de aposentadoria de seus próprios servidores, sendo a idade prevista em Emendas à Constituição Estadual para os primeiros, e em Emendas à Lei Orgânica para os segundos; os demais requisitos seriam regulamentados em leis complementares de cada ente respectivo.

A questão é que a rigidez do processo de emenda à Constituição (art. 60, CF) funciona como uma garantia de estabilidade - ao menos de maior estabilidade - para direitos de longo prazo, como são os previdenciários, que estruturam o planejamento de vida dos cidadãos.

Submeter esses direitos à maior volatilidade da legislação infraconstitucional significa expor os servidores públicos a um cenário de instabilidade e imprevisibilidade, em que regras de aposentadoria podem ser alteradas à deriva das conveniências políticas e das crises fiscais de cada gestão.

A instabilidade jurídica resultante acaba por promover um desgaste ao planejamento individual e coletivo, de modo a promover um espaço de proteção ineficiente, desafiando, inclusive, o princípio constitucional da vedação ao retrocesso social. Embora não expresso textualmente nas normas constitucionais, tal princípio pode ser extraído do sistema protetivo dos direitos fundamentais (Pietro, 2025), o qual impede que o constituinte derivado aniquile, anule ou revogue o núcleo essencial de direitos sociais já concretizados, sem que crie mecanismos alternativos ou compensatórios.

Apesar de o escopo de reformas constitucionais ser, de fato, a alteração significativa de estruturas sedimentadas, defendemos que a EC nº 103 não promoveu vias alternativas capazes de garantir, simultaneamente, a sustentabilidade financeira do sistema previdenciário e a manutenção de um nível adequado de proteção social aos seus segurados.

Outra questão de relevância, que impacta mais significativamente o problema aqui analisado é o fato de a EC nº 103/2019 haver instituído um verdadeiro labirinto normativo, cujo caminho se tornou um grande desafio enfrentado pelos gestores e legisladores municipais.

Ao exigir que os municípios estipulassem os requisitos de aposentadoria de seus servidores por emenda à lei orgânica (idade mínima) e por lei complementar (demais requisitos), o constituinte derivado adjudicou aos parlamentares municipais uma taxonomia de normas, cuja arquitetura normativa não representou um ato de simplificação - intento originário -, mas promoveu como externalidade negativa uma deliberada transferência de complexidade.

Os parlamentares federais abdicaram da tarefa de uniformização das regras em nível nacional - como era anteriormente -, delegando aos mais de 2000 municípios com Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) não somente a decisão política,

mas também a técnica jurídica necessária à implementação e recepção da reforma pelo municípios.

A delegação massiva aos entes federativos subnacionais não considerou a heterogeneidade da capacidade institucional municipal ao partir do pressuposto de que todos os municípios teriam um nível de preparo técnico suficiente à recepção da emenda, o que não refletiu a realidade prática observada.

A “atecnia” legislativa reflexo da nova sistemática previdenciária não significa falhas pontuais e locais; representa, em verdade, um efeito estrutural e previsível do próprio desenho promovido pela reforma, o que reverteu na ocorrência de erros, omissões e, conseqüentemente, de antinomias.

Corroborando a tese da insuficiente capacidade institucional, um estudo sobre a atuação legislativa na previdência municipal demonstrou que a maior parte dos vereadores, tanto em municípios que possuem Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) quanto naqueles que não o possuem, desconhece as informações básicas relativas à constituição de um regime próprio de previdência. Tal desconhecimento representa um obstáculo direto à boa governança do sistema, potencializando os riscos fiscais e de gestão transferidos pela reforma (Lima; Tolentino; Santos, 2020).

O mesmo estudo apontou que a maioria dos parlamentares depende quase que exclusivamente de seus assessores de gabinete, que nem sempre possuem a qualificação necessária para lidar com um tema tão específico: “Sobre o apoio obtido pelos 407 vereadores atuantes em municípios que já possuem RPPS, 181 parlamentares disseram que contam, apenas, com a ajuda de seus próprios assessores para tomar decisões em relação à previdência municipal no dia a dia.”

É nesse contexto de incertezas e de complexidade normativa que se evidencia a essencialidade do papel dos Tribunais de Contas. Diante de um emaranhado de regras previdenciárias díspares e, por vezes, contraditórias, essas Cortes são chamadas a atuar como garantidoras da legalidade, dado o papel institucional a elas atribuído pelo art. 71, III da Constituição Federal - o qual é, pelo princípio da simetria, previsto de igual modo nas constituições estaduais -, e como garantes da coerência do sistema.

O cenário de fragmentação legislativa, nesse sentido, cria uma disfunção no ordenamento - a configuração de antinomias - cuja solução é necessária para que direitos fundamentais, como o direito à aposentadoria, não reste inviabilizado pela insegurança jurídica. Quando normas de diferentes níveis de hierarquia e âmbitos de

validade coincidentes colidem, a segurança jurídica é comprometida e a própria racionalidade do sistema é colocada em xeque.

Para a compreensão da natureza jurídica dos problemas e os instrumentais necessários à sua superação, faz-se imprescindível recorrer à Teoria do Ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio, cujos postulados referentes à coerência e às antinomias serão explorados a seguir.

II. A COERÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO E O PROBLEMA DAS ANTINOMIAS

O Direito, enquanto realidade ordenada, necessita de determinados mecanismos para que se efetive. O instrumento que possibilita a organização e a efetivação do Direito é o ordenamento jurídico, o qual se concebe enquanto um sistema de normas jurídicas articuladas, afirmação da qual se pode extrair que as normas se relacionam umas com as outras. Essa concepção sistemática do ordenamento foi destacada por Norberto Bobbio, em sua Teoria do Ordenamento Jurídico, em que apontou três atributos essenciais ao ordenamento jurídico: a unidade, a coerência e a completude.

O reconhecimento desses atributos decorre da percepção por Bobbio (1999) de que, para além da condição de totalidade ordenada, o que concebe o caráter sistemático ao ordenamento, os elementos que o constituem não se relacionam apenas com o todo, mas estabelecem relações particulares entre si.

A afirmação do autor de que “as regras jurídicas constituem sempre uma totalidade, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem” (Bobbio, 1999) é reflexo de que as normas que compõem o sistema não existem isoladamente, mas mantêm entre si uma relação de coerência, sem a qual não seria possível o funcionamento do sistema.

Nessa perspectiva, Bobbio sustenta que o ordenamento jurídico não se limita a disciplinar o comportamento dos indivíduos - o que caracteriza sua dimensão de realidade ordenada -, mas também estabelece os procedimentos pelos quais as próprias normas são criadas. Com isso, revela-se uma dimensão interna do sistema jurídico, marcada pela normatização de sua própria produção, o que assegura a coerência estrutural e a continuidade do sistema.

Ao constatar a existência de atributos que estruturam e viabilizam o funcionamento da ordenação jurídica, Bobbio traça as linhas em que se pode observar

cada um deles, além de reconhecer os problemas que deles decorrem. Assim, a cada uma dessas qualidades fundamentais do sistema — unidade, coerência e completude — corresponde uma correlata problemática específica a ser enfrentada no âmbito jurídico.

Acerca disso, Bobbio argumenta que, ao investigar se as normas jurídicas constituem uma unidade e de que maneira isso ocorre, é necessário compreender se e como se estabelece uma hierarquia entre elas dentro de um ordenamento jurídico. Além da unidade, ele sustenta que o ordenamento se concebe com um sistema coerente de normas, cuja problemática decorrente desse pressuposto reside nas antinomias jurídicas

Por fim, o autor destaca a completude como atributo essencial do sistema jurídico, ressaltando, contudo, o problema das lacunas normativas, que surgem quando não há uma norma específica para regular determinada situação, exigindo a aplicação de mecanismos interpretativos e integrativos para suprir tais omissões.

Entre esses atributos, a coerência assume papel central para a compreensão da resposta jurídica diante de conflitos normativos, como ocorre, por exemplo, no atual cenário de recepção da Emenda Constitucional nº 103/2019 pelos entes federativos. A EC nº 103, ao reformar o sistema de previdência e estabelecer novas diretrizes para aposentadorias e pensões, gerou desafios concretos à coerência do ordenamento, especialmente quando os entes da federação produzem diferentes normas estabelecendo critérios de aposentadoria para seu quadro de servidores com disposições divergentes entre si.

As antinomias jurídicas, à luz das contribuições teóricas apresentadas por Norberto Bobbio em sua Teoria do Ordenamento Jurídico, são observadas na situação de duas normas, válidas e vigentes, que são incompatíveis entre si.

Esse problema, sobretudo o caso prático que aqui se analisa, insere-se em um contexto de um sistema dinâmico, no qual “as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder” (BOBBIO, 2006). Isso significa que o caráter sistemático observado nas normas jurídicas não se extrai a partir de seu conteúdo, mas da autoridade que as delega.

Acerca disso, Bobbio propõe a identificação do ordenamento jurídico em uma ideia de sistema em que não se pode existir normas incompatíveis. A compreensão dessa noção de sistema perpassa pelo princípio de que são excluídas as incompatibilidades das normas: caso essa contradição ocorra, dar-se-á apenas

textualmente e não ruiará todo o sistema jurídico, uma vez que optar-se-á por uma das duas normas ou ambas não serão aplicadas. Disso se extrai o dogma de que o Direito não tolera antinomias.

Para que se configure uma antinomia jurídica propriamente dita, Bobbio identifica dois pressupostos fundamentais: em primeiro lugar, é necessário que ambas as normas estejam inseridas no mesmo ordenamento jurídico; em segundo, exige-se que compartilhem o mesmo âmbito de validade - considerado sob as dimensões temporal, espacial, pessoal e material. A ausência de qualquer desses requisitos afastaria a caracterização do conflito normativo enquanto verdadeira antinomia.

Partindo dessas premissas, Bobbio propõe uma classificação das antinomias conforme a extensão do contraste entre as normas. No caso da antinomia total-total, verifica-se a completa sobreposição dos âmbitos de validade, de modo que a aplicação simultânea das normas se torna impossível sem a violação de uma delas. Já na hipótese de antinomia parcial-parcial, há uma coincidência apenas parcial dos âmbitos, permitindo que, em certas situações, ambas as normas coexistam, embora entrem em conflito em outras. Por fim, a antinomia parcial-total manifesta-se quando uma norma tem o seu âmbito de validade inteiramente contido no âmbito de validade da outra, o que gera um conflito localizado.

Para a superação dessas antinomias, o autor apresenta critérios que visam restaurar a coerência do ordenamento sem comprometer sua unidade. Assim, no plano das chamadas antinomias de primeiro grau, propõe-se a adoção de três diretrizes fundamentais: o critério cronológico, segundo o qual a norma posterior revoga a anterior; o critério da especialidade, pelo qual a norma especial prevalece sobre a geral; e o critério hierárquico, que atribui primazia à norma situada em nível superior no escalonamento normativo.

Ferraz Júnior (2018) identifica as antinomias jurídicas como uma das situações em que se observam as chamadas antinomias pragmáticas:

Quer-nos parecer, por esse motivo, que o que chamamos de antinomia jurídica constitui, na verdade, um terceiro tipo, chamado por Watzlawick et al. (1973:175) de antinomia pragmática, ou seja, situações em que a conclusão paradoxal, embora do ângulo lógico e semântico, configure uma carência de sentido, faz parte do sistema e, do ponto de vista de um comportamento exigido, não é exatamente um sem-sentido, visto que pode e é, de fato, afirmada.

Nesse sentido, em muitas situações, mesmo que não haja uma contradição entre os textos das normas ditas antinômicas, o comando que delas se extrai revela uma incompatibilidade no momento de sua aplicação prática, de sorte que o aplicador ou o intérprete se encontra diante de uma posição, ao menos em uma primeira visão superficial sobre a realização concreta das normas, insustentável. A configuração desse tipo de conflito evidencia a necessidade de uma análise que ultrapasse a mera compatibilidade lógica - e textual - entre os textos normativos.

No contexto da recepção da Emenda Constitucional nº 103/2019, essa problemática manifesta-se quando normas locais impõem condições distintas para a aposentadoria de servidores públicos, impossibilitando a aplicação simultânea dos comandos normativos. Ainda que formalmente válidas, tais normas, ao serem cotejadas com o novo regime jurídico instituído pela reforma previdenciária, demonstram incompatibilidades práticas que desafiam a coerência do ordenamento.

Ante a essas situações, os Tribunais de Contas, no exercício do controle externo, no caso em específico, no controle de legalidade de atos de concessão de aposentadorias e pensão de servidores vinculados a regimes próprios de previdência social, não apenas identificam o conflito normativo, como devem adotar os critérios de solução de antinomias consagrados na Teoria do Direito.

Com a reforma, seu papel não mais se reduz à verificação da legalidade na aplicação das normas como fundamento de atos concessórios de aposentadoria, abrangendo o papel de interpretá-las e harmonizá-las, buscando a solução para as antinomias que emergem da recepção da EC nº 103/2019 pelos entes federativos. Para isso, recorrem aos critérios de solução de antinomias propostos por Bobbio (1999), nesse caso, sobretudo, ao critério da hierarquia, como se verá adiante.

A atuação dos Tribunais de Contas, portanto, transcende a mera fiscalização, assumindo uma dimensão de guardiões da ordem jurídica e da segurança dos direitos previdenciários dos servidores. A eles incumbe a tarefa de analisar a legalidade dos atos de aposentadoria e pensão, confrontando as normas locais com as diretrizes da Emenda Constitucional, a fim de assegurar que a proteção social não seja comprometida pela instabilidade legislativa. Este será o foco de análise no próximo tópico.

III. O PAPEL INSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E A ANÁLISE DE LEGALIDADE DE ATOS CONCESSÓRIOS DE APOSENTADORIA

A Constituição Federal de 1988 consagra os Tribunais de Contas (da União, estaduais e municipais, este último em casos específicos) como órgãos essenciais ao Controle Externo da Administração Pública, cujo papel é auxiliar ao Congresso Nacional, no âmbito da União, e às assembleias legislativas, no âmbito dos estados.

Nos termos do art. 71 da Constituição Federal, a missão institucional de controle externo é de cargo do Congresso Nacional, o qual conta com o auxílio do Tribunal de Conta da União. Os incisos deste artigo descrevem os papéis e competências institucionais das Cortes de Contas, para a pesquisa aqui desenvolvida, destaca-se o inciso III, o qual enuncia ser papel do TCU, no âmbito da União:

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

Nesse mesmo sentido dispõe a Constituição do Estado da Paraíba, também em seu art. 71, III, em relação ao Tribunal de Contas do Estado da Paraíba.

As Cortes de Contas, na dicção do art. 70 da Constituição Federal - e, de igual, modo, no mesmo artigo da constituição paraibana - são responsáveis pela fiscalização da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos administrativos os quais exigem o dispêndio de recursos públicos, exercendo um papel de fiscalização técnico-contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

Importa mencionar que a doutrina majoritária aponta que os atos concessórios de benefícios previdenciários alocam-se na categoria de atos administrativos complexos, assim chamados por expressarem a vontade da administração resultante da atuação de órgãos distintos (FILHO, 2025): a entidade de previdência à qual o servidor se vincula e a chancela de legalidade pelas Cortes de Contas.

Pascoal (2019) destaca que, apesar de os efeitos serem observados desde a publicação do ato pelo RPPS, este só se aperfeiçoa com o pronunciamento final do TC, cujo julgamento vincula a administração pública e alcança os efeitos do ato desde sua origem:

Vale dizer que os atos de admissão de pessoal e de aposentadoria, por serem atos complexos, embora produzam efeitos e sejam eficazes desde a sua edição, só se aperfeiçoam e se completam com o pronunciamento definitivo do Tribunal de Contas, cujo julgamento, se for pela ilegalidade, VINCULA a Administração Pública e produzirá efeitos retroativos.

Tradicionalmente, é nessa acepção de fiscal da legitimidade e legalidade dos atos concessórios de aposentadoria e pensões que se orientava a atuação dos TCs. Antes da reforma promovida pela EC nº 103, a apreciação da legalidade dos atos se operava em um cenário normativo relativamente estável, com regras majoritariamente uniformes estabelecidas pela Constituição Federal e por leis complementares nacionais. Em razão disso, a atuação das Cortes exigia uma atividade interpretativa mais simplificada, pautada na subsunção da norma que fundamenta o ato à análise do caso concreto, em outras palavras, verificava-se se o beneficiário cumpria os requisitos necessários à percepção do benefício na forma em que foi concedido.

Esse paradigma de atuação, anteriormente pautado pela estabilidade normativa, foi, contudo, profundamente alterado pelo advento da EC nº 103. Ao promover a desconstitucionalização das regras previdenciárias, o constituinte derivado operou uma deliberada transferência de complexidade, pois, ao adjudicar aos entes subnacionais a tarefa de legislar sobre a previdência de seus próprios servidores, incorreu na criação de uma pluralidade de centros de produção normativa, que, conjugada à capacidade institucional destes, fomentou um cenário de atecnia legislativa.

Isso porque o pressuposto partido do constituinte derivado ao promover a delegação massiva de competência para criação de regras previdenciárias não refletiu a realidade prática observada, o que acabou por gerar um terreno fértil para a ocorrência de antinomias. Com isso, em vez da suposta simplificação pretendida pela reforma, instaurou-se um verdadeiro labirinto normativo, desafiando a atuação do Controle Externo e deles exigindo um esforço no intento de reconstruir a coerência do ordenamento jurídico.

Dado esse contexto, a ciência da dimensão sistêmica do problema pelos TCs levou-os a não se limitar a uma atuação meramente repressiva. O novo contexto do cenário pós-reforma impôs às Cortes de Contas uma reconfiguração de sua própria atividade fiscalizatória. Nesse cenário, de forma crescente, os tribunais passaram a adotar uma postura proativa e orientadora, indo além do papel de controle externo posterior - considerando que a incidência do controle dava-se após a realização do

ato -, o qual inicialmente lhe era atribuído. Essa nova atuação se manifesta por uma multiplicidade de instrumentos observados nas cortes de contas estaduais.

O TCE-SP, por exemplo, desenvolveu um questionário eletrônico para monitorar ativamente se os municípios estavam adotando as medidas necessárias para se adequar à reforma, como a majoração das alíquotas e a limitação do rol de benefícios. O TCE-SC e o TCE-PI emitiram ofícios e notas de alerta diretamente a prefeitos e presidentes de Câmaras, orientando sobre a obrigatoriedade de instituir a previdência complementar ou de corrigir as alíquotas de contribuição.

No caso do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, a Lei Complementar nº 192, de 2024 - a Lei Orgânica do TCE/PB -, em seu art. 40, ao disciplinar o instituto do Acompanhamento de Gestão - medidas processuais para acompanhar a gestão dos jurisdicionados na concomitância do exercício -, prevê a emissão de alertas em caso de indícios de irregularidades percebidas durante a fiscalização da Corte nas entidades e nos órgãos alcançados por sua competência.

No que tange à recepção da reforma pelos municípios paraibanos, o Tribunal de Contas do Estado da Paraíba emitiu inúmeros alertas, assumindo a postura proativa e diagnóstica que o novo cenário exige. O cerne do problema diagnosticado pelo Tribunal reside na inobservância da sistemática imposta pelo art. 40, § 1º, III, da Constituição Federal - a exigência de que os entes subnacionais utilizem instrumentos normativos distintos para legislar sobre a matéria: emenda à Lei Orgânica, para a fixação das idades mínimas, e lei complementar, para os demais requisitos.

A razão da emissão dos alertas consistia, em regra, na previsão de requisitos ou de idade mínima em veículo normativo diferente daquele previsto na Constituição, o que revelou uma prática legislativa municipal distante da *ratio* da norma constitucional. Os alertas emitidos pelo TCE/PB indicaram sobremaneira a usurpação de competência, no que tange às matérias sobre as quais versam os instrumentos normativos exigidos: ora lei complementar dispendo sobre idades mínimas, ora lei orgânica avançando sobre os demais requisitos, ora as temáticas eram tratadas, até mesmo, por meio de lei ordinária.

No processo de Acompanhamento de Gestão da Prefeitura Municipal de São Sebastião de Lagoa da Roça durante o exercício de 2023, a corte de contas paraibana, no Alerta nº 01599/23, requereu ao município a correção em relação à previsão dos requisitos por meio de lei ordinária:

[...]

1 - Ao chefe do Poder Executivo em relação às inconsistências na legislação previdenciária municipal, em relação à Emenda Constitucional 103/2019, quais sejam: [...]

c) a LO nº 597/21 previu idade mínima e requisitos diferenciados para as regras de transição em seus Arts. 38, 39 e 40, em conflito com o art. 40, § 1º, III, da CF/1988 (idade mínima em Lei Orgânica e demais requisitos em Lei Complementar); Vide relatório(s) da Auditoria produzido(s) pelo DEAPP inserto(s) nos autos do Processo TC 750/23, fls. 35/36.

Do processo nº 00368/23, resultou o Alerta nº 1600/23, em que o município de Pedras de Fogo foi alertado para o fato de as idades mínimas para as regras de transição não estarem previstas em Lei Orgânica Municipal:

[...]

1 - Ao chefe do Poder Executivo em relação às inconsistências na legislação previdenciária municipal, em relação à Emenda Constitucional 103/2019, quais sejam:

a. a LC nº 77/2021 previu regras de transição, cujas idades mínimas não foram previstas na Emenda à Lei Orgânica nº 08/21, o que viola o art. 40, § 1º, III, da CF/1988, com redação dada pela EC nº 103/2019;

No processo nº 00265/23, acompanhamento da gestão municipal de Brejo do Cruz no exercício de 2023, o TCE/PB emitiu o Alerta nº 01667/23, em que se destaca:

1) Ao chefe do Poder Executivo em relação às inconsistências na legislação previdenciária municipal, em face da Emenda Constitucional 103/2019, apontadas no presente relatório, quais sejam:

a) as idades mínimas das regras permanentes de aposentadoria dos servidores em geral estavam disciplinadas apenas na LC nº 1137/2021, até a edição da Emenda à Lei Orgânica, o que viola o art. 40, § 1º, III, da CF/1988, com redação dada pela EC nº 103/2019;

b) a Lei nº 1138/2021 trouxe requisitos relativos às regras permanentes de aposentadoria contrários aos previstos na LC nº 1137/2021, a exemplo do art. 33, caput, II, e § 3º, em desconformidade ao art. 40, § 1º, III, da CF/1988, com redação dada pela EC nº 103/2019;

Nota-se do alerta acima que, inicialmente, as idades mínimas estavam previstas, assim como os demais requisitos na lei complementar nº 1137/2021, o que, apesar de configurar uma inconstitucionalidade formal, na prática, o comando do texto normativo acaba por ser passível de aplicação, de modo que as portarias que concediam os benefícios previdenciários aos servidores vinculados ao regime próprio municipal poderiam ser fundamentadas na lei complementar, inclusive em relação à idade mínima.

Ocorre que, com a superveniência da emenda à Lei Orgânica Municipal, a idade mínima passa a ser prevista no veículo normativo formalmente adequado,

conforme a exigência do art. 40 da Constituição Federal, passando a existir, então, a previsão de duas idades mínimas em leis diferentes, e, conseqüentemente, a coexistência de duas normas, aparentemente válidas, cujo âmbito de validade coincide - pressupostos para a configuração de antinomias.

Dessa forma, a tentativa de adequação formal do requisito da idade mínima, ao ser inserido na emenda à Lei Orgânica, falhou em revogar ou ajustar explicitamente o dispositivo conflitante que preexistia na lei complementar nº 1137/2021. Como resultado, instaura-se um cenário de insegurança jurídica, impossibilitando que o gestor público e o próprio servidor identifiquem qual norma é, de fato, aplicável ao caso concreto para a aferição do direito à aposentadoria.

Agravando este quadro, o alerta, em seu item 'b', aponta para a existência de uma terceira norma (lei nº 1138/2021) que, por sua vez, introduz requisitos permanentes contrários aos da própria lei complementar. O município, portanto, criou, na verdade, um emaranhado de, no mínimo, três diplomas legislativos (a LC nº 1137, a ELOM e a Lei nº 1138) tratando da mesma matéria de forma conflitante.

O caso de Brejo do Cruz ilustra, assim, a atecnia legislativa fomentada pela EC nº 103/2019 e consolida o problema sobre o qual se debruça o presente trabalho.

A situação mais ilustrativa, no entanto, e que demonstra o impacto da atecnia precisamente no exercício da competência constitucional extraída do art. 71, III - tanto da Constituição Federal quanto da paraibana - é o caso do município de Bayeux, analisado nos autos do processo TC nº 08093/23.

Isso porque, se os exemplos anteriores, baseados nos Alertas de Acompanhamento de Gestão, evidenciaram a postura proativa e orientadora do TCE/PB diante da dimensão sistêmica do problema, o caso de Bayeux se sobleva em relevância por revelar o papel de reconstrução da coerência - de forma incidental - no deslinde do julgamento de legalidade do ato concessório de aposentadoria.

O processo versa sobre a análise de legalidade de um ato de aposentadoria de uma professora, concedido com fundamento na lei complementar municipal nº 03/2022. A auditoria do TCE/PB, contudo, apontou a irregularidade do ato, diagnosticando um conflito direto entre a referida lei complementar e o art. 59-D da Lei Orgânica Municipal (LOM).

O conflito configura uma antinomia jurídica nos termos propostos por Bobbio - duas normas plenamente válidas, cujo âmbito de validade é o mesmo: o legislador municipal, ao inserir o art. 59-D na Lei Orgânica Municipal, optou por definir os critérios

das regras de transição por remissão direta às regras federais da EC nº 103/2019. Em diferente sentido, a lei complementar nº 03/2022, editada posteriormente, introduziu regras próprias que contrariavam frontalmente o dispositivo da Lei Orgânica.

Configurou-se, assim, um embate entre uma lei complementar municipal e a Lei Orgânica do município. Diferente da atuação preventiva dos alertas, aqui o Tribunal de Contas, na sua função judicante de controle posterior, foi forçado a solucionar a antinomia como condição prévia para o registro do ato.

A solução apontada pelo Ministério Público de Contas foi a aplicação direta do critério hierárquico (*lex superior derogat legi inferiori*). O parquet de Contas concluiu que a Lei Orgânica, por sua natureza fundamental e hierarquicamente superior, deve prevalecer sobre a legislação complementar municipal, determinando, ao final, que a entidade de previdência deveria afastar a aplicação da lei complementar n 03/2022 e reanalisar o enquadramento da servidora.

O caso de Bayeux ilustra, assim, de forma definitiva, o deslocamento do cerne da atividade de controle. O exercício da competência constitucional clássica do art. 71, III, já não é mais um ato de simples subsunção; tornou-se um ato prévio de interpretação e restauração da coerência, em que o TC define qual norma é válida - qual norma aplicar - antes de poder, de fato, julgar a legalidade do ato concessório.

Um dos efeitos mais significativos dessa alteração sistêmica é, portanto, o deslocamento do cerne da atividade de controle: a preocupação dos Tribunais de Contas não mais se limita à verificação do cumprimento dos requisitos pelo servidor, mas reside na definição prévia de qual norma aplicar. A atuação tradicional, pautada na verificação dos requisitos com base no fundamento adotado, revela-se não mais suficiente ao exercício da função dos TCs atribuídos pelo art. 71, III, da CF.

Dessa forma, diante de um ordenamento local fragmentado e contraditório, o julgador se vê paralisado pela insegurança jurídica, incapaz de realizar a simples subsunção do fato (o tempo de serviço, a idade) à norma, pois a própria norma aplicável é objeto de dúvida.

Essa nova realidade impõe uma reinterpretação da própria função fiscalizatória, exigindo dos TCs o esforço hermenêutico para a reconstrução da coerência do ordenamento jurídico dos entes no exercício da competência do art. 71, III, da CF. Esse esforço se materializa na obrigação de solucionar, no caso concreto, a rede de antinomias criadas pela desconstitucionalização, resultantes do conflito entre normas de mesmo âmbito de validade, conteúdo dissonante, e níveis de hierarquia distintos

(lei orgânica municipal e lei complementar), utilizando os critérios propostos por Bobbio. A superação desse aparente conflito é condição sine qua non para a própria apreciação da legalidade do ato concessório de aposentadoria.

Para essa tarefa de harmonização, os tribunais de contas devem lançar mão dos critérios clássicos de solução de antinomias propostos por Norberto Bobbio, em sua Teoria do Ordenamento Jurídico. Diante dos conflitos normativos evidenciados nos alertas do TCE-PB, em que leis orgânicas, leis complementares e leis ordinárias são utilizadas para a regulação da mesma matéria, a despeito do art. 40, § 1º, III, da CF, destaca-se, sobretudo, a aplicação do critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*).

A reforma da previdência, então, reconfigurou o papel institucional do Controle Externo, no que concerne à sua atribuição dada pelo art. 71, III, da CF, por haver promovido a aqui explicitada transferência de complexidade aos municípios e fomentar a atecnia legislativa supramencionada. Desse modo, a reforma elevou os Tribunais de Contas da condição de meros fiscais da legalidade estrita para a de intérpretes ativos e indispensáveis guardiões da coerência e da racionalidade do microsistema dos Regimes Próprios de Previdência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo propôs-se a investigar de que modo o fenômeno da desconstitucionalização, promovido pela Emenda Constitucional nº 103/2019, reconfigurou a análise de legalidade dos atos de concessão de aposentadorias e pensões pelos tribunais de contas. A resposta encontrada, com base na fundamentação teórica e na análise empírica, é que a reforma não apenas alterou regras, mas promoveu um deslocamento fundamental no cerne da própria atividade de controle externo exercida pelos TCs.

Comprovou-se que a EC nº 103/2019, ao transferir deliberadamente a complexidade legislativa para os entes subnacionais (art. 40, § 1º, III, CF), pautou-se em um pressuposto falho sobre a capacidade institucional municipal. Conforme demonstrado na Seção I, o resultado direto foi um cenário de atecnia legislativa, que fomentou um labirinto normativo e o conseqüente surgimento de antinomias jurídicas.

A análise da coerência do ordenamento, fundamentada em Norberto Bobbio, estabeleceu o referencial teórico para diagnosticar o problema. O estudo de caso do Tribunal de Contas da Paraíba (TCE/PB), analisado na Seção III, forneceu a evidência

empírica de como essa ruptura se materializou tanto a partir de atuação prévia da Corte de Contas paraibana (alertas de acompanhamento de gestão) como a partir de sua atuação judicante (julgamento de legalidade).

O caso paradigmático de Bayeux (Processo TC nº 08093/23) consolidou a tese central: o Tribunal, para exercer sua competência constitucional do art. 71, III, CF, viu-se paralisado pela antinomia entre a Lei Orgânica Municipal e a lei complementar. A atividade de mera subsunção, típica do cenário normativo estável pré-reforma, tornou-se insuficiente.

O TC foi forçado, portanto, a afastar a aplicação da norma inferior (lei complementar), aplicando o critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*) para solucionar o conflito. Demonstra-se, assim, que a reconstrução hermenêutica da coerência normativa deixou de ser um exercício acessório e tornou-se uma condição *sine qua non* para a apreciação da legalidade.

Este estudo conclui que o cenário criado pela EC nº 103/2019 elevou os tribunais de contas da condição de meros fiscais da legalidade estrita para a de indispensáveis guardiões hermenêuticos da coerência do microssistema previdenciário dos regimes próprios. A contribuição desta pesquisa reside na conexão entre a teoria do ordenamento jurídico (Bobbio), o fenômeno da desconstitucionalização e a análise documental da prática do controle externo, ilustrando o novo e complexo papel que os TCs são compelidos a exercer.

Sugere-se, como agenda para futuras pesquisas, a investigação de como os tribunais de contas estaduais vêm enfrentando desafios hermenêuticos semelhantes resultantes de problemas sistemáticos operados pela desconstitucionalização promovida pela reforma previdenciária.



REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Aplicação da EC nº 103/2019 aos RPPS dos Estados, DF e Municípios e modelos de legislação**. Brasília, 4 out. 2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/rpps/legislacao-dos-rpps/aplicacao-da-emenda-constitucional-no-103-de-2019-aos-rpps>>. Acesso em: 11 out. 2025.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025. E-book. p. 16. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530995935/>>. Acesso em: 25 nov. 2025.

FECAP. **Regimes próprios de previdência social movimentam R\$ 200 bi por ano no Brasil**. São Paulo, 18 set. 2020. Disponível em: <<https://www.fecap.br/2020/09/18/regimes-proprios-de-previdencia-social-movimentam-r-200-bi-por-ano-no-brasil/>>. Acesso em: 25 nov. 2025.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRIEDE, Reis. Antinomias e critérios solucionadores. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 89, n. 2, p. 143-156, jul./dez. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025. E-book. p. 174. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530996345/>>. Acesso em: 26 out. 2025.

LIMA, Diana Vaz de; TOLENTINO, Diego Ferreira; SANTOS, Heliomar. Atuação Legislativa na Previdência Própria Municipal. **Revista Eletrônica do Departamento de Ciências Contábeis & Departamento de Atuária e Métodos Quantitativos (REDECA)**, v. 7, n. 2, p. 92-108, jul./dez. 2020.

LIMA, Valéria. **Regimes próprios de previdência social movimentam R\$ 200 bi por ano no Brasil**. Disponível em: <<https://www.fecap.br/2020/09/18/regimes-proprios-de-previdencia-social-movimentam-r-200-bi-por-ano-no-brasil/>>. Acesso em: 12 nov. 2025.

LIMA NETA, Avelina Alves. Envelhecimento populacional e sistema de proteção social no Brasil. In: BRASIL. **Ministério da Fazenda. Secretaria de Previdência. Envelhecimento da população e seguridade social**. Brasília: Ministério da Fazenda; SPREV, 2018. p. 5-28. (Coleção Previdência Social, v. 37).



MODESTO, Paulo. Previdência nos estados e municípios: exercício de autonomia ou reprodução? **Consultor Jurídico**, 16 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-16/interesse-publico-previdencia-estados-municipios-autonomia-ou-reproducao-servil>>. Acesso em: 14 nov. 2025.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 41. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2025. E-book. p. 719. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559777143/>>. Acesso em: 11 nov. 2025.

OLIVEIRA, Lucas Soares de. Reforma da Previdência e desconstitucionalização. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 91/92, p. 3-16, jan./dez. 2020.

PARÁIBA. Tribunal de Contas do Estado. **Alerta nº 01599/23**. Processo de Acompanhamento da Gestão nº 00750/23. João Pessoa, 2023.

PARÁIBA. Tribunal de Contas do Estado. **Alerta nº 01600/23**. Processo nº 00368/23. João Pessoa, 2023.

PARÁIBA. Tribunal de Contas do Estado. **Alerta nº 01667/23**. Processo de Acompanhamento da Gestão nº 00265/23. João Pessoa, 2023.

PASCOAL, Valdecir. **Direito Financeiro e Controle Externo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Método, 2019. (Série Provas & Concursos). E-book. p. 181. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530986568/>>. Acesso em: 26 out. 2025.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 24. ed. Rio de Janeiro: Método, 2025. E-book. p. 615. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530996536/>>. Acesso em: 11 nov. 2025.

PIAUÍ. Tribunal de Contas. **Levantamento aponta que Regimes de Previdência Municipais contrariam Emenda 103/2019**. Disponível em: <<https://www.tcepi.tc.br/levantamento-aponta-que-regimes-de-previdencias-municipais-contrariam-emenda-103-2019/>>. Acesso em: 16 nov. 2025.

PS&A ADVOGADOS. **Reforma de previdência e seus reflexos constitucionais**. Disponível em: <<https://psaadogados.com.br/2025/01/31/reforma-de-previdencia-e-seus-reflexos-constitucionais/>>. Acesso em: 12 nov. 2025.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas. Providências adotadas em face às alterações promovidas pela EC nº 103/2019. **Comunicado SDG nº 33/2020**. Disponível em: <<https://www.tce.sp.gov.br/legislacao/comunicado/providencias-adotadas-face-alteracoes-promovidas-pela-ec-1032019>>. Acesso em: 16 nov. 2025.



SENTENÇA DO ZERO

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda.

Whatsapp: (73) 99828-5266

IG: @sentencadozero

<https://sentencadozero.com>