José Sérgio da Silva Cristóvam
Nancy Nelly González Sanmiguel
Thanderson Pereira de Sousa
(Coordenadores)

DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO

DIÁLOGOS BRASIL E MÉXICO

Aires José Rover
Alfredo Islas Colín
André Saddy
Carlos Charles Manzano
Caroline Chiamulera
Dannyelle Cristina Schemes
Denise Pinheiro
Diogo Alves Verri Garcia de Souza
Edgar Alejandro Márquez Alfaro
Eduardo André Carvalho Schiefler
Eurico Bitencourt Neto
Exson Asael Celedon Balderas
Fabiano Hartmann Peixoto
Francisco de Jesús Cepeda Rincón
Germán Cisneros Farías
Guadalupe Friné Lucho González
Guilherme Rigo Berndsen
Guillermo Cienfuegos Galindo
Hugo Carrasco Iriarte
Janaína Rigo Santin
Joana Stelzer
José Francisco Rebolledo Mendonza
José Sérgio da Silva Cristóvam
Leandro Caletti
Luis Antonio Lozano Zamora
Luis Guillermo Zazueta Beltrán
Marcos Alan Demikoski
Martina Arroyo Diaz
Mateus Betoncini
Nancy Nelly González Sanmiguel
Rafael Coello Cetina
Salvador Valencia Carmona
Sergio Adrián Lara Lara
Tatiana Meinhart Hahn
Thanderson Pereira de Sousa
Xóchitl Alicia Ramírez Chávez
Zulma Aideé Ileana García de la Cruz

HABITUS
EDITORA

Copyright© *2020 by José Sérgio da Silva Cristóvam, Nancy Nelly González Sanmiguel & Thanderson Pereira de Sousa*

Produção Editorial: Habitus Editora
Editor Responsável: Israel Vilela
Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

As ideias e opiniões expressas neste livro são de exclusiva responsabilidade dos Autores, não refletindo, necessariamente, a opinião desta Editora.

CONSELHO EDITORIAL:

Alceu de Oliveira Pinto Junior
UNIVALI

Antonio Carlos Brasil Pinto *(in memoriam)*
UFSC

Cláudio Macedo de Souza
UFSC

Dirajaia Esse Pruner
UNIVALI–AMATRA XII

Edmundo José de Bastos Júnior
UFSC- ESMESC

Eduardo de Carvalho Rêgo
UFSC

Elias Rocha Gonçalves
IPEMED–SPCE Portugal–ADMEE Europa–CREFAL Caribe

Fernando Luz da Gama Lobo D'Eça
IES–FASC

Flaviano Vetter Tauscheck
CESUSC-ESA-OAB/SC

Francisco Bissoli Filho
UFSC

Geyson Gonçalves
CESUSC–ESA OAB/SC

Gilsilene Passon P. Francischetto
UC (Portugal)–FDV/ES

Jorge Luis Villada
UCASAL–(Argentina)

Juan Carlos Vezzulla
IMAP (Portugal)

Juliano Keller do Valle
UNIVALI–ESA OAB/SC

Lauro Ballock
UNISUL

Marcelo Gomes Silva
UFSC–ESMPSC

Marcelo Buzaglo Dantas
UNIVALI

Nazareno Marcineiro
UFSC–ACADEMIA DA PMSC

Paulo de Tarso Brandão
UNIVALI

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

C933t

Cristóvam, José Sérgio da Silva,
Direito Administrativo Contemporâneo: diálogos Brasil e México / Aires José Rover...[et al.]; Coordenadores: José Sérgio da Silva Cristóvam, Nancy Nelly González Sanmiguel & Thanderson Pereira de Sousa

1ª ed. – Florianópolis: Habitus, 2020.
recurso digital
Formato: e.book
Modo de acesso: world wide web
Inclui bibliografia

ISBN 978-65-86381-70-2

1. Direito Administrativo 2. Direito Administrativo Contemporâneo 3 Direito Internacional 4.México 5. Brasil I. Título

CDU 341.3

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.
A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e seus §§ 1º, 2º e 3º, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n° 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à ***Habitus Editora***
www.habituseditora.com.br – habituseditora@gmail.com

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

José Sérgio da Silva Cristóvam
Nancy Nelly González Sanmiguel
Thanderson Pereira de Sousa
(Coordenadores)

DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO

DIÁLOGOS BRASIL E MÉXICO

Aires José Rover
Alfredo Islas Colín
André Saddy
Carlos Charles Manzano
Caroline Chiamulera
Dannyelle Cristina Schemes
Denise Pinheiro
Diogo Alves Verri Garcia de Souza
Edgar Alejandro Márquez Alfaro
Eduardo André Carvalho Schiefler
Eurico Bitencourt Neto
Exson Asael Celedon Balderas
Fabiano Hartmann Peixoto
Francisco de Jesús Cepeda Rincón
Germán Cisneros Farías
Guadalupe Friné Lucho González
Guilherme Rigo Berndsen
Guillermo Cienfuegos Galindo
Hugo Carrasco Iriarte
Janaína Rigo Santin
Joana Stelzer
José Francisco Rebolledo Mendonza
José Sérgio da Silva Cristóvam
Leandro Caletti
Luis Antonio Lozano Zamora
Luis Guillermo Zazueta Beltrán
Marcos Alan Demikoski
Martina Arroyo Diaz
Mateus Betoncini
Nancy Nelly González Sanmiguel
Rafael Coello Cetina
Salvador Valencia Carmona
Sergio Adrián Lara Lara
Tatiana Meinhart Hahn
Thanderson Pereira de Sousa
Xóchitl Alicia Ramírez Chávez
Zulma Aideé Ileana García de la Cruz

HABITUS EDITORA

Florianópolis
2020

Esta obra fue dictaminada rigurosamente a través de arbitraje doble ciego por el Comité Científico de la obra Direito Administrativo Contemporaneo, integrado por profesores e investigadores de Instituciones de Educación Superior de México y Colombia, quienes dictaminaron la obra siguiendo un plan de trabajo integrado por cuatro etapas: recepción de la obra, revisión, dictaminación y aprobación o rechazo de la misma, posteriormente esta obra fue aprobada para su publicación por el Comité Científico de la Editorial Habitus.

El Comité Científico de la obra denominada Direito Administrativo Contemporaneo se integra por:

Dr. Jaime Cubides-Cárdenas. Docente investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Director del Grupo de investigación persona, instituciones y exigencias de justicia. Investigador Senior de Minciencias (COL). Abogado y especialista en Derecho Público, especialista en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, especialista y magister en Docencia e investigación. Magister en Derecho.

Dr. Jorge Vargas Morgado. Doctor en Derecho por la Universidad Anáhuac México en convenio con la Universidad Complutense. Obtuvo el Diploma de Estudios Avanzados de la Universidad Complutense. Atendió el British Government and Administration en la University of Manchester, Inglaterra. Profesor universitario desde 1981 en distintas universidades de México y el extranjero, presidente de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo. Autor de cincuenta textos individuales y colectivos en temas de derecho administrativo, constitucional y corporativo. Miembro de diversos Consejos Editoriales de revistas de Derecho y de Relaciones Internacionales. Investigador. Litigante.

Dr. Armando Villanueva Mendoza. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Tamaulipas, a más de Especialista en Impartición de Justicia por la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judical Español, ha estado en el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia Español, para participar, como becario, en cursos realizados en Antigua, Guatemala; Montevideo, Uruguay; Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, Barcelona, en 3 ocasiones, y Cádiz, España, Actualmente ha es Director de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Victoria, de la que actualmente es su Director (2019-2022), desempeñándose además como profesor de tiempo completo, impartiendo clases en la licenciatura, diplomados, maestría y doctorado en derecho.

Dr. Manuel Jiménez Dorantes. Es Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, Doctor en Derechos Humanos por la Universidad Autónoma de Chiapas, cuenta con el Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Administrativo por la misma Universidad de Madrid. Especialización en Derecho constitucional y Ciencia política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Licenciado en Derecho por la Universidad Veracruzana. Profesor titular plaza PROMEP/SEP, Universidad Autónoma de Chiapas, enero 2004 a la fecha.

Externando el agradecimiento a todos los autores por la participación dentro de esta obra que brinda una visión de la integración del Derecho administrativo con el contexto de la regulación objeto fin del Estado, que es cubrir las necesidades desde la utilización del órgano denominado Administración Pública y contar con una efectivo y eficiente buen gobierno.

(Los Coordinadores)

SUMÁRIO

PRESENTACIÓN. 10
Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam
Profa. Dra. Nancy Nelly González Sanmiguel
Prof. Me. Thanderson Pereira de Sousa

PARTE 1 – DIREITO ADMINISTRATIVO NA CONTEMPORANEIDADE

1. A TRANSPARÊNCIA NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O LAPIDÁRIO E O DIAMENTE BRUTO 14
José Sérgio da Silva Cristóvam
Tatiana Meinhart Hahn

2. ALGUMAS LINHAS DE TRANSFORMAÇÃO DA TEORIA GERAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO 36
Eurico Bitencourt Neto

3. EL AUGE DE LOS DERECHOS HUMANOS EMERGENTES Y SU EXIGIBILIDAD EN MÉXICO: RETOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO 44
Francisco de Jesús Cepeda Rincón
Edgar Alejando Márquez Alfaro
José Francisco Rebolledo Mendoza

4. A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE POR ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E A NECESSIDADE DE APERFEIÇOAMENTO DO MODELO 68
Mateus Bertoncini
Caroline Chiamulera

5. FREIRE Y LA PANDEMIA ACTUAL: ESTRATEGIAS EN EDUCACIÓN COMO PRÁCTICA DE LA LIBERTAD 88
Germán Cisneros Farías

6. SOBRE A (DES)ARTICULAÇÃO DA ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE NA CELEBRAÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA (LEI ANTICORRUPÇÃO – LEI N. 12.846/2013) 108
José Sérgio da Silva Cristóvam
Denise Pinheiro
Marcos Alan Demikoski

PARTE 2 – DIREITO ADMINISTRATIVO E NOVAS TECNOLOGIAS

7. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIGITAL E A PROBLEMÁTICA DA DESIGUALDADE NO ACESSO À TECNOLOGIA 131
Eduardo André Carvalho Schiefler
José Sérgio da Silva Cristóvam
Thanderson Pereira de Sousa

8. LA IMPLEMENTACIÓN DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DIGITAL EN MÉXICO 149
Nancy Nelly González Sanmiguel
Sergio Adrián Lara Lara
Zulma Aideé Ileana García de la Cruz

9. PROCESSO ADMINISTRATIVO ELETRÔNICO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: COMO O PROCESSAMENTO DE LINGUAGEM NATURAL PODE AUXILIAR A ELABORAÇÃO DE DECISÕES ADMINISTRATIVAS 171
Eduardo André Carvalho Schiefler
Fabiano Hartmann Peixoto

10. PROCURACIÓN E IMPARTICIÓN DE JUSTICIA Y EL USO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS: VALIDEZ Y EFICACIA DE LA *E-JUSTICIA* EN LOS ESTADO DE EMERGENCIA. 191
Guadalupe Friné Lucho González
Guillermo Cienfuegos Galindo

PARTE 3 – GRANDES CIDADES E ZONAS METROPOLITANAS

11. GRANDES CIUDADES Y ÁREAS METROPOLITANAS EN MÉXICO 211
Salvador Valencia Carmona

12. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA MELHORIA DA MOBILIDADE URBANA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA NOÇÃO DE CIDADES INTELIGENTES E SUSTENTÁVEIS 237
Dannyelle Cristina Schemes
José Sérgio da Silva Cristóvam
Aires José Rover

13. BASES SOBRE LA ARTICULACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A LA PROPIEDAD PRIVADA INMOBILIARIA Y A LA CIUDAD 253
Rafael Coello Cetina

14. ELEMENTOS Y VARIABLES DE LOS PROCESOS TERRITORIALES Y DE URBANIZACIÓN DE LAS GRANDES CIUDADES Y LAS ZONAS METROPOLITANAS 283
Xóchitl Alicia Ramírez Chávez
Carlos Charles Manzano
Exson Asael Celedon Balderas

15. PODER LOCAL E O DESENVOLVIMENTO URBANO SUSTENTÁVEL: UM ESTUDO A PARTIR DOS MODELOS BRASILEIRO E ESPANHOL 305
Janaína Rigo Santin
Guilherme Rigo Berndsen

16. CONTEMPORANEIDADES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE NUEVOS MECANISMOS MUNICIPALES PARA GARANTIZAR EL DERECHO HUMANO AL MEDIO AMBIENTE 325
Martina Arroyo Díaz
Luis Antonio Lozano Zamora
Luis Guillermo Zazueta Beltrán

PARTE 4 – DIREITO ADMINISTRATIVO DA EMERGÊNCIA, REGULAÇÃO E SEUS EFEITOS

17. O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO NA PANDEMIA: ESTADO DE NECESSIDADE, PODER DE POLÍCIA E (UM REDIVIVO) INTERESSE PÚBLICO 342
Leandro Caletti
Joana Stelzer

18. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANTE EL CORONAVIRUS Y SUS EFECTOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS . . . 360
Alfredo Islas Colín

19. O DIREITO ADMINISTRATIVO DE EMERGÊNCIA E O EMPREGO DAS FORÇAS ARMADAS NAS SITUAÇÕES CONSTITUCIONAIS ORDINÁRIAS E EXCEPCIONAIS 380
André Saddy
Diogo Alves Verri Garcia de Souza

20. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LA PANDEMIA 408
Hugo Carrasco Iriarte

PRESENTACIÓN

Esta obra es un trabajo en conjunto que surge de la relación académica de los grupos de estudio e investigación "Grupo de Estudos em Direito Público (GEDIP / CCJ / UFSC)" y el Cuerpo Académico "Administración Pública y Derecho Financiero" de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, dando como resultado una sinergia entre los países de Brasil y México enfocada en realizar estudios referentes al Derecho Administrativo Contemporáneo y pretende aportar nuevos enfoques para enfrentar las problemáticas que existen a raíz de los grandes cambios que ha sufrido la Administración Pública en la actualidad.

Para ello, este trabajo se divide en cuatro grandes apartados, en los cuales se abordan distintas temáticas enfocadas en problemas actuales y a cambios propios del Derecho Administrativo en los últimos tiempos, ellos son: 1) El Derecho Administrativo y su Contemporaneidad; 2) Nuevas Tecnologías dentro del Derecho Administrativo; 3) Grandes Ciudades y Zonas Metropolitanas; y, por último 4) Derecho Administrativo en la regulación de las situaciones de Emergencia y sus efectos.

Dentro del primer tema encontramos textos enfocados a las grandes transformaciones en la Teoría General de Derecho Administrativo, la implicación de ellas en la exigibilidad que pueden acarear los retos dentro esta área, los modelos tendientes al cambio y la posición dentro de las situaciones de emergencia que pasamos, pretende concebir formas para solucionar los conflictos a través de los métodos alternos, en esta parte encontramos a los autores: *José Sérgio da Silva Cristóvam; Tatiana Meinhart Hahn; Eurico Bitencourt Neto*; *Francisco de Jesús Cepeda Rincón*; *Edgar Alejando Márquez Alfaro*; *José Francisco Rebolledo Mendoza*; *Mateus Bertoncini*; *Caroline Chiamulera*; *Germán Cisneros Farías*; *Denise Pinheiro*; *Marcos Alan Demikoski*.

En la segunda parte de esta obra se podrán encontrar textos enfocados en la inclusión y el desarrollo de la implicación de la nueva tecnología dentro del derecho administrativo, y se concibe a raíz de esto, el cambio hacia el proceso de administración electrónica, la impartición, la validez y la eficacia de la impartición de la Justicia de una manera Digital dentro del derecho Administrativo, aquí colaboraron los siguientes autores que aportaron su granito para ver estos temas: *José Sérgio da Silva Cristóvam*; *Eduardo André Carvalho Schiefler*; *Thanderson Pereira de Sousa*; *Nancy Nelly González Sanmiguel*; *Sergio Adrián Lara Lara*; *Zulma Aideé Ileana García de la Cruz*; *Eduardo André*

Carvalho Schiefler; *Fabiano Hartmann Peixoto*; *Guadalupe Friné Lucho González* y *Guillermo Cienfuegos Galindo*.

En la tercera parte de este libro se desarrolla un tema muy interesante dentro del Derecho Administrativo que consiste en hacer un análisis de la distribución territorial y que se tituló "Grandes Ciudades y las Zonas Metropolitanas", en este se abordan temas como la movilidad desde la perspectiva del uso de la inteligencia artificial para tener una sustentabilidad dentro de la urbe, así como también se consideran aspectos relevantes en torno a la propiedad privada, inmobiliaria con base en la articulación de los derechos humanos, los elementos y variables para encarar una urbanización y cómo dar la importancia a los municipios para garantizar el derecho del medio ambiente dentro de nuestras ciudades, se contó con los siguiente autores dentro de esta parte del libro que son: *Salvador Valencia Carmona*; *Dannyelle Cristina Schemes*; *José Sérgio da Silva Cristóvam*; *Aires José Rover*; *Rafael Coello Cetina*; *Xóchtil Alicia Ramírez Chávez*; *Carlos Charles Manzano*; *Exson Asael Celedon Balderas*; *Janaína Rigo Santin*; *Guilherme Rigo Berndsen*; *Martina Arroyo Díaz*; *Luis Antonio Lozano Zamora y Luis Guillermo Zazueta Beltrán*.

Para concluir este libro se incluyó un apartado en el cual se abarcó el tema del derecho administrativo, su regulación y efectos dentro de la emergencia sanitaria que hemos estado viviendo, dando pauta al desarrollo de perspectivas regulatorias desde la perspectiva global, así como las consecuencias del poder y el interés público dentro del Estado ante la necesidad surgida de la pandemia, así como los efectos de la protección de los derechos humanos y el cómo la administración pública enfrenta las problemática del coronavirus. Se analizó además, el tema referente a las situaciones constitucionales, ordinarias y excepciones dentro del derecho administrativo de emergencia y el uso de la fuerzas armadas, culminando con el desarrollo del tema de la justicia administrativa dentro de la pandemia, contando con los siguientes autores dentro de este apartado: *Leandro Caletti*; *Joana Stelzer*; *Alfredo Islas Colín*; *André Saddy*; *Diogo Alves Verri Garcia de Souza y Hugo Carrasco Iriarte*.

La mezcla tanto en el idioma, como de la aportación académica de los países participantes en dicha obra, hace que sea muy interesante para el lector, pues en este libro se muestra la preocupación de los autores por la Administración Pública y el derecho administrativo, cómo los cambios que estamos viviendo dentro de la era digital y su transformación deben de servir de apoyo para generar nuevas perspectivas desde las cuales se busquen soluciones a las problemáticas propias del desarrollo del derecho administrativo en el contexto global y regional.

Las aportaciones de los autores denotan la importancia de los estudios dentro del área del Derecho Administrativo, y es un enorme esfuerzo para

hacer un análisis profundo de cómo se regulan las actividades administrativas en sociedades cada vez más globalizadas, donde se marcan nuevos paradigmas que pretenden ayudar a enfrentar situaciones emergentes, y con ello, la posibilidad de dar soluciones en el campo del Derecho, en específico en el área Administrativa.

Siendo este el primero de los muchos trabajos colaborativos dentro del convenio firmado entre "Grupo de Estudos de Direito Público (GEDIP / CCJ / UFSC)" y el "Cuerpo Académico de Administración Pública y Derecho Financiero" de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León que se materializa, esperamos que el lector disfrute de la obra, le permita reflexionar y le lleve a ampliar horizontes en torno al Derecho Administrativo Contemporáneo.

Florianópolis (Ilha de Santa Catarina)/Monterrey (Nuevo León), primavera de 2020 en Brasil y outoño de 2020 en México.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam

Profa. Dra. Nancy Nelly González Sanmiguel

Prof. Me. Thanderson Pereira de Sousa

PARTE 1

DIREITO ADMINISTRATIVO NA CONTEMPORANEIDADE

1. A TRANSPARÊNCIA NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O LAPIDÁRIO E O DIAMENTE BRUTO

José Sérgio da Silva Cristóvam

Professor de Direito Administrativo (Graduação, Mestrado e Doutorado) da UFSC. Mestre e Doutor em Direito pela UFSC. Advogado e Conselheiro Federal da OAB/SC. Presidente da Comissão de Direito Administrativo da OAB. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Direito Público do CCJ/UFSC. E-mail: jscristovam@gmail.com – http://orcid.org/0000-0001-8232-9122.

Tatiana Meinhart Hahn

Mestranda em Direito – PPGD/UFSC. Especialista em Direito Público (IMED) e Master *Business Administration* em Comércio e Relações Internacionais (UCS). Estudou na *Universitá degli Studi di* Roma, Itália e na *Universidad Argentina de La Empresa*. Integra o Grupo de Estudos em Direito Público (GEDIP/CCJ/UFSC). Procuradora Federal. E-mail: hahn.tatiana@gmail.com – https://orcid.org/0000-0001-6097-2491.

Sobre a maneira de construir obras duradouras:
Quanto tempo
Duram as obras? Tanto quanto
Ainda não estão completas.
Pois exigem trabalho
Não entram em decadência.
Convidando ao trabalho
Retribuindo a participação
Sua existência dura tanto quanto
Convidam e retribuem.[1]

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Transparência: conceito e autonomia; 3. O dever de transparência na gestão informacional pública; 4. A transparência no tratamento de dados pessoais pela Administração Pública na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira; 5. Diálogos Brasil e México a partir de uma breve visão sobre a aplicação da transparência e da proteção de dados pessoais; 6. Considerações finais; Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

"Vivemos um momento marcado pela insegurança e pelo comprometimento da coesão social".[2] A afirmação de Eros Roberto Grau em

1 BRECHT, Bertolt. **Poemas 1913-1956**. Trad. Paulo César de Souza. 7.ed. São Paulo: Editora 34, 2012. p. 85.

2 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 47.

2003 contextualiza a sua análise ao tratar do declínio do neoliberalismo e da marcante contradição entre o neoliberalismo (segundo o autor excludente, marginalizador) e a democracia que "supõe o acesso de um número cada vez maior de cidadãos aos bens sociais".[3] E, ao concluir o ponto, disse que a racionalidade econômica do neoliberalismo teria no Estado democrático de direito seu principal inimigo.

Contudo, a vinda do Estado democrático de direito trouxe à economia ao direito, em especial ao direito administrativo, numa atuação redistributiva por parte do Estado e partir do imperativo constitucional de uma visão adequada sobre o exercício de competências administrativas e públicas, instrumentais à satisfação de direitos fundamentais.[4]

O percurso histórico do direito constitucional e do direito administrativo, ainda que somente em certa medida, deslocou o papel central principiológico focado na legalidade e no interesse público, dando espaço a outras dimensões de princípios alinhados à proteção dos direitos fundamentais e ao controle dos atos do Estados, tais como a transparência, a eficiência administrativa e a participação do cidadão na gestão pública.

Inclusive, o termo "transparência" na Constituição brasileira veio expressamente ao texto pela Emenda Constitucional (EC) n. 71/2012, com a inclusão do inciso IX no art. 216-A. A emenda objetivou conferir maior apoio a ações culturais brasileiras ao instituir o Sistema Nacional de Cultura, determinando que a política nacional de cultura teria, a partir de então, a regência, dentre outros princípios, do princípio da transparência e compartilhamento das informações. Embora o dispositivo esteja incluído de forma topograficamente distante ao Título destinado à Administração Pública, a sua presença na Constituição influencia os demais princípios da Administração Pública, tudo na trilha do princípio republicano e na publicidade, densificados pela publicação da Lei n. 12.527, de novembro de 2011 (Lei de Acesso Informação – LAI).

O inciso incluído no art. 216-A, além de não dar espaço autônomo – tanto quanto seria merecido e necessário ao escopo da transparência em pleno século XXI – , deu-lhe um nome composto e unido ao termo "compartilhamento das informações", como se o princípio da transparência estivesse acoplado à uma situação específica (dentre outras que lhe seriam aplicáveis), que é a transparência no compartilhamento de informações. O texto fixou em norma constitucional um vínculo entre a transparência e o compartilhamento das informações, como se fossem termos únicos ou dimensões siamesas.

3 Ibidem, p. 47.
4 DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004. p. 30.

No âmbito da técnica legislativa brasileira, a Lei determina a distinção na construção da norma, sendo que por meio dos incisos é que serão comunicadas as discriminações e enumerações da regra prevista no corpo do artigo ou do parágrafo.[5] Desse modo, o legislador poderia, se assim entendesse, prever o princípio da transparência, isoladamente, com uma redação objetiva ao inciso, por exemplo "*IX – transparência*". Mas, se há transparência como partida, há uma contrapartida, o compartilhamento de informações. Perde-se, ali, a primeira redação autônoma do termo "transparência" na Constituição, voltando-se todas as atenções ao que se tinha a ser compartilhado – dados e informações.

Fato é que, no Brasil, reformas constitucionais na esfera administrativa sempre integraram projetos políticos dos respectivos governos, ligados também aos recorrentes noticiários em matérias de corrupção. A proposta mais recente é a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 32/2020, que altera a redação do art. 37 da Constituição e incluiu a transparência entre os princípios constitucionais da Administração Pública direta e indireta.

Embora o cenário jurídico-constitucional brasileiro ainda não faça da transparência princípio autônomo e expresso, mesmo assim é recorrente o reconhecimento de sua decorrência da própria dimensão do princípio republicano e do Estado democrático de direito (art. 1º, *caput* da Constituição de 1988), e mais ainda da publicidade administrativa (art. 37, *caput* da Constituição de 1988). Mas qual seria, afinal, a função da transparência dentro da Administração Pública, no que isso interfere no uso e tratamento dos dados dos cidadãos? Uma questão que demanda análises aprofundadas, sendo que a proposta aqui não é solver esses problemas, mas sim abrir os questionamentos e apontar conceitos e normas que possam auxiliar à lapidação do tema.

Portanto, o objetivo é discutir acerca da aplicação da transparência enquanto conceito autônomo e não secundário, na linha de uma cultura procedimental do agente público de dados e o tratamento como entrega de um adequado serviço público. O texto tem quatro partes. A primeira destinada ao conceito de transparência e seus vieses de aplicação no sentido da existência autônoma. Na segunda, discute-se o dever de transparência na gestão informacional pública. A terceira aborda a aplicação da transparência no tratamento de dados pessoais pela Administração Pública, segundo a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Por fim, o estudo propõe um diálogo crítico acerca de alguns fatores relacionados à aplicação da transparência no Brasil e no México, no que tange à proteção de dados pessoais.

5 Conforme determina o art. 10, inciso II, alínea "d", da Lei Complementar (LC) n. 95/1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição de 1988.

2. TRANSPARÊNCIA: CONCEITO E AUTONOMIA

O andar constante da transparência ao lado do princípio da publicidade e do direito de acesso à informação (art. 5º, inciso XXXIII da Constituição de 1988) lhe garantiu contribuições ao regime jurídico-administrativo infraconstitucional, desde a redação original da Constituição no *caput* do art. 37, bem como frente às necessidades de um cenário de maior confiança pública e de prestação de contas do Estado aos cidadãos e à Sociedade em geral.

Contudo, é tempo de pensarmos em que medida seria possível e mesmo, inclusive, desejável a autonomia conceitual-normativa da transparência e qual o lugar de sua aplicação, no diálogo com os demais princípios aplicáveis ao Poder Público, na relação entre a transparência e os princípios da publicidade, da eficiência, da moralidade, da atuação de ética e proba do Estado. Se a transparência não é dotada de um espectro mais amplo do que os próprios conceitos que a sucederam. Se justamente a ausência de certa porosidade/fluidez[6] de alguns dos princípios tradicionais administrativos às novas perspectivas da Administração Pública na era digital, não acabam por demandar a presença mais impositiva da transparência.

Parece inquestionável que uma Sociedade dotada de livre acesso à informação e conhecedora dos fatos e operações da Administração Pública, em condições iguais, gozaria de maior capacidade de escolha do que uma Sociedade desinformada. A informação clara e fidedigna capacita o controle democrático,[7] o qual não engloba apenas acesso às informações públicas, mas principalmente o controle/acesso/fiscalização do cidadão sobre suas próprias informações pessoais que estão em uso do Poder Público.

A separação conceitual dos termos "publicidade", "acesso à informação", "moralidade", "motivação" e "transparência" não decorre apenas da morfologia, antes tem razões jurídicas, políticas e históricas. Fato é que a publicidade, ainda que na aplicação principiológica constitucional, apresenta ao público apenas uma parte das discussões políticas e expõe as decisões.[8] Já transparência permeia essas discussões e decisões e poderia até, em certa medida, englobar a publicidade se, na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello, houvesse a completa confiança no juízo sensato de homens bons.[9]

Por sua vez, se há acesso à informação, direito exaltado por sua posição constitucional, é porque há uma ausência de compreensão de que o Estado,

6 BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância líquida**. trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p.11.
7 RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 266, pp. 89-123, 2014. p. 129.
8 Ibidem, p. 93.
9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 1998. p.102.

deveria ser, em sua própria essência pública, transparente. É como se, justamente por não termos a "clareza quanto à transparência", conferimos aos cidadãos uma ideia de "munição" para (à força) acessar a dados e informações, apenas (e se) demandados. Pior, o direito de acesso à informação corrobora, em verdade, a crítica à transparência, na medida em que a "sociedade da transparência" é uma "sociedade da desconfiança" (*misstrauen*) e da "suspeita" (*verdacht*), onde o fundamento moral da Sociedade se tornou frágil, na qual valores morais como sinceridade ou honestidade perdem cada vez mais significado.[10]

Nesse sentido, em certa medida visões dimensionadas da transparência carregam a compreensão sobre o que os direitos contam sobre nós. É dizer, a transparência instrumentaliza não só a conduta da Administração Pública, mas também a do particular.[11] A transparência tem seu feixe de luz voltado à esfera pública (sem dúvida). Mas também integra um direito de exercício do cidadão para consigo e para com o Estado, e independe da norma constitucional expressa.

Essas identificações conceituais indicam mesmo certa limitação do princípio da publicidade eleito e mantido pelo constituinte. Todavia, o direito administrativo deve compreender que a transparência não está hospedada nas dependências da publicidade, antes, na lição dos juristas italianos Francesco Merloni e Enrico Carloni "*la trasparenza come risultato* e a *pubblicità e accesso come strumenti di trasparenza*".[12]

Seguindo na compreensão sobre a transparência no âmbito público, o filósofo sul-coreano Byung-Chul Han é ilustrativo ao trabalhar a *transparenzgesellschaft* e sua relação com a política. O autor descreve a política como aquela representada por cores e essa situação física é oposta ao conceito de transparência, cuja característica primeira é a ausência de cor:

> A política é um agir estratégico. Já por causa disso lhe é própria uma esfera oculta. Uma total transparência iria paralisá-la. Assim, o "postulado da publicidade [segundo Carl Schmitt] tem seu opositor específico na ideia de que pertencem àquela política arcana mistérios técnico-políticos que são de fato tão necessários ao absolutismo como os mistérios dos negócios e das empresas para uma propriedade privada e para a vida econômica, que se baseia na concorrência". [...] Nesse sentido, o fim do mistério seria o fim da política, e Schmitt chega a afirmar que a política precisa de mais "coragem para o oculto.[13]

O cotejo entre a política e os conceitos jurídicos apresenta uma boa localização da transparência dentro do Estado de direito, bem como indica

10 HAN, Byung-Chul. **Sociedade da transparência**. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Editora Vozes, 2017. Edição do Kindle. p. 63.
11 SANTIN, Janaína Rigo; FRIZON, Leone. Administração consensual, *accountability* e transparência na Administração Pública brasileira. **Revista de Direito da Cidade**, v. 12, n. 2, pp. 504-527, 2020. p. 507.
12 MERLONI, Francesco; CARLONI, Enrico. **La trasparenza amministrativa**. Milano: Giuffrè Editore, 2008. p. 7.
13 HAN, Byung-Chul. Op. Cit. p. 12.

uma solução às críticas sobre ineficiência e a relativização dos princípios constitucionais administrativos.[14] Desse modo, quando o princípio da publicidade apresenta faces conflitantes e reclama ponderações de valores, a transparência interfere na interpretação restritiva do administrador,[15] a exemplo do que está previsto para hipóteses de tratamento e na proteção dos dados pessoais em posse da Administração Pública. Ou para classificação de informações de caráter sigiloso por questões de segurança de Estado. Essas restrições não alcançam a transparência, cuja função é justamente assegurar a justa aplicação tanto da regra quando da exceção. Aliás, é da transparência que decorre, por exemplo, o dever de documentação[16] das ações públicas e por meio do qual será possível manejar essa verificação por quem de direito.[17]

A transparência administrativa é justamente, como afirma o administrativista argentino Roberto Dromi, a "concorrência de certos elementos-parte, que configuram uma união de conhecimento, consciência, comunicação e controle".[18] União esta muito bem delineada no voto da medida cautelar julgada na Ação Direita de Inconstitucionalidade 5.394,[19] em matéria eleitoral, de relatoria do então Ministro Teori Zavaschi, cuja autonomia conceitual da transparência foi por ele defendida:

> [...] 5. A busca pela "verdade eleitoral", tanto antes como após as eleições, depende, portanto, de transparência. Este conceito é mais do que um subprincípio ou uma figura parcelar do princípio da publicidade. Instrumento *sine qua non* para o acesso ao direito fundamental à informação, *a transparência constitui verdadeira condição da realização da democracia material, uma política pública de governança exigível de toda e qualquer instância da administração pública brasileira*, nos termos da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/11), mas que se impõe, de modo especialmente intenso, à regulamentação das eleições no país, por força da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003 e internalizada definitivamente ao ordenamento nacional, com força de lei ordinária, pelo Decreto Presidencial 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

A citada Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Tratado de Mérida), precedida pela Convenção Interamericana contra a Corrupção[20]

14 Sobre o tema: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

15 A LGPD estabelece no art. 23, § 1º, que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) poderá dispor sobre as formas de publicidade das operações de tratamento, poder regulatório que deve ser conduzido pela matriz da transparência.

16 GENANNT DÖHMANN, Indra Spiecker. A proteção de dados pessoais sob o regulamento geral de proteção de dados da união europeia. **Direito Público**, v. 17, n. 93, pp. 9-32, 2020. p. 24.

17 Segundo a LGPD, em seu art. 40, a ANPD poderá dispor sobre padrões de interoperabilidade para fins de portabilidade, livre acesso aos dados e segurança, assim como sobre o tempo de guarda dos registros.

18 DROMI, Roberto. Op. Cit. p. 227.

19 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 5.394 MC/DF, relator Ministro Teori Zavascki, DJE de 09/11/2016.

20 O Decreto n. 4.410/2002 promulgou o texto adotado em Caracas em 29/03/1996.

e pela Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE),[21] amadureceram a aplicação da transparência no contexto internacional. Os documentos fizeram frente a um modelo de Estado que antes tinha a faculdade de decidir o que fazia ou não ser público (*obscurantismo*), de confidencialidade, de segredos estatais, criando um contexto novo, de uma política pública da transparência e de informação pública positiva.[22]

Sob a perceptiva da burocracia, que sofre críticas contundentes na linha de uma Administração Pública ineficiente, a transparência seria uma importante razão/medida de reforma,[23] enquanto um meio de eliminar procedimentos desnecessários e que inflam as atividades administrativas improdutivas. Na verdade, uma Administração Pública negativamente burocrática também permite crítica à publicidade, que pode ser usada apenas para trazer a público a informação em si; somente para exteriorizar/informar acerca do que foi realizado/executado internamente. Não desempenha, pois, o mesmo serviço que a transparência administrativa, que instrumentaliza a conformidade do agir público.

Sobre o tema, Ana Flávia Messa localiza no universo da densificação do princípio da transparência administrativa, com a fixação de parâmetros para sua significação, legitimidade e concretização no âmbito da Administração Pública Brasileira. Para tanto, apresenta as seguintes classificações e dimensões:

> [...] pode-se analisar o tema, de acordo com a doutrina, de duas formas: ***a) material:*** levam-se em conta os diversos significados do termo transparência, e sua aplicação no âmbito da Administração Pública; neste sentido, pode-se afirmar que a transparência significa clareza e lisura no agir administrativo; ***b) finalística:*** analisam-se as finalidades da transparência diante das diversas perspectivas assumidas no contexto da Administração Pública. Na forma material, a transparência significa clareza no funcionamento das instituições públicas, seus resultados e respectivos meios utilizados para alcançá-los, e, por extensão, a compreensão de onde, como, quanto e por que o dinheiro do povo está sendo gasto, permitindo o acompanhamento das ações da Administração Pública pela sociedade. Neste sentido é que se diz que toda a Administração Pública deve ser transparente, que é a clareza da ação pública da gestão perante a sociedade. E também como lisura, a transparência aparece como um dos valores que permitem à Administração Pública agir dentro dos parâmetros das boas práticas éticas. Fala-se em uma necessidade estratégica no ambiente da

21 O Decreto n. 3.678/2000 promulgou o texto adotado em Paris em 17/12/1997, com ratificação pelo Brasil em 24/08/200.

22 BUTELER, Alfonso. La transparencia como política pública contra la corrupción: aportes sobre la regulación de derecho de acceso a la información pública. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 14, n. 58, pp. 61-106, out./dez. 2014. p. 65.

23 BEETHAM, David. **Bureaucracy**. 2. ed. Great Britain: University of Minnesota Press, 1996.

> gestão pública. No aspeto finalístico, a transparência funciona como uma qualidade no agir administrativo, como instrumento de boa gestão, pois melhora a prestação de contas, reduz a corrupção e, por consequência, alcança-se uma maior qualidade na prestação dos serviços públicos. Parte da doutrina menciona dimensões da transparência: ***a) política***: transparência é uma política pública traduzida por um conjunto de ações públicas promovidas para garantir visibilidade e lisura no âmbito da gestão pública; ***b) jurídica***: transparência é o acesso à informação e sua divulgação nos meios previstos na legislação; ***c) econômica:*** a transparência é uma forma de reduzir as assimetrias de informação de forma a possibilitar um melhor alinhamento de interesses entre agente e principal, para então gerar lucros e maiores investimentos no mundo dos negócios.[24] (sem grifos no original)

Com efeito, o conceito de transparência na Administração Pública mostra-se essencial ao funcionamento mais responsável e eficaz, com relevo a própria na teoria do direito administrativo,[25] uma vez que atua como princípio, como regra e como um padrão de conduta. É externa e interna e se insere no agir do gestor e do servidor, funcionando (em continuidade) como um espiral. Atua enquanto um poder modificador de forma, de conteúdo e na consequência, razão pela qual o mundo dos dados confia à transparência a sua operação, por meio da qual haja constante observação, sob o aspecto material, procedimental e logístico.

O dever de transparência é ainda comumente relacionado à ideia de *accountability*, palavra sem tradução para o português, cuja definição está vocacionada a apurar obrigações em decisões dentro do Poder Público.[26] Distingue-se, ainda, controle de *accountability*, pois o primeiro é um dos componentes do segundo e estão indissociavelmente ligados entre si pela transparência. Vale dizer: não há efetivação da *accountability* sem a utilização de instrumentos institucionais de controle,[27] para os quais o princípio da transparência integra todas etapas de apuração.

Já sob o prisma do contexto econômico, a transparência recebe uma definição pela utilidade, de presença de informações simétricas e da ausência de opacidade (informações assimétricas). Isso, por outro lado, não significa que a transparência garanta a certeza completa ou a formação de uma informação perfeita. Desse modo, por exemplo, em uma política monetária, a economia pode enfrentar incertezas sobre a sua estrutura, situação que tanto o setor público quanto o setor privado precisam ter acesso às informações dimensionando riscos

24 MESSA, Ana Flávia. **Transparência, *compliance* e práticas anticorrupção na Administração Pública**. São Paulo: Almedina, 2019. Edição do Kindle.

25 BUGARIC, Bojan. Openness and transparency in public administration: challenges for public law. **Wisconsin International Law Journal**, v. 22, n. 3, pp. 483-521, 2004. p. 487.

26 Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; BERGAMINI, José Carlos Loitey. **A centralidade da noção de accountability como instrumento de concretização do modelo de Administração Pública sustentável**. 2020. No prelo.

27 PÓ, Marcos Vinicius; ABRUCIO, Fernando Luiz. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e *accountability* das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. **Revista de Administração Pública**, v. 40, n. 4, pp. 679-698, 2006. p. 686.

e dados. E isso é o que se pode atingir por meio da transparência.[28]

Ponto que igualmente merece destaque no contexto da transparência e da proteção de dados pela Administração Pública refere-se à aplicação da transparência no *due process of lawmaking* regulatório, no qual a legislação brasileira identifica a aplicação da transparência como um dever de motivação.[29] Isso significa que a lei ao impor a obrigação de o administrador expor, de forma clara e transparente, segundo razões fáticas e jurídicas, os elementos formadores do ato administrativo normativo, está, em verdade, exigindo a transparência no devido processo normativo,[30] mais do que o ato da motivação em si.

A preocupação da transparência no processo de produção normativa externa ao Poder Legislativo resta ampliada ante a incidência de conceitos jurídicos indeterminados. O recurso aos termos/conceitos indeterminados mostra-se aumentado com a impressão de "aceleração do tempo", da complexidade das situações jurídicas, do enfrentamento de demandas imprevisíveis e conflitantes entre direitos e resulta em demandas por prestações novas pela Administração Pública. Como bem assinala Marçal Justen Filho, expressões como "interesse público" e "finalidade pública" não apresentam uma fórmula exata para aplicação, o que ocorre pela via de atos e normativas administrativas. Essas normativas alargam o espaço para subjetividades e mesmo arbitrariedades, cuja mensuração somente se fará possível pelo dever de transparência valorativa do administrador,[31] aplicável no curso do processo de formação da decisão da autoridade competente, assunto que se retomará adiante.

3. O DEVER DE TRANSPARÊNCIA NA GESTÃO INFORMACIONAL PÚBLICA

Mark Moore observa que a legitimidade das operações governamentais pode ser medidas através do compromisso com a transparência e da compreensão do que o Estado realmente faz com o dinheiro público e com o exercício de sua autoridade, fornecendo interessantes questionamentos:

> O que motivaria os gestores públicos a enfrentar os riscos significativos de desenvolver e usar medidas de desempenho em organizações que não estão acostumadas a serem chamadas a prestar contas de seu desempenho? Isso, por sua vez, expôs um problema político: enquanto os funcionários eleitos eram todos a favor do aumento da responsabilização do gover-

28 MENDONÇA, Helder Ferreira de; INHUDES, Adriana. Transparência do banco central: uma análise para o caso brasileiro. **Brazilian Journal of Political Economy**, v. 30, n. 1, pp. 159-177, 2010. p. 162.

29 Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; GONDIM, Liliane Sonsol; SOUSA, Thanderson Pereira de. Análise de Impacto Regulatório (AIR) e participação social no Brasil. **Revista Justiça do Direito**, v. 34, n. 2, p. 351-370, 31 ago. 2020.

30 Para estudo da matéria sobre o devido procedimento na elaboração normativa consultar a obra: BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

31 JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB – Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, pp. 13-41, 2018. p. 27.

> no, eles tinham dificuldade em identificar precisamente quais valores eles queriam que determinados órgãos públicos perseguissem, e geralmente se recusavam a se comprometer com qualquer conjunto de ideias tempo suficiente para que um órgão público desenvolvesse um sistema de medição de desempenho correspondente que lhe permitisse atender à demanda por melhor desempenho. No fundo, escondia um problema filosófico maior sobre como o público e seus representantes eleitos deveriam pensar sobre os valores que queriam que os órgãos públicos produzissem e refletissem em suas operações.[32] (Tradução livre dos autores)

É urgente a reflexão quanto aos enfretamentos reais da transparência, principalmente nas formas de influir na construção de um dever de transparência dentro da gestão informacional pública, a qual não atinge somente os espectros mais corriqueiros de controle fiscal, orçamentário ou contratuais públicos, mas todos os microssistemas normativos que trazem a aplicação da transparência na ação administrativa.

A Administração Pública percorre quatro funções principais nesse novo mundo governado por dados: o dever de abertura, o dever de transparência propriamente dito, o dever proteção e o dever de regulação, deveres que funcionam como um ciclo único e interligado,[33] operacionalmente e estruturalmente vinculados à transparência administrativa.

No ordenamento jurídico brasileiro, esses deveres estão substancialmente integrados desde a Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e seus programas de integridade, regulamentados no Decreto n. 8.420/2015, com importante ajuste administrativo conferido pela Controladoria Geral da União (CGU) no art. 2ª, da Portaria CGU nº 57/2019. Nesse mesmo contexto, em claro acerto legislativo no trato da questão da governança corporativa e da disciplina do art. 173, §1º da Constituição de 1988, a Lei n. 13.303/2016[34] e respectivo regulamento pelo Decreto n. 8.945/2016 (no âmbito da União) apresentam regras de transparência, gestão de risco e de exigência de programas de conformidade que aprimoraram os mecanismos de gestão e combate à corrupção no Brasil.[35]

Conforme já referido, o ordenamento jurídico brasileiro acolhe a transparência como subcategoria do princípio da publicidade,[36] previsto no

32 MOORE, Mark H. **Recognizing public value**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013. Edição do Kindle.

33 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva, HAHN, Tatiana Meinhart. Administração Pública orientada por dados: governo aberto e Infraestrutura Nacional de dados abertos. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, v. 6, n. 1, pp. 1-24, 2020. p. 3.

34 Sobre a chamada Lei das Estatais, está em andamento no STF a ADI nº 5624 a qual questiona o texto da referida Lei e que aguarda julgamento. O Tribunal, contudo, liminarmente, conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 29, caput, XVIII, da Lei 13.303/2016, ao qual se sugere a leitura.

35 Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; BERGAMINI, José Carlos Loitey. Governança corporativa na Lei das Estatais: aspectos destacados sobre transparência, gestão de riscos e *compliance*. **Revista de Direito Administrativo**, v. 278, n. 2, pp. 179-210, 2019.

36 A doutrina brasileira, a exemplo de José dos Santos Carvalho Filho, em geral incluiu a transparência como uma das formas de aplicação do princípio da publicidade. Sobre o tema, ver: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 27.

art. 37, *caput* da Constituição de 1988. Após 1988, a expressão legal mais intensa da transparência veio pelo art. 48, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000)[37] e pela LAI, legislações infraconstitucionais que impuseram culturas de transparências na Administração Pública orçamentária e informacional.

Contudo, a transparência não deve ser resumida à publicidade, porquanto indica conceito até mais ampliativo, tampouco se confunde com uma política de dados abertos, tendo em vista que o dever de transparência se comporta como elemento estrutural de próprio Estado democrático de direito. Até porque, vale ressaltar, nem toda medida de atendimento ao dever de transparência na gestão informacional pública resultará, de forma isolada, em um governo aberto e nem todo ato de publicidade administrativa garante a conformidade dos atos de gestão.[38]

Na gestão informacional pública, a existência de um governo aberto é o início para uma aplicação integral da transparência, pois mitiga irregularidades e desvios. Além disso, no caso de hipoteticamente haver um aproveitamento contrafinalístico de um banco de dados ou de dados pessoais serem utilizados antes da completa anonimização, será a transparência que salvará e demandará reparos por meio dos relatórios de impacto e das medidas de *compliance*.

Nessa linha, foram também as ações positivas experimentadas em torno da noção do governo aberto e da *Digital Era Governance*, que contribuíram à abertura do espaço e da configuração da transparência como um princípio autônomo, fora da subclassificação da publicidade e do acesso aos dados. O governo aberto precisa ser transparente e não apenas, pura e simplesmente, publicizar informações.[39]

A partir dessa equalização quanto à abertura e acesso a dados, dando combustível técnico ao mercado, à academia e à Sociedade, é que a Política de Governo Aberto dá relevo ao conceito de transparência enquanto um valor normativo e de dever à república constitucional. É que, em boa medida, a transparência pressupõe a publicidade e a compreensibilidade das informações, do mesmo modo que o Estado democrático demanda o controle social e a aplicação de instrumentos de avaliações constantes.[40]

37 A LC n. 131/2009 alterou a LRF e estabeleceu normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal para determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e ficou conhecida como a Lei da Transparência no âmbito financeiro.

38 No link https://app.wheredoesmymoneygo.org/ estão listadas algumas iniciativas relacionadas à transparência governamental que já fazem uso de dados abertos no Brasil e no mundo. Acesso em: 02 set. 2020.

39 ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Transparência e *accountability* no Estado democrático de direito: reflexões à luz da Lei de Acesso à Informação. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, pp. 84-94, 2013. p. 92.

40 A Lei nº 13.460/2017 dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública e está regulamentada pelo Decreto nº 9.492/2018 e pelo Decreto nº

A par desses parâmetros de autonomia, no Brasil o dever de transparência muito se conecta aos conceitos que a LAI promoveu e nas noções de transparência ativa e passiva. Por transparência ativa, prevista pelo seu art. 8ª, está caraterizada a divulgação de informações por iniciativa do próprio órgão público, independentemente de solicitação prévia do cidadão e que deve ser priorizada pela Administração Pública enquanto norte da política de dados abertos. Já a transparência passiva é o acesso à informação por requerimento do interessado à entidade pública, conforme previsto pela LAI e em seu regulamento, o Decreto n. 7.724/2012.

Aqui, os instrumentos de transparência com obrigações ativas relacionam-se ao princípio da publicidade e aos fundamentos de atuação do Governo aberto.[41] Por outro lado, as obrigações passivas estão voltadas a concreção da proteção dos dados pessoais, do direito de acesso à informação, meios de petição[42] e de manifestação frente à Administração Pública.

Comumente se associavam entre as vantagens da transparência ativa a redução de acúmulo de pedidos sobre um mesmo tema e, consequente, a destinação deste atendimento a outras solicitações do serviço do órgão público e a redução de gastos. No entanto, o ponto central da transparência ativa é o aumento da credibilidade e a proatividade na gestão informacional, que aproxima a informação do seu titular, a disponibiliza ao seu real destinatário. Desta forma, quando menor for a demanda por uma transparência passiva, mais sólida será relação Estado-Sociedade, maior será o comprometimento na disponibilização da informação, tendo em vista que a prática da transparência ativa não é apenas recomendável, ela é antes obrigatória.

Com efeito, a transparência ativa diz respeito à publicação de dados governamentais em formato aberto por meio da os órgãos e entidades integrantes do governo, voluntariamente, disponibilizam dados públicos para a Sociedade. Contudo, historicamente, mesmo diante dessa premissa fixada em

9.094/2017 recentemente alterado pelo Decreto 9.723/2019 (que também dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, institui o CPF como instrumento suficiente para a apresentação de dados do cidadão no exercício de obrigações e direitos) e pelo Decreto nº 10.279/2020 (base única) que visa a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos e deu mais um passo na troca de dados dentro do governo federal. Ainda, pelo Decreto nº 9.492/2018 criou-se o Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo Federal (SISOuv), o qual passou a coordenar e integrar 347 ouvidorias do Poder Executivo Federal em um único Sistema Eletrônico de Atendimento (e-Ouv), o qual faz parte da Plataforma *Fala.BR*, e atende, além destas 347, outras 1.796 instituições (1.463 unidades municipais e 333 unidades estaduais, em 25 Estados e no Distrito Federal), isto é, um total de 2.143 instituições no e-Ouv, de todas esferas de governo.

41 Sobre o tema de dados abertos no Brasil, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva, HAHN, Tatiana Meinhart. Administração Pública orientada por dados: governo aberto e Infraestrutura Nacional de dados abertos. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, v. 6, n. 1, pp. 1-24, 2020.

42 Instrumento legal chave nesse direito veio pelo Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos, a Lei n. 13.460/2017, aplicável também em matéria de tratamento de dados pessoais pela Administração Pública para solicitações de providências e reclamações relativas ao tema. Sobre o tema, ver: Sobre o tema, ver: PEREIRA, Paulo Ricardo Maroso; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; MEZZAROBA, Orides. **O direito de reclamação do usuário de serviços públicos na Lei nº 13.460/2017**: instrumento de efetivação do controle social da Administração Pública. 2020. No prelo.

lei em 2011, o STF em 2015 teve de fixar tese em sede de repercussão geral na defesa da transparência documental entre os Poderes com a seguinte ementa: "O parlamentar, na condição de cidadão, pode exercer plenamente seu direito fundamental de acesso a informações de interesse pessoal ou coletivo, nos termos do art. 5º, inciso XXXIII, da CF e das normas de regência desse direito".[43]

No caso, a Suprema Corte entendeu que o pedido de um vereador ao chefe do Poder Executivo sobre a gestão municipal enquadrava-se no dever de transparência entre os poderes e estar respaldado no direito fundamental de acesso à informação de interesse coletivo, declarando o indeferimento pelo Prefeito inconstitucional e violador dos deveres da transparência e dos princípios republicano e da publicidade.

Nota-se que o dever de transparência não permite a atuação discricionária na gestão informacional por parte do gestor público ou dos servidores, nem quanto aos critérios de abertura dos dados públicos, uma vez que a abertura é regra e não exceção. Ademais, consoante prevê o art. 67, inciso II, do Decreto 7.724/2012, regulamento da LAI, os órgãos e entidades do Governo Federal deverão encaminhar à Controladoria-Geral da União (CGU) relatório anual sobre as ações realizadas no intuito de dar fiel cumprimento às regras de acesso à informação, com encaminhado posterior ao Congresso Nacional por meio de um Relatório Anual, nos termos do art. 68 do mesmo Decreto.

A CGU,[44] antigo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, é o órgão de controle interno do Governo Federal responsável por realizar atividades relacionadas à defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão, por meio de ações de auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção e ouvidoria. Além disso, exerce a supervisão técnica dos órgãos que compõem o Sistema de Controle Interno e o Sistema de Correição e das unidades de ouvidoria do Poder Executivo Federal. Além do trabalho em matéria de transparência realizado pela CGU, o Tribunal de Contas da União (TCU), a quem compete, segundo o art. 71, da Constituição de 1988, o exercício auxiliar do Congresso Nacional no controle externo, igualmente já se manifestou avalizando a gestão informacional pública centrada na abertura de dados e no dever de transparência, situação que equaliza os aspectos relacionados à responsabilização e ao incremento da participação social.[45]

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 865401 RG, Relator Dias Toffoli, julgado em 14/08/2015, publicado em 09/10/2015.

44 O Portal da Transparência do Governo Federal é mantido pela CGU com vistas a ampliar o controle social da gestão pública. Conforme relatório do órgão divulgado em 13/04/2020, de prestação de contas do Presidente da República, em 2019, foram registrados mais de 17,5 milhões de acessos, o que gerou um total de 84,9 milhões de páginas visualizadas. Ainda, o relatório estatístico aponta a média mensal de acessos, durante o ano, foi de mais de 1,5 milhão (p. 619). Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/avaliacao-da-gestao-dos-administradores/prestacao-de-contas-do-presidente-da-republica/arquivos/2019-1/pcpr-2019-livro.pdf Acesso em: 15 ago. 2020.

45 Sobre a transparência e dados abertos, recomenda-se a íntegra do acórdão do Plenário do TCU n. 2569/2014, do Relator Benjamin Zymler, no processo 005.003/2014-8.

No que tange à aplicação da transparência na gestão da informação pública e a proteção de dados, cabe esclarecer a ausência de conflito entre as regras previstas pela LAI e pela LGPD, notadamente frente às referências expressas desta última à LAI, como se demonstrará no próximo ponto. Ademais, ao tempo que a LAI elevou o grau de transparência dentro da administração pública, a LGPD, vem como normal geral, em resguardo aos dados pessoais e por um "envelopamento" das informações casos não sejam anonimização.

Por fim, cita-se exemplo que ratifica essa ausência de conflito entre a LAI e a LGPD, bem como demonstra o dever de transparência como tutela à proteção de dados pessoais: o Decreto n. 10.153/2019 que estabeleceu salvaguardas de proteção à identidade dos denunciantes de ilícitos e de irregularidades praticados contra a Administração Pública federal direta e indireta.

4. A TRANSPARÊNCIA NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS BRASILEIRA

A LGPD passa por um período decisivo no ordenamento jurídico brasileiro, com sucessivas alterações quanto à sua vigência e incertezas quanto à criação da Autoridade Nacional de Dados (ANPD) mesmo após a edição do recente Decreto nº 10.474/2020, cuja vigência, nos termos do art. 6º, estava condicionada à publicação da nomeação do Diretor-Presidente da ANPD no Diário Oficial da União, o que somente ocorreu em meados de outubro de 2020.

No Brasil, a proteção dos dados pessoais é tutelada pela soma normativa das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual, da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade. Além disso, está em tramitação o projeto de EC n. 17/2019, que pretende incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. No primeiro ponto, embora importante inclusive no aspecto simbólico, mas essa norma fundamental pode ser claramente entendida como implícita na Constituição de 1988; por outro lado, sobre o segundo ponto haveria sim uma importante inovação constitucional, ao disciplinar essa regra de competência.

A LGPD, instituída pela Lei n. 13.709 e publicada em agosto de 2018, versa sobre o tratamento de dados pessoais, por meio físico ou digital, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, sendo prevista como normas gerais de interesse nacional e com observância obrigatória pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Conforme determina o art. 6º, inciso VI, as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar, entre outros,[46] o princípio da transparência, o qual, segundo o dispositivo, é a garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização dos tratamentos e dos respectivos agentes, observados os segredos comercial e industrial. Em complemento a esse dispositivo, o art. 9º confere ao titular o direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados,[47] as quais deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva, sem prejuízo de outras características previstas em regulamentação em prol do atendimento do princípio do livre acesso.[48]

Em consequência, a LGPD, no seu art. 9º, §1º, considera nulo o consentimento dado na ausência de atenção ao princípio da transparência. Desta forma, caso as informações fornecidas ao titular dos dados pessoais não tenham sido apresentadas previamente, de forma clara e inequívoca, será tal ato equivale a ausência de consentimento. Ou seja, a transparência é um dos requisitos à formação do consentimento do titular dos dados pessoais.

A transparência não apenas integra a formação do consentimento do titular como também se faz imperativa sob o ponto de vista estrutural, operacional e gerencial do agir dos agentes de tratamento, principalmente na construção da relação jurídica que os estes estabelecerão com o titular dos dados. A essas duas relações jurídicas (titular e agentes, titular e seus dados), estão também vinculadas às atribuições e competências a cargo da ANPD.

Ao controlador (pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais), caberá adotar medidas que garantam a transparência do tratamento de dados baseado em no legítimo interesse, considerado a partir de situações concretas e definidas em lei, na forma do art. 10, §2º, da LGPD.

Por outro lado, no que se refere à transparência na própria relação do controlador com o titular, a norma estabelece que o controlador deve implementar um programa de governança em privacidade que tenha por objetivo estabelecer uma relação de confiança com o titular dos dados pessoais, vínculo estabelecido por meio de uma atuação transparente e que assegure

46 No art. 6º são elencados os princípios da finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, segurança, prevenção, não discriminação e responsabilização e prestação de contas.

47 Por tratamento de dados, a LGPD entende toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração, na forma do art. 5º, inciso X.

48 Outras legislações são correlatas na matéria e tratam do conceito de transparência em consonância com a LGPD, razão pela qual se opta apenas pela inclusão do conceito normativo da norma geral no corpo do texto. De qualquer forma, importante mencionar que essas noções conceituais podem ser aplicadas às menções dos art. 3º, inciso IV, art. 41, incisos I e II da LAI, do art. 9º, §2º, inciso II, da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e do art. 1º, II, do Decreto n. 10.046/2019 que regulamenta a governança no compartilhamento de dados no âmbito da Administração Pública federal.

mecanismos de participação do titular, na forma do art. 50,[49] §2º, inciso I.

Seguindo ao capítulo IV, a LGPD ao apresentar as regras para o tratamento de dados pessoais no setor público o faz dando continuidade à forma de tratamento das informações previstas na LAI, tornando clara, desde o princípio, a conjugação legal desta à LGPD, bem como a manutenção das exigências fixadas desde 2011.[50]

Ainda, a norma geral fixa que as pessoas jurídicas de direito público abrangidas pela LGPD são as mesmas listadas pela LAI, isto é, órgãos públicos integrantes da Administração Pública direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, o Judiciário e o Ministério Público, a Administração indireta com as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios,[51] sem prejuízo de entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.[52]

O art. 23, além de fixar a continuidade jurídica da LAI em matéria de tratamento de dados, reforça a adstrição à finalidade pública no tratamento de dados pessoais e a vinculação das finalidades do tratamento às funções públicas desempenhadas pela pessoa jurídica de direito público, seja na prestação de serviços públicos, seja na execução de políticas públicas. Assim, conjuga-se a finalidade pública do tratamento de dados à execução das competências e atribuições legais do agente de tratamento público.

Daí porque o art. 23 preconiza que sejam informadas as hipóteses de tratamento de dados pessoais, fornecendo informações transparentes e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas

49 A redação do *caput* do dispositivo estabelece: Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

50 Vide art. 23, §§ 2º e 3º. Cabe ainda observar que os prazos e procedimentos para exercício dos direitos do titular perante as pessoas jurídicas referidas no texto deverão, também, observar o disposto nas legislações específicas, as quais sejam: a Lei n. 9.507/1997 (Lei do Habeas Data), a Lei n. 9.784/1999 (Lei Geral do Processo Administrativo) e a própria LAI.

51 As empresas públicas e as sociedades de economia mista que atuam em regime de concorrência, sujeitas ao disposto no art. 173 da CF, terão, nos termos do art. 24, da LGPD, o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito privado particulares, exceto quando estiverem operacionalizando políticas públicas e no âmbito da execução delas, situação em que terão o mesmo tratamento dispensado aos órgãos e às entidades do Poder Público estabelecido no art. 23, do mesmo diploma.

52 Os serviços notariais e de registro exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, terão o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas referidas no texto, nos termos do art. 23, §4º, da LGPD, bem como deverão fornecer acesso aos dados por meio eletrônico à Administração Pública, tendo em vista as finalidades de tratamento de dados pessoais previstas no mesmo art. 23.

para a execução dessas atividades nos dados do titular, o que deve ocorrer por meio de instrumento de comunicação de fácil acesso, preferencialmente em sítios eletrônicos, impondo, nesse sentido, que cada pessoa jurídica de direito público indique um encarregado (pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a ANPD). Desta forma, em caso de descumprimento desses preceitos, serão aplicáveis pela ANPD aos órgãos públicos e às entidades, a exceção das de natureza pecuniária, as sanções previstas no art. 52,[53] com especial destaque à sanção de publicização da infração cometida pelo órgão (*naming and shaming*), cuja aplicação ratifica de sobremodo o dever de transparência administrativa.

Para o desempenho das funções de tratamento, a LGPD no Capítulo VI traz as funções dos agentes de tratamento que são o controlador e o operador e do encarregado. Desta forma, enquanto ao controlador e ao operador incube o dever de manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem, ao encarregado (indicado pelo controlador) incumbe executar as atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares, além de receber as reclamações e comunicações dos titulares dos dados pessoais, da ANPD e adotar as respectivas providências. Afinal, é o encarregado que prestará esclarecimentos e orientará os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais e às operações de tratamento de dados pessoais, conforme previsão dos art. 37 a 41 da LGPD.

Nota-se que, em que pese as atuações do encarregado estejam no cerne prático e dos comandos operacionais do tratamento de dados, a LGPD confere à ANPD ampla gestão em seu poder regulatório não apenas na extensão das responsabilidades do encarregado, mas inclusive para a sua total dispensa de indicação pelo controlador a depender da natureza, do porte da entidade ou o do volume de operações de tratamento de dados. Atenta-se que tal poder regulatório é que deve estar fundado no *due process of lawmaking*. Ademais, a LGPD enquanto norma geral está igualmente submetida ao que determina a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro (LINDB), cuja aplicação não poderia ser mais pertinente nesse ponto diante da regra contida no art. 20 e a aplicação do dever de transparência valorativa nas decisões administrativas[54] como referimos na primeira parte do texto.

53 As penalidades aplicáveis em razão da LGPD não excluem a apuração da responsabilidade e as sanções previstas nas esferas de responsabilização civil por improbidade administrativa pela Lei n. 8.429/1992 e funcional na forma da Lei n. 8.112/1990.

54 Sobre o tema da automatização em decisões administrativas, ver: SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; HARTIMANN PEIXOTO, Fabiano. A inteligência artificial aplicada à criação de uma central de jurisprudência administrativa: o uso das novas tecnologias no âmbito da gestão de informações sobre precedentes em matéria administrativa. **Revista do Direito**, v. 3, n. 50, pp. 18-34, 2020.

5. DIÁLOGOS BRASIL E MÉXICO A PARTIR DE UMA BREVE VISÃO SOBRE A APLICAÇÃO DA TRANSPARÊNCIA E DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Observar a aplicação da transparência sob o enfoque da proteção de dados no Brasil e México depende de um ponto de partida comum: o acesso à informação.

Não apenas o direito de acesso informação é um ponto de partida comum, mas também traz elementos de aproximação histórica, política e institucional da América Latina; as dificuldades compartilhadas, os desafios em crises de corrupção, os problemas das raízes da colonização de toda América Latina até chegarmos à busca pela maximização da transparência nas decisões da Administração Pública.[55]

Segundo a organização *Transparency*,[56] em 2019 o México ocupou a 130ª posição no índice de percepção de corrupção e o Brasil a 109ª em uma lista com 180 países, o que, de fato, demonstra o quanto o tema da transparência é agenda inquestionável nesses países.

Movendo esse contexto sobre a transparência ao presente estudo e, embora a situação brasileira em torno do tema e da proteção de dados seja ainda bastante insipiente, a avaliação conjunta sobre a proteção de dados sob a ótica do acesso de informação se faz possível.

Assim como no Brasil, a história da legislação mexicana em matéria de transparência e acesso à informação é relativamente recente, sendo fruto, em ambos países, do amadurecimento do regime democrático[57] e, por óbvio, é uma resposta às dificuldades para sua consolidação.

No caso do México, o art. 6º, da Constituição Mexicana em 2007 reconheceu de forma expressa o direito de acesso à informação como um direito fundamental, o que no Brasil ocorreu em seu texto base na Constituição de 1988. Entretanto, no México, antes mesmo da reforma de 2007, os mexicanos contavam com a *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental*, lei responsável por impulsionar um movimento nacional favorável à reforma de 2007.

55 NUNES, Daniel Capecchi Capecchi. Informação e liberdade nos tempos do cólera: as cortes constitucionais latino-americanas, o direito de acesso à informação e os diálogos institucionais no México, Colômbia e Brasil. **Revista de Direito Cosmopolita**, v. 4, n. 2, pp. 62-87, 2016. p. 67.

56 A *Transparency Internacional* (TI) é uma organização não governamental, fundada em Haia, em 1993, sem fins lucrativos, dedicada ao combate à corrupção, conhecida pelo Índice de Percepção de Corrupção, que mede os níveis de corrupção em todo o mundo. A TI é ativa em quase 100 países e se dedica à conscientização sobre os efeitos da corrupção, bem como a realizar trabalhos em governos, empresas e organizações internacionais para desenvolver programas eficazes em combatê-la. Dados disponíveis em: https://www.transparency.org/en/ countries/brazil. Acesso em: 05set. 2020.

57 CEJUDO, Guillermo M. et al. (ed.). **La política de transparencia en México**: Instituciones, logros y desafios. vol. 10. México: CIDE, 2014. E-book.

A *Ley Federal de Transparencia y Acesso a la Informácion Pública y Gubernamental*, aprovada em 11 de junho de 2002, foi a primeira lei nacional de acesso à informação a ser aprovada na América Latina, é um modelo para o século XXI na matéria, cuja importância só é coadjuvante frente à força histórico-jurídica protagonizada pela Constituição Mexicana de 1917, um dos documentos mais importantes do constitucionalismo latino-americano e mundial.[58]

O México seguiu avançando e com o *Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales* (INAI) trabalha na promoção da cultura de transparência, responsabilidade e de um devido tratamento dos dados pessoais para fortalecer uma sociedade inclusiva e participativa. A INAI, coordenadora do Sistema Nacional de Transparência e Proteção de Dados Pessoais, é órgão constitucional autônomo com a missão de proteger os direitos fundamentais de acesso à informação pública e de proteção dos dados pessoais, soma que demonstra as atuações mexicanas na busca pelo cumprimento da transparência.

O órgão mexicano reúne em um único centro funções diversas em matéria de transparência, sem comparação correspondente no Brasil,[59] e tem por objetivo trabalhar para que qualquer autoridade na esfera federal, órgãos autônomos, partidos políticos, fundos públicos, sindicato, ou qualquer pessoa física ou jurídica que receba recursos públicos ou execute atos de autoridade forneça as informações públicas ao cidadão solicitante. Além disso, o INAI visa garantir o uso adequado dos dados pessoais, o exercício e a proteção dos direitos de acesso, retificação, cancelamento e oposição pelo titular dos dados às suas informações.[60] Transparência, controle e proteção de dados, tudo em uma única força de condução de trabalho e poder.

Já no caso Brasileiro, a CGU, com estrutura organizacional atual pelo Decreto n. 9.681/2019, é o órgão de controle interno do Governo Federal responsável por realizar atividades relacionadas à defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão, por meio de ações de auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção e ouvidoria.[61] A CGU atua, ainda na supervisão técnica dos órgãos que compõem o Sistema de

58 NUNES, Daniel Capecchi Capecchi. Informação e liberdade nos tempos do cólera: as cortes constitucionais latino-americanas, o direito de acesso à informação e os diálogos institucionais no México, Colômbia e Brasil. **Revista de Direito Cosmopolita**, v. 4, n. 2, pp. 62-87, 2016. p. 78.

59 No Brasil há a Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção (STPC), órgão da Controladoria-Geral da União e que conta com um membro no Comitê Central de Governança de Dados, previsto no Decreto n. 10.046/2019, referido também na nota n. 49 e nota 60.

60 Conforme descrição disponível em: http://inicio.inai.org.mx/SitePages/que-es-el-inai.aspx. Acesso em: 05 set. 2020. Tradução livre pelos autores.

61 A CGU está dividida em cinco unidades finalísticas em ações organizadas entre si, os quais sejam a Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção (STPC), Secretaria Federal de Controle Interno (SFC), Corregedoria-Geral da União (CRG), Secretaria de Combate à Corrupção (SCC) e Ouvidoria-Geral da União (OGU). Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/historico. Acesso em: 11 set. 2020.

Controle Interno, o Sistema de Correição e o Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo Federal, prestando a orientação normativa necessária.

Contudo, no Brasil ainda não há lei em cujo nome esteja gravada a transparência com tamanha abrangência e força nacional como no México, aliando acesso à informação, proteção de dados e defesa da transparência. Mesmo tendo o direito de acesso à informação ganhado lugar constitucional fundamental em outubro de 1988, o Congresso Nacional precisou de mais de 23 anos para aprovar a Lei n. 12.257 de 11 de novembro de 2011 (LAI), em um processo de tramitação legislativa com duração de mais de 10 anos. A situação se repete com a LGPD, uma vez que o primeiro projeto da lei é de 2010 e após a publicação da Lei em agosto de 2018, segue a expectativa quanto ao início vigência, a que se espera encerrar em setembro de 2020. Cronologicamente, o que a história tem mostrado aos brasileiros, é que aqui se promulgam novas Constituições e se aprovam Emendas Constitucionais em períodos temporais mais curtos, do que se confeccionam leis para o exercício efetivo desses direitos constitucionais no que tange ao acesso à informação e à proteção de dados.

De qualquer modo, a internalização de documentos internacionais no combate à corrupção, bem como as referências esparsas da transparência em legislações específicas brasileiras seja no âmbito do direito financeiro, seja no acesso à informação, seja em matéria de compartilhamento de dados ou sobre os direitos dos cidadãos em serviços públicos são liames que permitem a condução do tema e permitem, ao cabo, a verificação por órgãos de controle competentes e pelo Poder Judiciário. Sendo assim, enquanto não entrar em vigor a LGPD e não forem iniciadas as atuações regulamentares e administrativas da ANPD, a avaliação da transparência na proteção de dados pessoais na prática fica diferida, mas terá, sem dúvida, no INAI uma interessante experiência a servir de base.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A consciência do longo caminho para construção de obras duradouras e da necessária persistência são os primeiros passos na lapidação dessa pedra bruta brasileira que são a concretização da autonomia do princípio da transparência e a prática da proteção de dados pessoais no Brasil.

Neste cenário, e como primeira conclusão, independentemente da ausência de unanimidade quanto ao conceito da transparência e do enfoque de sua aplicação (política, científica, filosófica ou jurídica), desponta com inegável relevo e trabalho de consolidação de uma cultura jurídico-político-econômico-normativa em torno desse princípio.

A segunda é que a simplicidade aparente da compreensão do conceito de transparência administrativa não corresponde à complexidade na sua internalização enquanto elemento indissociável para uma atuação pública

honesta e produtiva. Aqui, infelizmente, a realidade latino-americana ainda acolhe a afirmação de Byung-Chul Han no sentido de que a "sociedade da transparência é uma sociedade da desconfiança (*Misstrauen*) e da suspeita (*Verdacht*), que se baseia no controle em virtude do desaparecimento da confiança".[62]

Por fim, não se pode descuidar e deixar de ver que há sim luz a resplandecer, talvez ainda timidamente, mas com certa solidez que vem dos movimentos constantes por melhores conduções de atuação da Administração Pública, na esteira daqueles que são os lapidários da transparência: os cidadãos, os operadores do direito, a academia e a Sociedade em geral. E, ainda, na insistência por governos abertos, na consolidação de entidades como o INAI e ao que se espera da futura ANPD. Seguramente, a "luz do sol" ainda é o melhor desinfetante!

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância líquida**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BEETHAM, David. **Bureaucracy**. 2. ed. Great Britain: University of Minnesota Press, 1996.

BRECHT, Bertolt. **Poemas 1913-1956**. Trad. Paulo César de Souza. 7. ed. São Paulo: Editora 34, 2012.

BUGARIC, Bojan. Openness and transparency in public administration: challenges for public law. **Wisconsin International Law Journal**, v. 22, n. 3, pp. 483-521, 2004.

BUTELER, Alfonso. La transparencia como política pública contra la corrupción: aportes sobre la regulación de derecho de acceso a la información pública. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 14, n. 58, pp. 61-106, out./dez. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CEJUDO, Guillermo M. et al. (ed.). **La política de transparencia en México**: Instituciones, logros y desafíos**.** vol. 10. México: CIDE, 2014. E-book.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; BERGAMINI, José Carlos Loitey. Governança corporativa na Lei das Estatais: aspectos destacados sobre transparência, gestão de riscos e *compliance*. **Revista de Direito Administrativo**, v. 278, n. 2, pp. 179-210, 2019.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; HAHN, Tatiana Meinhart. Administração Pública orientada por dados: governo aberto e Infraestrutura Nacional de dados abertos. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, v. 6, n. 1, pp. 1-24, 2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; GONDIM, Liliane Sonsol; SOUSA, Thanderson Pereira de. Análise de Impacto Regulatório (AIR) e participação social no Brasil. **Revista Justiça do Direito**, v. 34, n. 2, pp. 351-370, 31 ago. 2020.

62 HAN, Byung-Chul. Op. Cit. p. 63.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; BERGAMINI, José Carlos Loitey. **A centralidade da noção de accountability como instrumento de concretização do modelo de Administração Pública sustentável**. 2020. No prelo.

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**.10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.

GENANNT DÖHMANN, Indra Spiecker. A proteção de dados pessoais sob o regulamento geral de proteção de dados da união europeia. **Direito Público**, v. 17, n. 93, pp. 9-32, 2020.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade da transparência**. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Editora Vozes, 2017. Edição do Kindle.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB – Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, pp. 13-41, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDONÇA, Crystianne da Silva; MELO, Luiz Carlos Figueira. Dever fundamental de publicidade administrativa: uma análise sob a transparência pública na gestão estatal e a efetividade da participação popular nas ações da Administração Pública brasileira. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 18, n. 71, pp. 249-266, 2018.

MENDONÇA, Helder Ferreira de; INHUDES, Adriana. Transparência do banco central: uma análise para o caso brasileiro. **Brazilian Journal of Political Economy**, v. 30, n. 1, pp. 159-177, 2010.

MERLONI, Francesco; CARLONI, Enrico. **La trasparenza amministrativa**. Milano: Giuffrè Editore, 2008.

MESSA, Ana Flávia. **Transparência, *Compliance* e Práticas Anticorrupção na Administração Pública**. São Paulo: Almedina, 2019. Edição do Kindle.

MOORE, Mark H. **Recognizing public value**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013. Edição do Kindle.

NUNES, Daniel Capecchi Capecchi. Informação e liberdade nos tempos do cólera: as cortes constitucionais latino-americanas, o direito de acesso à informação e os diálogos institucionais no México, Colômbia e Brasil. **Revista de Direito Cosmopolita**, v. 4, n. 2, pp. 62-87, 2016.

PÓ, Marcos Vinicius; ABRUCIO, Fernando Luiz. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e *accountability* das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. **Revista de Administração Pública**, v. 40, n. 4, pp. 679-698, 2006.

PEREIRA, Paulo Ricardo Maroso; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; MEZZAROBA, Orides. **O direito de reclamação do usuário de serviços públicos na Lei nº 13.460/2017**: instrumento de efetivação do controle social da Administração Pública. 2020. No prelo.

ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Transparência e accountability no Estado democrático de direito: reflexões à luz da Lei de Acesso à Informação. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, pp. 84-94, 2013.

RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 266, p. 89-123, 2014.

SANTIN, Janaína Rigo; FRIZON, Leone. Administração consensual, *accountability* e transparência na administração pública brasileira. **Revista de Direito da Cidade**, v. 12, n. 2, pp. 504-527, 2020.

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; PEIXOTO, Fabiano Hartmann. A inteligência artificial aplicada à criação de uma central de jurisprudência administrativa: o uso das novas tecnologias no âmbito da gestão de informações sobre precedentes em matéria administrativa. **Revista do Direito**, v. 3, n. 50, pp. 18-34, 2020.

2. ALGUMAS LINHAS DE TRANSFORMAÇÃO DA TEORIA GERAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Eurico Bitencourt Neto

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alβan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para a América Latina e da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia de Portugal. Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Advogado.

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Dois pontos da contribuição de Eberhard Schmidt-Aβmann; 2.1. Relações entre Direito Administrativo geral e Direito Administrativo especial; 2.2. Direito Administrativo como "Ciência de Direção"; 3. Considerações finais; Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O início do século XXI tem sido marcado pela intensificação das transformações que o Estado moderno e sua Administração Pública têm vivido desde o século passado. Por um lado, a institucionalização do poder político e administrativo a partir de um princípio geral de unidade territorial tem sido abalado por uma "dinâmica de desnacionalização"[1], seja na perspectiva externa, com o reconhecimento de poderes públicos globais desvinculados de um Estado[2], seja em âmbito interno, no que se tem chamado Estado pós-moderno[3]. Por outro lado, novos desafios desta realidade impõem uma reconfiguração dos modos de organização e funcionamento da Administração, com reflexos estruturais para a dogmática do Direito Administrativo.

Tal fenômeno de diluição da capacidade de intervenção do poder administrativo territorialmente definido e fundado em um instrumental jurídico-administrativos construído em fins do século XIX e no início do século XX tem como exemplo dramático o enfrentamento da pandemia global de Covid-19 em 2020. Nunca antes, desde a criação do Direito Administrativo, a diluição de fronteiras nacionais, a transversalidade de interesses públicos, as formas de organização em rede, a multipolaridade de relações jurídico-administrativas, a complexidade e premência das decisões administrativas e a insuficiência, em determinados casos, dos quadros ordinários da legalidade, se colocaram, de uma só vez e de modo tão contundente, à vista de todos.

1 MEDEIROS, Rui. **A constituição portuguesa num contexto global,** p. 20 e seg.
2 CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato.**
3 CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno.**

Esta é uma boa oportunidade para trazer à tona algumas reflexões que têm sido feitas, desde os últimos anos do século passado, sobre linhas de transformação do Direito Administrativo. Antes, porém, de entrar no campo jurídico, cabe fazer breve referência às características da Administração Pública neste início de século, na medida em que essas novas formas de organização e funcionamento geram a necessidade de que o instrumental jurídico se amolde às necessidades do novo tempo.

Desde a segunda metade do século passado, a diluição de alguns dos dogmas do Estado moderno tem produzido importantes transformações na Administração Pública do Estado de Direito democrático e social, sob ponto de vista orgânico e sob o aspecto funcional. Assim é que o perfil de Administração prestadora ou constitutiva, que se consolidou em meados do século XX, em especial na Europa continental, perdeu força e tem convivido, cada vez mais, com uma Administração reguladora ou de garantia.

Ainda que seja correto afirmar que, nos quadros normativos da Constituição de 1988, assim como das diversas Constituições europeias de mesma matriz axiológica, "a socialidade é, ainda hoje, uma dimensão intrínseca da estatalidade"[4], é preciso também reconhecer que novos desafios de nosso tempo impõem uma reconfiguração da Administração Pública para concretizar os seus objetivos. Tais mudanças têm transformado o perfil da Administração neste início de século, impondo um repensar de velhos dogmas do Direito Administrativo, como, por exemplo, uma concepção radical da unidade da organização administrativa, uma visão da função administrativa como simples aplicadora da lei de ofício, ou uma ideia redutora do exercício do poder administrativo à via unilateral[5].

Como já se referiu, de forma analítica, em outra oportunidade[6], os principais traços da Administração Pública do início do século XXI são o seu caráter infraestrutural, sua procedimentalização, a multipolaridade de muitas de suas relações jurídicas, a difusão de formas de organização em rede, a profusão de meios de Administração concertada e sua vinculação à eficiência. Tais características têm acentuado a necessidade de revisão de diversos capítulos do Direito Administrativo, construídos para servir a uma realidade que, em boa medida, não existe mais.

Essa reconstrução vai se fazendo no campo da atividade administrativa, pressionada por novas demandas e necessidades e se institucionaliza nos

4 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também,** p. 710.

5 GAUDEMET, Yves. **Cinquant'anni di diritto amministrativo francese.**

6 BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica:** Direito Administrativo e organização no século XXI, p. 111-150. Tal matéria está tratada, de forma sintética, em BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais,** vol. 4, n. 1, p. 207-225.

diversos campos setoriais do Direito Administrativo. Mas não raras vezes a renovação operada no âmbito do Direito Administrativo especial não encontra reflexo em sua teoria geral, onde a transformação é mais lenta e velhos dogmas teimam em resistir. Esse quadro, perceptível no Direito Administrativo brasileiro atual, demanda enfrentamento dogmático.

Nesta oportunidade, não se trata de inventariar ou fazer análise exaustiva das linhas de evolução que o Direito Administrativo tem apresentado para se moldar aos novos desafios contemporâneos. Trata-se de identificar dois pontos de reflexão, extraídos da contribuição teórica de Eberhard Schmidt-Aβmann, relevantes para o enfrentamento do que se pode chamar fase de transição do Direito Administrativo brasileiro. Transição de um modelo dogmático forjado a partir da realidade do século XX para um novo modelo que seja apto a enfrentar uma realidade bastante distinta, neste início de século XXI.

Como já se registrou[7], a necessidade de transformação não exclui a permanência de traços identitários do Direito Administrativo. Em outras palavras, o Direito Administrativo velho convive com o Direito Administrativo novo. Mas tal convivência deve passar pelo filtro crítico das necessidades deste tempo, na medida em que que "A ciência do Direito Administrativo é uma ciência orientada à prática (…) As reflexões teóricas devem ter sempre sua tradução e reflexo no Direito Administrativo vivo, no Direito que se aplica"[8].

Da extensa e relevante contribuição de Schmidt-Aβmann para a teoria geral do Direito Administrativo, dois traços foram eleitos neste brevíssimo texto para apontar caminhos para sua renovação: as relações entre Direito Administrativo geral e Direito Administrativo especial e a concepção do Direito Administrativo como "Ciência de Direção". Tais reflexões, embora tenham como objeto de análise a reforma do Direito Administrativo alemão, pode ser estendida à realidade da dogmática jurídico-administrativa brasileira, como base para sua reconstrução crítica.

2. DOIS PONTOS DA CONTRIBUIÇÃO DE EBERHARD SCHMIDT-A'MANN

2.1. RELAÇÕES ENTRE DIREITO ADMINISTRATIVO GERAL E DIREITO ADMINISTRATIVO ESPECIAL

As transformações dos modos de organização e funcionamento da Administração Pública têm refletido sobre o Direito Administrativo, especialmente no caso brasileiro, no âmbito da legislação infraconstitucional,

7 BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica,** p. 430-431.
8 SCHMIDT-AβMANN, Eberhard. **Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo,** p. 77.

em capítulos do Direito Administrativo especial. Pode ser citada como exemplo relevante a contratualização de poderes de autoridade, como é o caso dos chamados termos de ajustamento de conduta, celebrados com base no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347, de 1985, que autoriza os órgãos públicos legitimados a tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, ou também dos termos de ajustamento de gestão, no âmbito dos Tribunais de Contas, ou de acordos substitutivos de procedimentos sancionatórios firmados por agências reguladoras.

Não obstante a existência de instrumentos especiais de contratualização, alguns previstos em lei especial, outros admitidos por órgãos de controle mesmo sem fundamento legal expresso[9], no plano da Teoria Geral ainda há dificuldade em se admitir que o exercício de poderes de autoridade pode se dar mediante contrato. Não por acaso, as leis que disciplinam tal exercício nos diversos campos do Direito Administrativo especial não usam o termo contrato, preferindo expressões imprecisas como "termo de ajustamento de conduta", "termo de compromisso", "acordo substitutivo", entre outras.

Se a Parte especial do Direito Administrativo, responsável pela regulação de distintos interesses especiais, capta inicialmente as novas necessidades e tendências, é preciso que as transformações que daí brotam busquem suas referências e sua fundamentação nas bases da Parte Geral, ou, em outras palavras, é preciso encontrar lastro na Teoria Geral do Direito Administrativo. Partindo de uma concepção sistemática, os distintos setores da Parte Especial devem encontrar referência na Parte Geral, ou se reconduzir à Teoria Geral, como forma de fundamentação e ordenação dos interesses especiais, o que ganha ainda mais relevância em um quadro crescente de fragmentação da Administração Pública[10].

Mas não se trata de uma via de único sentido. As relações entre os âmbitos de referência da Parte Especial e a Teoria Geral do Direito Administrativo devem ser de "recíproca interação e interrelação"[11], marcadas pela necessidade de integração das áreas especiais às bases gerais que lhes asseguram

9 Como é o caso de acordo de ajustamento de conduta celebrado pela ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, celebrado sem fundamento legal específico e considerado (TC 022.280/2016-2 – Acórdão 2121/2017 – TCU-Plenário) lícito pelo Tribunal de Contas da União. Entre os fundamentos do citado Acórdão extrai-se a seguinte afirmação: "Quanto à realização do TAC pela Anatel, o Ministro-Relator conclui que o arcabouço normativo já se encontrava suficientemente delineado para autorizar a Anatel a celebrar o TAC. Para tanto, menciona a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) e os regulamentos internos da agência (a Resolução-Anatel 589/2012; o art. 54 da Resolução-Anatel 612/2013, que trata do Regimento Interno da autarquia; e a Resolução-Anatel 629/2013, que trata do Regulamento de Celebração e Acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta – RTAC). Ademais, destaca que "acaso prevalecesse eventual exigência de lei específica ou decreto para mediar o disposto no art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985, estariam em xeque não apenas os TAC firmados pela Anatel, mas também pelas demais agências e até mesmo pelo Ministério Público".

10 SCHMIDT-AβMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema,** p. 10-11.

11 SCHMIDT-AβMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema,** p. 10.

fundamentação e ordenação e, por outro lado, pela influência enriquecedora que as transformações captadas pela Parte Especial deve ter sobre a dogmática muitas vezes envelhecida da Parte Geral.

Neste segundo sentido, a Teoria Geral deve encontrar nos âmbitos de referência setorial – como por exemplo a regulação de serviços públicos ou atividades econômicas em sentido estrito, o Direito Administrativo ambiental ou urbanístico – um "armazém de remédios e soluções"[12], na medida em que tais áreas estão diretamente pressionadas por novas necessidades que a realidade impõe. Tal "armazém" muitas vezes fornece substrato para a revisão de ideias e dogmas da Teoria Geral que se desconectaram do momento histórico atual e que precisam ser ressignificados ou, em alguns casos, abandonados.

No exemplo citado da contratualização de poderes de autoridade, que se pode identificar em diversos campos do Direito Administrativo especial brasileiro, como a atividade de controle da Administração Pública, o Direito regulatório, o Direito Ambiental, o Direito Urbanístico e o Direito da função pública, o que se pode concluir é que a Parte Especial está demonstrando que a máxima segundo a qual não se pode exercer poder de autoridade por contrato deve ser revista. E tal revisão produz relevantes efeitos, como o de se considerar o contrato um modo normal de exercício das tarefas públicas e o de se considerar relevante a regulação pré-contratual não apenas nos clássicos contratos administrativos de aquisição de bens e serviços, de obra pública ou de concessão de serviços públicos.

Em síntese, as linhas de transformação do Direito Administrativo contemporâneo demonstram a necessidade de um novo olhar sobre a sua Teoria Geral, para integrá-la em uma relação de recíproca interação com os âmbitos de referência da sua Parte Especial.

2.2. DIREITO ADMINISTRATIVO COMO "CIÊNCIA DE DIREÇÃO"

O Direito Administrativo contemporâneo não se legitima mais pela presunção formal de que a simples aplicação de seu sistema normativo garante a concretização dos interesses públicos. A dogmática do Direito Administrativo não se deve confinar a cogitações normativas no plano formal, mas deve se questionar sobre sua eficácia e efetividade. Estas dependem muitas vezes de fatores extrajurídicos aos quais o Direito Administrativo não pode estar indiferente quando faz suas opções normativas. Nesse sentido, "La ciencia del Derecho administrativo há de ser concebida como ciencia de dirección y vertebración"[13].

Essa afirmação está assentada na compreensão de que a Ciência do

12 SCHMIDT-AβMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema,** p. 11.
13 SCHMIDT-AβMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema,** p. 27.

Direito, e mais especificamente do Direito Administrativo, não se deve limitar à construção dogmática de técnicas, categorias e normas jurídicas, mas deve também cogitar das condições e pressupostos para que aquelas se tornem eficazes e efetivas[14]. Trata-se da abertura da dogmática jurídico-administrativa para exercer uma função ordenadora, de direção social, o que tem particular relevância na medida em uma realidade de interesses públicos transversais e de decisões técnicas complexas.

Conceber o Direito Administrativo como Ciência de Direção corresponde a, sem abrir mão do método jurídico[15], integrá-lo a outras Ciências Sociais na análise dos fatores e condições que influenciam os processos sociais e, por consequência, a eficácia do Direito. Busca-se compreender a influência recíproca entre sujeitos, objetos, meios e instrumentos de direção e ordenação social, entre os quais, o Direito Administrativo[16].

Ainda que, no âmbito do Estado de Direito, o Direito Administrativo seja um elemento central de ordenação social, não se pode perder de vista a existência de outros meios de direção social, como por exemplo o mercado, ou entes transnacionais. Assim é que a busca de efetividade do Direito Administrativo não pode desconsiderar, em um contexto mais amplo, sua interação com os demais instrumentos e meios de direção social[17]. Essa compreensão contextualizada ganha relevância ainda mais acentuada em áreas complexas da atuação administrativa, como a atividade regulatória ou ambiental, na medida em que considerar os efeitos recíprocos dos distintos meios de direção social potencializa a eficácia da intervenção jurídica[18].

A relação da dogmática jurídico-administrativa com outras disciplinas, se, por um lado, amplia a capacidade do Direito Administrativo de processar alterações sociais relevantes, por outro lado não significa o afastamento de conceitos ou do método jurídico. É preciso identificar "pontos de apoio no sistema jurídico e de, a partir deles, construir o contexto argumentativo de recepção".[19]

Um mecanismo relevante da comunicação da dogmática jurídico-administrativa com outros campos científicos é o uso de "conceitos de ligação"[20], que podem identificar pontos de interseção entre o Direito

14 SCHMIDT-AβMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema,** p. 27.
15 "O tradicional 'método jurídico' não se tornou de modo algum supérfluo, pela conversão da jurisprudência numa 'ciência de direcção'; mas ele perdeu, no entanto, o seu direito de estar sozinho e foi enriquecido por outras perspectivas disponibilizadas pelas ciências afins" (JESTAEDT, Matthias. *"'Öffentliches Recht' als wissenschaftliche Disziplin,* p. 241 (261) apud SCHMIDT-AβMANN, Eberhard. **Dogmática jurídico-administrativa,** p. 43).
16 SCHMIDT-AβMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema,** p. 28.
17 SCHMIDT-AβMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema,** p. 29.
18 SCHMIDT-AβMANN, Eberhard. **Dogmática jurídico-administrativa,** p. 43.
19 SCHMIDT-AβMANN, Eberhard. **Dogmática jurídico-administrativa,** p. 45.
20 SCHMIDT-AβMANN, Eberhard. **Dogmática jurídico-administrativa,** p. 46-48.

Administrativo e a Ciência da Administração ou as Ciências Econômicas, por exemplo. Talvez uma boa referência recente no Direito Administrativo brasileiro seja o conceito de eficiência. Quando foi integrado à Constituição de 1988 pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, como um princípio geral do Direito Administrativo, foi recebido com reservas pela dogmática tradicional. Não obstante, sua integração como norma jurídico-administrativa obrigou a dogmática a buscar seu conceito jurídico, absorvendo parcialmente ideias antes invulgares no campo jurídico e ampliando o espectro de legitimação da ação administrativa[21].

Além disso, no âmbito da técnica jurídica, essa concepção alargada do Direito Administrativo permite a inclusão ao instrumental tradicional de meios de atuação – formado por instrumentos de intervenção coercitiva – uma plêiade de novos instrumentos reguladores sem caráter impositivo, como incentivos, subvenções, uso da informação, vale dizer, meios comumente alheios ao universo jurídico-administrativo[22].

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Administrativo contemporâneo é um ambiente em ebulição. Tenta conciliar as bases gerais de sua dogmática, que lhe asseguraram, ao longo do tempo, autonomia científica perante os demais ramos do Direito, com a necessidade, própria de seu âmbito de regulação, de oferecer um instrumental adequado a concretizar as tarefas públicas. Se o Direito Administrativo é, por vocação, orientado à prática e à produção de bons resultados da atuação administrativa, nesta quadra histórica sua tarefa ganha complexidade.

Daí que as recíprocas relações entre sua Parte Geral e Parte Especial, bem como sua consideração como "Ciência de Direção", nos termos propostos por Eberhard Schmidt-Aβmann, são considerações relevantes para buscar a atualização de sua dogmática, fazendo com que os braços desbravadores da Parte Especial encontrem adequados fundamentos e ordenação segura.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica:** Direito Administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais,** vol. 4, n. 1, p. 207-225. jan./abr. 2017. Disponível em: http://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/49773/31680. Acesso em: 17 set. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional passa; o direito administrativo passa

21 Sobre o conteúdo jurídico do princípio da eficiência, BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica,** p. 150-159; 301-308.

22 SCHMIDT-AβMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema,** p. 29-30.

também. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares.** Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 705-721.

CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato.** Roma-Bari: Laterza, 2006.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno.** Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GAUDEMET, Yves. Cinquant'anni di diritto amministrativo francese. In*:* D'ALBERTI, Marco (Org.). **Le nuove mete del diritto amministrativo.** Bolonha: Il Mulino, 2011 (e-book).

MEDEIROS, Rui. **A constituição portuguesa num contexto global**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

SCHMIDT-AβMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. In: BARNES VÁZQUEZ, Javier (Coord.). **Inovación y reforma en el derecho administrativo.** Sevilha: Global Law Press, 2006.

SCHMIDT-AβMANN, Eberhard. **Dogmática jurídico-administrativa:** um balanço intermédio sobre a evolução, a reforma e as funções futuras. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHMIDT-AβMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema.** Madri – Barcelona: INAP – Marcial Pons, 2003.

3. EL AUGE DE LOS DERECHOS HUMANOS EMERGENTES Y SU EXIGIBILIDAD EN MÉXICO: RETOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO

Francisco de Jesús Cepeda Rincón

Profesor de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Maestro en Ciencias Políticas y Doctor en Derecho Constitucional y Gobernabilidad por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Colaborador del Cuerpo Académico "Administración Pública y Derecho Financiero". Director de Investigación en Paso de Esperanza AC. Correo: fcojesuscepeda@gmail.com.

Edgar Alejando Márquez Alfaro

Profesor de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Maestro en Derecho Penal con Orientación en Sistema Penal Acusatorio por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Estudiante del Doctorado en Derecho Procesal en la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL. Director General de la Comisión Ejecutiva para la Reforma del Sistema de Justicia Penal en el Estado de Nuevo León. Correo: eamarqueza@gmail.com.

José Francisco Rebolledo Mendoza

Profesor de tiempo completo de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Doctor en Calidad y Procesos en Innovación Educativa por el Instituto de Pedagogía Aplicada. Asesor jurídico en materia laboral y administrativa. Correo: francisco.rebolledo@yahoo.com.mx.

Sumario: 1. Consideraciones iniciales; 2. La Carta y la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes; 3. Valores y principios de los Derechos Humanos Emergentes; 4. Los Derechos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes; 5. La exigibilidad tradicional de los derechos humanos; 6. Mecanismos y recursos de exigibilidad de los derechos humanos emergentes; 7. Consideraciones finales; Bibliografía.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

Los derechos humanos son una de las mayores preocupaciones a nivel nacional e internacional, su protección, su garantía y su satisfacción en algunos países, todavía parece una realidad muy lejana y difícil de alcanzar, no obstante, el mismo sustento de los derechos humanos justifica estas situaciones, al ser considerados siempre como algo inacabado e incompleto, que supone nuevos retos y actualizaciones constantes para lograr acercarnos aunque sea un poco más a su cometido, sin embargo, ¿esto es posible de lograr, sin poder haber

alcanzado el cumplimiento de algunas de las garantías más básicas contenidas en los derechos humanos después de tantos años?

No es difícil suponer en los derechos humanos un ideal que tal vez sea imposible alcanzar, pero entonces, ¿cómo podríamos considerar la postulación y ampliación de algunos derechos mediante la incorporación de otros? Los derechos humanos emergentes buscan coadyuvar con las promesas inconclusas de la protección y satisfacción de los derechos humanos, tanto de los contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como en otros diversos acuerdos, pactos y tratados, —que en algunos casos, ni por ser regionales—, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, han logrado hacer que los problemas locales y específicos de los países cercanos en materia de derechos humanos, sean solventados de una forma eficiente e integral.

Dicho lo anterior, en este trabajo, analizaremos los fundamentos, los valores, principios y derechos contenido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes, para posteriormente señalar las formas en que tradicionalmente han sido exigidos los derechos humanos en México. Finalmente, ilustraremos, cómo es que los derechos humanos emergentes representan y requieren nuevas formas de exigibilidad, tanto a la Administración Pública como a las Autoridades Judiciales y los Estados.

2. LA CARTA Y LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EMERGENTES

Desde su conformación como Carta, la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes, fue considerada como un documento innovador por la forma en que es propuesta y conformada, supone la incorporación de nuevas formas de participación en la elaboración de propuestas en materia de derechos humanos, es decir, de legislar o convenir sobre los derechos humanos fuera de las formas tradicionales que han supuesto la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros documentos internacionales en la materia, los cuales se encuentran basados en la figura de las Asambleas de Estados.

Dicho lo anterior, la Declaración según Gloria Ramírez, correspondería a "la idea reciente según la cual la humanidad entera formaría una comunidad política con el deber de asumir su destino de forma compartida"[1], esto en gran medida, por la visión que se tiene acerca de los países subdesarrollados, donde se supondría una mayor restricción a los derechos humanos de cualquier generación, y por ende, más alejados de los postulados de los derechos

1 RAMÍREZ, Gloria, "El cómo y el porqué de la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes", en **Los derechos humanos en las sociedades contemporáneas**, Fórum Universal de las Culturas Monterrey 2007; Fondo Editorial de Nuevo León, México, 2008, pp. 91-92.

humanos emergentes, lo que motivaría a que precisamente estas dificultades regionales fueran consideradas en la determinación de los principios, valores y derechos contenidos en la Declaración.

Los retos del siglo XXI y la globalización que tenía un gran auge al inicio de este siglo, fueron para la Declaración los principales motivos para vislumbrar un nuevo documento que acorde al principio de progresividad de los derechos humanos, fijara nuevas pautas y parámetros para consolidar derechos que no habían sido establecidos o que aun se podrían ampliar más, debido a los cambios "políticos, sociales, ideológicos, culturales, económicos, tecnológicos y científicos que han incidido de manera profunda en el saber de los derechos humanos, en los mecanismos para su garantía y en la fuerza e impacto de las voces y movimientos que desde la sociedad civil global demandan su respeto"[2].

Los cambios presentados en el mundo son múltiples, y los derechos humanos no tienen una definición univoca, de manera que en cada época y lugar pueden ser concebidos de distintas maneras, hecho que es propio de su principio de progresividad, sin embargo, la Declaración advierte que hay que mantenerse alerta de la intromisión de "nuevas vías de dominación o de expoliación"[3], hecho presente en múltiples ocasiones a lo largo de la historia de los derechos humanos, que constantemente encuentran nuevos enemigos o formas en las que se discrimina y aleja a las personas de poder gozar plenamente de ellos, a través de discursos, reformas o políticas públicas.

Otro hecho a destacar por la Declaración, es el señalamiento que se hace acerca de la insuficiencia que representa el modelo de Estados soberanos, donde cada Estado debería hacerse cargo de lo que ocurriese en su territorio. La insuficiencia del Estado para administrar y gobernar lo que sucede al interior de sus fronteras, conlleva problemas fuera de ellas, y grandes regiones pueden verse afectadas, pues "las relaciones interestatales y los movimientos transnacionales se entrelazan y se cruzan con enfrentamientos entre los Estados, los conflictos persisten y violencias sociales alcanzan regiones enteras"[4].

Así mismo, el Estado no es el único responsable de estas dificultades, sino que también el mercado transnacional marca pautas económicas y laborales a través de políticas que tienen como intensión una uniformidad en todos los países y regiones, se piensa como una política global que puede llegar a afectar a cualquier lugar, independientemente de si existen o no buenas condiciones en materia de derechos humanos.

2 **Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes**. Obtenido de: https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/04_Docentes_UdeO_ubicar_el_de_alumnos/Contenidos/Lecturas%20obligatorias/M.5_cont_3_DUDHE.pdf

3 *Ibidem*.

4 *Ibidem*.

Los cambios señalados en la Declaración son amplios, pero se hace énfasis en que es necesario atender los nuevos contextos que se presentan en el mundo con la incorporación de nuevas tecnologías, el acrecentamiento de problemas relacionados con la migración y los desplazamientos, la pobreza acrecentada por las políticas económicas, la intensificación del terrorismo y el narcotráfico en algunas regiones del mundo acompañados de desplazamiento, inseguridad o conflictos internos, y las hegemonías políticas que definen las relaciones internacionales y la geopolítica.

Todos los retos y cambios presentes a inicio de siglo, son para la Declaración, el mejor indicio de que es necesario confrontar estos problemas comunes, y la mejor manera de hacerlo, es para ellos, a través de la globalización de la "solidaridad, desarrollar proyectos alternativos, imaginar nuevas alianzas, favorecer nuevas formas de resistencia, garantizar efectivamente nuevas propuestas de democracia internacional, de desarrollo sostenible y de la paz y concebir desde la óptica de la sociedad civil los derechos humanos del siglo XXI"[5].

3. VALORES Y PRINCIPIOS DE LOS DERECHOS HUMANOS EMERGENTES

Los derechos humanos emergentes, a pesar de adscribirse a los ideales de los derechos humanos, incorporan también valores y principios que refuerzan los otros documentos de derechos humanos, y a su vez, dan mayor sustento a los incorporados en la Declaración, pues como se señala en ella, los valores "no son estáticos. O no lo es el significado de sus términos. Las palabras que nombran a los valores fundamentales, aun siendo siempre las mismas, adquieren matices distintitos de acuerdo con cada época"[6].

Con esa perspectiva histórica, los derechos humanos emergentes se sustentarían en valores que toman el aprendizaje de épocas pasadas, de aciertos y errores que han contenido los valores, y de nuevas problemáticas, que a pesar de ser asimilables a otras, tienen nuevas consecuencias o funciones que presentan riesgos desconocidos, como lo puede ser el uso inadecuado y desregularizado de la tecnología, los nuevos conflictos armados, el terrorismo, el uso de armas, y también lo ya referido, acerca de los posibles efectos económicos, políticos, culturales, laborales, que pudiese acarrear la globalización en los Estados, sobre todo en los grupos más vulnerables.

Dicho lo anterior, la Declaración considera que es necesario un replanteamiento de los valores, a pesar de que estos ya se encuentren

5 **Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes**, *Op. Cit.*
6 *Ibidem.*

contenidos en otros documentos, pues en algunos casos, dichos valores ya no corresponden a las necesidades actuales, sin considerar que algunos son insuficientes para afrontar los retos del siglo XXI, de manera que postula ocho valores que a continuación mencionaremos y describiremos brevemente:

- *Valor de la Dignidad*: Este valor se sustenta en el pensamiento kantiano referente a que el ser humano es un fin en sí mismo, y no un medio de cual pueden disponer otras personas para alcanzar sus fines. Así mismo, se toma la noción de Pico della Mirandola acerca del ser humano, donde este tiene libre albedrío para determinar su propia vida y sus acciones, de manera que "el ser humano tiene dignidad porque no tiene precio"[7], y debe garantizarse la dignidad a personas vulnerables, personas con discapacidad, las minorías y los pueblos indígenas.
- *Valor de la Vida*: Se considera como el valor más básico, porque es el sustento de los demás valores, sin embargo, este valor es visto también en otras perspectivas, por ejemplo desde el medio ambiente sano, el cual es necesario para garantizar una calidad de vida, o la muerte digna, que también es un derecho discutible en la actualidad, acerca del alcance del derecho humano a la libertad.
- *Valor de la Igualdad*: La igualdad se considera como un valor intrínseco al derecho a la libertad, puesto que no existiría la libertad individual sino hubieran condiciones de igualdad de oportunidades, por lo que se hace énfasis en modificar y enfrentar las tendencias del capitalismo neoliberal para mejorar la justicia distributiva entre las personas y grupos más vulnerables.
- *Valor de la Solidaridad*: Es concebido como una actualización del valor francés de la fraternidad, y se visualiza como el compromiso individual de sumarse a la movilización y la organización social para mejorar el desarrollo y los resultados que las políticas públicas pueden brindar.
- *Valor de la Convivencia*: También este valor busca actualizar el valor de la tolerancia, pues se busca que, más que tolerar lo que nos desagrada, reconozcamos lo que nos es diferente como igual, sobre todo, en un escenario donde los fenómenos migratorios van en constante aumento.
- *Valor de la Paz*: Fuera de las concepciones tradiciones de la paz basadas en un mundo sin guerra o conflictos armados, este valor busca que la paz se considere como diálogo entre personas, culturas e identidades.
- *Valor de la Libertad*: Para alcanzar sociedades democráticas, se considera que este valor es indispensable, pues representa el equilibrio entre las libertades individuales y los demás derechos, de manera que impone un uso responsable de la libertad a todo ser humano.
- *Valor del Conocimiento*: Se considera que este valor es indispensable en los

7 *Ibidem.*

tiempos actuales debido a que es una condición básica de otros valores y derechos, como el de la libertad, la igualdad, la educación o la dignidad.

Todos los valores descritos anteriormente, son parte integral de los derechos humanos emergentes, sin embargo, se consideró también la incorporación de principios transversales que mantuvieran clara la interpretación de los valores y derechos establecidos en la Declaración, actualizando, al igual que en el caso de los valores, algunos principios ya señalados en otros documentos con la intención de incorporar nuevas preocupaciones y problemas de las condiciones actuales en el mundo.

Los principios establecidos en la Declaración, son diez, los cuales se mencionan y se describen a continuación:

- *Principio de Coherencia*: Partiendo del enfoque historicista, se considera que esta Declaración no pertenece ni es otra generación de derechos humanos, sino que es parte de la promoción y reivindicación de los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.
- *Principio de Horizontalidad*: Establece que ningún derecho humano emergente es jerárquico, ni los niveles de gobierno o jurídicos son jerárquicos, sino espacios articulados.
- *Principio de Promoción a la Multiculturalidad*: El sujeto, tanto como los pueblos, tienen derechos, de manera que los derechos humanos también son derechos colectivos.
- *Principio de Solidaridad*: Busca convertirse en una exigencia ética de los actores para involucrarse en la tarea de los derechos humanos que tienen los Estados y la comunidad internacional.
- *Principio de Participación Política*: Es necesario que se cuente con espacios de participación ciudadana, pues todos los derechos humanos contienen una dimensión política.
- *Principio de Género*: Busca que no solo se consideren, protejan, mejoren y garanticen los derechos de la mujer, sino que también se reconozca la diversidad sexual y la masculinidad.
- *Principio de Inclusión Social*: Las personas más vulnerables o con alguna discapacidad, deben ser tomadas en cuenta en las sociedades para su inclusión en la participación ciudadana, es decir, se debe buscar la universalidad de los derechos humanos.
- *Principio de Exigibilidad*: Es un deber generar y promover mecanismos que vinculen a los Estados a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, y permitan exigir su cumplimiento por parte de todos los seres humanos.
- *Principio de No Discriminación*: Al igual que todos los derechos humanos,

los derechos humanos emergentes deben ser para todos, deben también basarse en el principio de universalidad.

- *Principio de Seguridad Humana*: Debe asegurarse que las personas cuenten con sistemas de seguridad que garanticen su desarrollo y sus libertades, no solamente en términos de propiedad.

4. LOS DERECHOS DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EMERGENTES

Partiendo de los valores y principios antes mencionados y descritos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes incluye una serie de derechos que se consideran necesarios para construir sociedades globales basadas en la justicia y los derechos humanos, independientemente de la clasificación o de la generación en la que se encuentran catalogados, busca que todos los derechos contenidos en otros documentos, sean vistos como un *corpus* articulado.

El título primero de los derechos fundamentales establecidos en esta Declaración, es el *Derecho a la democracia igualitaria* y, para que el mismo se vea justicibilizado, se considera necesario que existan condiciones de dignidad mínimas para ello. El primero de los derechos que se incluye en este título, es el *Derecho a la existencia en condiciones de dignidad*, en el cual se mencionan otros derechos para su concreción:

- Derecho a la seguridad vital, que implica el correcto suministro de agua potable y saneamiento, alimentación básica adecuada, así como suministro eléctrico continuo para satisfacer necesidades vitales básicas.
- Derecho a la integridad personal, bajo la misma premisa de la dignidad humana, se establece que las personas tienen derecho al respeto de su integridad física y psíquica, por lo que se prohíbe la pena de muerte y las ejecuciones sumarias.
- Derecho a la renta básica o ingreso básico universal, con este derecho se busca establecer condiciones materiales de dignidad a través de "un ingreso monetario periódico sufragado con reformas fiscales y a cargo de los presupuestos del Estado, como derecho de ciudadanía, a cada miembro residente de la sociedad, independientemente de sus otras fuentes de renta, que sea adecuado para permitirle cubrir sus necesidades básicas"[8].
- Derecho al trabajo, en tanto que se considera que el mismo es garante de calidad de vida se reconoce el derecho de todos los hombres de ejercer una actividad digna.

8 **Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes**, *Op. Cit.*

- Derecho a la salud, a la asistencia sanitaria y a la medicina convencional, medicamentos naturales y terapéuticos alternativos, con este derecho se pretende brindar un sistema amplio de prevención, vigilancia y asistencia por todos los medios posibles, así como de establecer la importancia de que todos los avances tecnológicos y científicos se hagan en el marco de la dignidad y protección de los derechos humanos.
- El derecho a la educación, al saber y al conocimiento y a la formación continuada e inclusiva y a la erradicación del analfabetismo, este derecho, que si bien se encontraba anteriormente en Declaraciones de derechos humanos se amplía con el fin de que la educación se adecue a las necesidades y demandas de las sociedades sin formas de discriminación alguna.
- Derecho a la muerte digna, este derecho pretende garantizar el respeto de la voluntad de las personas cuando decidan no tener prolongada artificialmente su vida.

El segundo derecho de este título es conformado por el *Derecho a la paz*, entendiendo que la paz y la solidaridad son los pilares de un sistema social, por lo que los conflictos deben de resolverse mediante el diálogo y otras formas de acción social pacíficas. También se incluye la objeción de conciencia frente a las obligaciones militares, cuando en la operatividad se vulneren las normas del derecho internacional humanitario y de los propios derechos humanos.

El tercero de estos derechos, consiste en el *Derecho a habitar el planeta y al medio ambiente* y pretende asegurar un medio ambiente sano, equilibrado y seguro, disfrutar la biodiversidad y defender la continuidad del mismo para las próximas generaciones.

El *Derecho a la igualdad de derechos plena y efectiva* es el cuarto último derecho del título, e incluye los siguientes derechos:

- El derecho a la igualdad de oportunidades, que reconoce los derechos contenidos en esta Declaración "sin ningún tipo de discriminación por razón de raza, etnia, color, género u orientación sexual, características genéticas, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, pertenencia a una minoría, fortuna, nacimiento, discapacidad, edad, o cualquier otra condición"[9].
- El derecho a la protección de los colectivos en situación de riesgo o de exclusión, en este derecho se reconoce la existencia de grupos en mayor vulnerabilidad los cuales deben de recibir especial protección por los Estados, se incluyen grupos como niños, niñas y adolescentes, personas mayores, migrantes y personas con discapacidad.

El segundo título de la Declaración es el *Derecho a la democracia plural*, y

9 **Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes**, *Op. Cit.*

en él se reconoce que "todas las comunidades tienen derecho al respeto de la identidad individual y colectiva, así como el derecho a la diversidad cultural"[10], por lo que se subdivide en una serie de derechos entre los cuales se encuentran:

- Derecho a la pluriculturalidad, se debe garantizar la protección de las religiones, las lenguas y la cultura.
- Derecho individual a la libertad cultural, toda persona tiene derecho a su propia identidad cultural y lingüística.
- Derecho al reconocimiento y protección de la identidad cultural común, derecho que tienen las comunidades o pueblos, a tener protección de su cultura, su tradición o historia común.
- Derecho al honor y la propia imagen de los grupos humanos, se debe garantizar que los medios de comunicación no estigmaticen a las comunidades o pueblos.
- Derecho de los pueblos indígenas, afrodescendientes, las minorías y las personas que integran a medidas especiales de reconocimiento de sus características, esto con el fin de que sean los principales beneficiados de su cultura y sus recursos.
- Derecho a libertad de conciencia y religión, garantiza que todos las personas y los pueblos, tengan derecho a disfrutar y elegir su religión, sin realizar proselitismo político.
- Derecho a la información, que garantiza que los medios y las autoridades estatales brinden información veraz y oportuna.
- Derecho a la comunicación, incluye que las personas puedan tener acceso a nuevas tecnologías para lograr mejorar la comunicación.
- Derecho a la protección de datos personales, se debe garantizar que toda información privada, no sea usada para fines distintos a los estipulados.

El tercer título de esta Declaración es el *Derecho a la democracia paritaria*, y para este derecho se considera necesaria la siguiente serie de derechos:

- Derecho a la igualdad, con el cual se pretende asegurar para las mujeres un *status* de paridad con los hombres, adoptando protecciones preferentes a favor de las mujeres con el fin de que obtengan igualdad jurídica, política, económica, social, laboral y cultural.
- Derecho a la autodeterminación personal y la diversidad sexual, a través de este derecho se reconocen los derechos de ejercer la orientación y la libertad sexual, lo que incluye la adopción de infantes.
- Derecho a la elección de los vínculos personales, dentro de este derecho se reconoce el matrimonio igualitario, siempre y cuando el vínculo sea libremente consentido, se considera merecedor de igual protección ante

10 **Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes**, *Op. Cit.*

la ley.

- Derecho a la salud reproductiva, se busca proteger los derechos sexuales y reproductivos de las personas, así como servicios de salud reproductiva, ginecología y obstetricia de calidad.
- Derecho a la tutela de todas las manifestaciones de comunidad familiar, se busca la protección de todas las formas de familia por parte de las autoridades públicas sin importar las formas que la misma adopte.
- Derecho a la representación paritaria,, este último busca la proporción equivalente de hombres y mujeres en cargos políticos.

El cuarto título que se enuncia en esta Declaración es el *Derecho a la democracia participativa*, y busca establecer condiciones básicas para que los seres humanos participen activamente de los asuntos públicos y la administración democrática en todos los niveles de gobierno, para ello se considera que deben de existir los siguientes derechos:

- Derecho a la ciudad, con este derecho se pretende que todo ser humano y toda comunidad tenga las condiciones necesarias para la realización política, económica, social, cultural y ecológica.
- Derecho a la movilidad universal, se reconoce el derecho a migrar y establecer su residencia en el lugar que libremente elija.
- El derecho universal al sufragio activo y pasivo, busca que en el lugar de residencia habitual cualquier persona pueda ejercer el sufragio activo y pasivo en procesos electorales y consultas populares.
- Derecho a ser consultado, implica el ser consultado colectivamente en decisiones que afecten a la comunidad.
- Derecho a la participación, permite que las personas y comunidades se hagan participes de las decisiones públicas en las materias que son de su interés directo o indirecto.
- Derecho a la vivienda y a la residencia, implica que todo ser humano pueda mantener su residencia.
- Derecho al espacio público y a la monumentalidad, implica un entorno urbano articulado con espacios públicos y elementos de monumentalidad que ayuden a la visibilidad e identidad de las comunidades.
- Derecho a la belleza urbanística, implica el establecimiento de una dimensión estética en el urbanismo, que se base a su vez en la armonía y la sostenibilidad.
- Derecho a la identidad colectiva en la ciudad, este derecho implica la organización interna del espacio urbano que facilite en las comunidades la cohesión sociocultural.
- El derecho a la movilidad local y a la accesibilidad, implica que todas las

personas tienen derecho a un tráfico ordenado que permita acceder a las ciudades con el debido cuidado del medio ambiente.

- El derecho a la conversión de la ciudad marginal en ciudad de ciudadanía, implica el derecho a tener zonas urbanas de calidad.
- El derecho al gobierno metropolitano o plurimunicipal, pretende el establecimiento de un gobierno local de proximidad.

El quinto título establecido en la Declaración es denominado *Derecho a la democracia solidaria*, que pretende que exista desarrollo pero a la vez una salvaguarda de los propios derechos para las próximas generaciones y, comprende los siguientes derechos:

- El derecho a la ciencia, la tecnología y el saber científico, garantiza el acceso de todos para que se puedan beneficiar de los mismos.
- El derecho a participar en el disfrute del bien común universal, es el disfrute de aquellos espacios, elementos y recursos que son dominio público.
- El derecho al desarrollo, este es un derecho formulado en el ámbito específico de los países subdesarrollados y debe de ejercerse de forma colectiva, pues pretende "desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él"[11].

El sexto y último título establecido en la Declaración es el *Derecho a la democracia garantista,* este derecho establece que todos tienen derecho al Derecho, a la democracia y a la justicia internacional y, para cumplir con ello se establecen una serie de derechos:

- El derecho a la justicia internacional y a la protección colectiva de la comunidad internacional, busca garantizar que los órganos apropiados de la Organización de las naciones Unidas adopten las medidas para prevenir y detener las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos.
- El derecho y el deber de erradicar el hambre y la pobreza extrema, es el derecho de las comunidades a exigir que se adopten medidas y políticas para luchar contra el hambre y la extrema pobreza.
- El derecho a la democracia y a la cultura democrática, busca que existan sociedades libres y democráticas, con un Estado de Derecho y derechos humanos reconocidos.
- El derecho a la verdad y a la justicia, este derecho implica que las autoridades abran investigaciones, identifiquen e impongan sanciones

11 **Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes**, *Op. Cit.*

a los culpables de violaciones de derechos humanos, procurando la reparación de los daños y la verdad.

- El derecho a la resistencia, este derecho implica que una "comunidad en lucha contra una opresión de orden militar, político, económico o cultural, tiene derecho a resistir dicha opresión por todos los medios legítimos a su alcance; y a buscar y recibir en esta lucha un apoyo internacional conforme a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas"[12].
- El derecho y el deber de respetar los derechos humanos, implica el deber de todos los actores implicados en respetar los derechos humanos.
- El derecho a un sistema internacional justo, busca un sistema internacional en donde los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos se hagan efectivos y en caso de que no suceda la posibilidad de acudir a instancias internacionales.
- El derecho a la democracia global, este derecho implica un "un sistema internacional democrático basado en el respeto a los principios y normas de Derecho Internacional y regido por una Organización de las Naciones Unidas que haga efectivos los derechos y libertades enunciados en esta Declaración y demás instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos"[13].

5. LA EXIGIBILIDAD TRADICIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Desde principios del año 2008, se han iniciado profundas y exhaustivas reformas a la Constitución que han generado gran impacto en la forma de ver el Estado, que ha evolucionado en Estado Garante de los derechos, todo esto gracias a las iniciativas desarrolladas por varios grupos parlamentarios que han generado mejoras en la institucionalización del derecho desde distintas órbitas, en temas que son verdaderamente trascendentes en los alcances de la justicia, dichos temas deberían de estar plasmados en primera plana a la hora de analizar el moderno Estado Democrático de Derecho Mexicano, lo cual centraría la atención a la garantía de los Derechos Humanos.

Lo anterior ha permitido que se hable incluso del actuar de los jueces a la hora de administrar justicia, y de cuáles son las características, elementos e incluso principios que deben de estar alrededor de su actuar, en ese sentido se establece que el juez que aplica el derecho debe de hacerlo de manera imparcial e independiente, actuando conforme a un deber y apegado al Derecho, encaminando su actuar al ideal del Estado de Derecho.

12 **Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes**, *Op. Cit.*
13 *Ibidem.*

Estas reformas llevan a la reflexión sobre las conductas de los ciudadanos y los grupos sociales y deben de entenderse en el marco de una cultura democrática y de una sociedad multicultural en la cual convive una cultura política particular, valores, ideales y afectos distintos, que permean en las visiones del mismo, y que obligan al propio gobierno a determinar planes de acción, por medio de programas y políticas públicas que den espacio a distintas realidades, encaminados a establecer condiciones mínimas que permitan la igualdad de oportunidades, es por ello, que la entrada de la nueva era de los derechos humanos emerge de una cuestión de comunidad, que ya no solo ubica al hombre como una cuestión individual, sino colectiva.

La consolidación de un Estado democrático en México debe tener como uno de sus componentes el pleno respeto y garantía de los derechos humanos, y es importante tener en cuenta en estos, los derechos humanos emergentes dada la coyuntura actual en la que vivimos en un mundo globalizado, y si bien, existe un reto con respecto a que no se ha logrado revertir el número de violaciones que persisten en muchos ámbitos de los derechos humanos, existe la obligación del Estado del pleno respeto y protección de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados en este rubro, lo que implica que se cumpla uno de los objetivos prioritarios del gobierno en torno a una política estatal que garantice que todas las autoridades asuman el respeto y garantía de los derechos humanos como una práctica cotidiana.

Si bien la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos de 2011, constituyó la piedra angular sobre la cual se incorporaron al marco jurídico mexicano nuevos principios y la exigibilidad de dichos derechos, existen retos vinculados a la implementación en todos los ámbitos Estatales, entre los cuales se incluye que los jueces no actúen solo apegados al derecho positivo, sino que apliquen principios como el *pro-homine* en su actuar.

Es indudable que el tema de los derechos humamos ha tomado protagonismo en el escenario político, jurídico y educativo mexicano, pero aun falta que la permeación de los mismos se dé de manera completa, permitiendo que toda la población conozca su contenido, las formas en que los mismos son exigibles y que a su vez permeen en el actuar de todos los servidores públicos.

Y es que en México, el inicio de siglo XXI, arribó con cambios políticos importantes, tales como la alternancia del partido en la Presidencia de la República, que significó el fin del gobierno hegemónico del partido hasta entonces dominante, para dar paso a dos gobiernos de derecha que marcaron una época importante en cuanto a la actualización del método de aplicación de justicia, pues antes de la transición, el sistema de justicia criminal funcionaba de manera monolítica bajo un mismo aparato político que venía añejando

vicios por más de setenta años. Salvaguardar el Estado de Derecho en nuestro país actualmente, se vuelve un reto cada vez mayor y complejo, dado que convergen elementos como las diversas geografías que posee el territorio nacional, la multiculturalidad de los pueblos, un complejo sistema político y el reto constante de los derechos fundamentales como un requisito en la consolidación del Estado Constitucional de Derecho.

Por otra parte, podríamos considerar como elementos indispensables en el fortalecimiento de un Estado de derecho, la ética profesional de la administración pública, una cultura social con respeto a las normas de derecho establecidas y una educación consiente en el tema de los derechos fundamentales. Este último es el que nos ocupó mayor atención en este apartado de estudio, y para ello es determinante mencionar como se suscriben los derechos humanos en el marco de la impartición y aplicación de nuestro sistema judicial en México.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos brinda el concepto específicamente de los derechos fundamentales, de la siguiente manera:

> Los Derechos Humanos vienen a ser un grupo de prerrogativas que se sustentan bajo el marco de la dignidad del ser humano, cuya ejecución efectiva es resultante indispensablemente para el logro integral del sujeto de derecho. Este grupo de prerrogativas se encuentran estipuladas dentro del marco del orden jurídico y normativo nacional, en nuestra carta magna, tratados internacionales y las leyes en general. El respeto hacia los derechos fundamentales de cada sujeto es una obligación de todas las personas. Todos los funcionarios del estado dentro del ámbito de sus competencias están en la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales consignados en favor de los sujetos.

En tal sentido, las sociedades se construyen sobre los cimientos de los derechos humanos. En una sociedad donde la globalización debería de permitir que se garantice de manera eficaz los derechos, teniendo que asegurar en general la libertad de todos y las condiciones para tener una vida de plena felicidad, se entiende que la políticas sociales y económicas deben de tener la finalidad de poder evitar que exista una exclusión social. Es importante tomar conciencia sobre la nueva realidad, así mismo se debe evitar que la vida pase a convertirse en un problema para los mecanismos de desarrollo que la sociedad necesite. Por lo tanto, se debe optar por mecanismos vinculantes que los Estados adopten para alcanzar un mejor desarrollo de los mecanismos que se tengan que aplicar para la exigibilidad de derechos.

Luego de la Segunda Guerra Mundial se dio un rotundo cambio en la sociedad, el cual se ve reflejado en la naturaleza en la cuestión de los conflictos y en el desarrollo de mecanismos que puedan ser implementados para solucionarlos. En la actualidad la sociedad es una sociedad de masas, la cual

cuestiona una interrogante con una complejidad que cada día involucra a más personas de distintas condiciones y diferentes características, que generan el surgimiento de los distintos tipos de agrupaciones, que puedan ser enfrentados como, por ejemplo: grupos de interés, partidos políticos, sindicatos, organismos no gubernamentales y otras asociaciones que poseen diversas naturalezas.

Es costumbre por parte de los ordenamientos jurídicos que se contemplen los derechos individuales como una postura básica en la esfera jurídica, estructurando los procesos y el entendimiento de los núcleos controversiales que se deben enfrentar frente a las violaciones de los derechos individuales. La sociedad ha experimentado diversos cambios que han logrado ser determinantes en los últimos tiempos donde han nacido nuevos escenarios jurídicos, lo cual ha permitido que se pueda distinguir y que dé inicio entre el derecho subjetivo y la protección. En realidad, se trata de situaciones complejas que muchas veces se encuentran limitadas y no son tan claras, respecto a ello se ha tenido que utilizar una terminología muy cambiante.

Por ejemplo, aquellas circunstancias sobre la colectividad y el patrimonio hacen referencia a valores culturales, o estéticos, que pueden tener contenidos subjetivos, por lo cual es dificultoso lograr establecer una relación que precise cuál es la parte que atañe directamente entre las partes donde los sujetos activos que tienen relación o interés con estos derechos y en consecuencia se interrelacionan con los instrumentos que deben corresponderle a título individual, cuya finalidad es tener que reparar de manera efectiva los daños potenciales que se pueden haber sufrido.

Para lograr acceder a la justicia por intermedio de aquellos derechos e intereses de forma colectiva o difusa, con temas como los anteriormente señalados, existen propuestas como el procesalismo de estructura científica moderna de Mauro Cappelletti, que refiere que los intereses difusos y colectivos, doctrinalmente no tienen una uniformidad en sus concepciones. En tal sentido, debe de reconocerse sin ningún perjuicio de que ambos poseen referencias de situaciones similares, en ese sentido algunos tratadistas valoraron los casos de distintas maneras, pues la existencia de los intereses difusos se da en sociedades multiculturales, en donde no existe una comunidad donde las personas son genéricamente estructuradas e identificadas.

Se ha señalado que dichos elementos permiten poder distinguir entre aquellos intereses de índole colectivo y difusos donde se determina la existencia o lo contrario sobre el vínculo jurídico, de tal manera que aquellos intereses de fuente colectiva se describen sobre aquellos intereses frecuentes referentes a una colectividad de personas, pues únicamente a ellas es cuando aquellos dispositivos de grupo existe un enlace jurídico que los vincula, como sería el caso de una sociedad mercantil, al igual que la familia, los grupos

profesionales, en términos de coexistencia sobre una relación que sirva como base, la cual entrelaza a aquellos miembros con el nacimiento de intereses relacionados, sobre aquellos hechos genéricamente eventuales, mutuales y accidentales, logrando mencionar como un ejemplo de tener que residir en una misma región, ingresar y bañarse en el mismo río, tener que consumir los mismos productos, que la publicidad nos haga víctimas de sus engaños sobre productos determinados o de servicios, así mismo, la comercialización de un producto defectuoso o la copias de una marca.

Sobre las aportadores relacionadas a los intereses que genera el método difuso, es indeterminable o se podría decir también de dificultosa determinación mientras que aquellos integrantes de un grupo colectivo donde sus intereses se logran diferenciar por ser determinables. Así mismo, los portadores de aquellos intereses difusos, son todos aquellos que han tenido que ser afectados de alguna y otra manera generando un riesgo, como pueden ser los casos de contaminación ambiental. La ley precisa sobre aquellos mecanismos administrativos con un respaldo jurisdiccional para lograr que se haga valer sus derechos y que éstos tengan medios para ser efectivos y que el Estado los pueda garantizarlos.

Los mercados internacionales sujetos a las fuerzas económicas, generan un fenómeno o varios, en su mayoría problemáticos, la cual se ven reflejados de una forma dramática en las ciudades. Sin embargo, según Cappelleti refiere que:

> la exclusión social, aquellas desigualdades desde una perspectiva económica en su conjunto con la falta de apoyo que genera el individualismo que es atroz, las crecientes migraciones, que se unen a la contaminación del ambiente, con la pobreza y la declinación en nuestro entorno, siendo esto uno de los efectos que nos muestra el sistema económico globalizado y globalizador[14].

Dicho lo anterior, se entiende por derechos programáticos de prestación, a aquellos derechos que exigen del Estado una determinada actividad para satisfacerlos, tales como el derecho a la salud, a la vivienda, o incluso el derecho a un medio ambiente sano, en el cual el Estado se ve obligado a velar por su efectivo disfrute y a realizar todas aquellas acciones debidas para salvaguardar tales derechos. Por lo cual, el tema de las garantías tutelares no es nuevo, aunque con el crecimiento progresivo de los derechos este tema ha tomado un mayor auge en la actualidad, y por ende el Estado se ve en la necesidad de afirmar, actualizar y perfeccionar las técnicas del mismo.

En México las garantías individuales plasmadas en los primeros 29 artículos de la Constitución, muestran un trámite sumario para atender

14 CAPPELLETTI, Mauro, **Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil**, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1978, p. 32.

la urgencia de un reclamo sobre la presunta violación grave de un derecho fundamental, que se ve reflejado en el Juicio de Amparo. De esta manera cuando se van alejando los derechos civiles o de primera generación, vienen a la mente la necesidad de políticas estatales que organicen y coordinen la actividad protectora.

Por otro lado, los derechos humanos de la tercera generación o bien, derechos de los pueblos, necesitan de otro tipo de acciones en cuanto su seguridad, respeto o cumplimiento, esto debido a que abarcan los denominados intereses difusos, colectivos, transpersonales o supra individuales. Dicha terminología se adecuó para referirse de la manera más acertada a los sujetos a los que los derechos de la tercera generación están destinados a proteger, es ahí que se puede observar que ya no solamente se trata de un individuo como es el caso de los derechos de primera generación, ni tampoco trata de alguna clase social como sería el caso de los derechos de segunda generación, esto va dirigido a un pueblo.

Es así que, cuando se habla del derecho a un medio ambiente sano, éste deberá proteger a aquel grupo humano que, al verse perjudicado por recibir contaminación, (sin importar el origen de tal contaminación) se encuentre en peligro de contraer enfermedades o/a causa de lo mismo, padecer de un período de vida más corto. Tal pueblo o grupo humano del que se hace referencia, está conformado por individuos de diversas características que varían sus clases y círculos sociales, es decir que su composición es el total de la población específica en un territorio determinado, por lo tanto, los destinatarios de estos derechos, comparten un "interés difuso", debido a que atañe a cada individuo que conforma determinado territorio y dicho interés se encuentra por encima del interés particular.

Según Ferrer Mac-Gregor los modelos de tutela que conforman los intereses emergentes en el derecho comparado han generado la necesidad de revisar aquellos esquemas tradicionales de la tutela jurisdiccional, principalmente los individualistas, y se ha hecho inevitable un cambio del derecho procesal para que se puedan establecer mecanismos protectores de estos intereses, y que sean acordes a la realidad y problemática que se vive en la actualidad, especialmente, en la determinación de aquellos sujetos legitimados activamente para promover las acciones relativas necesarias. Si bien es cierto, en la doctrina han surgido varios modelos de tutela, los cuales contemplan formas de solución que hoy día distintos países han implementado para la protección de los intereses colectivos y difusos[15].

Como ejemplo de lo anterior, en los Estados Unidos existen las famosas

15 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, **La tutela de los derechos difusos y colectivos**, Breviarios Jurídicos. (7). Porrúa, México, 2003, p. 75.

class action for damages or injuction class actions, muy parecido en Inglaterra las *relator action*, y esto en la mayoría de los países que adoptan el modelo de *common law*, de igual manera Australia y Nueva Zelanda, por su parte Francia cuenta con las *associations declarés*.

Mientras tanto, a nivel iberoamericano es importante mencionar los instrumentos de carácter procesal que yacen en la legislación de países como Brasil, Colombia, España, Uruguay o Argentina. Existen varios modelos de protección como se mencionó anteriormente, en este caso un primer modelo de protección es aquél en el cual los intereses difusos se consideran de carácter público y se asigna a la Fiscalía la potestad para ejercer acción en juicio para su defensa. Otro modelo, es aquel el cual se basa en crear nuevos órganos públicos especializados, tal es el caso de Suecia, que creó el "Ombudsman" del Consumidor.

En lo que respecta a los Estados Unidos de Norte América, se han considerado los llamados *Class Action* o acción de clases, que no es otra cosa que las cuestiones de legitimidad relativa para actuar, se dice que es relativa, debido a que por un lado amplia los derechos, por el otro lado establece requisitos para poder ostentar ese poder. Esta acción de ejercita cuando los afectados son muchos, lo que hace imposible que todos sean parte demandante en un proceso, pero siempre y cuando las cuestiones que tienen que ver con los hechos o los derechos sean comunes a toda la colectividad o grupo, solo en estos casos se hace posible que se realice a través de los mecanismos de protección de los derechos[16].

6. MECANISMOS Y RECURSOS DE EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EMERGENTES

Teniendo en cuenta que los derechos emergentes pueden ser considerados como aquellos derechos que:

> se les conoce como […] derechos difusos o colectivos que muchos denominamos como titulares la cual no son desde el punto de vista individual la cual parten de un grupo social y forman un determinado conjunto, sino cuando este se enfrenta de forma conjunta sobre aquellas circunstancias de riesgo y en su casualidad suele sufrir daños lejos de los bienes y de las personas que le corresponden aquellos individuos que los contienen[17].

Los mismos requieren de un abanico más amplio de protección de los derechos humanos, ya que, cuando nos referimos al calificativo de "emergente", no podemos excluir la exigibilidad o justiciabilidad de un derecho. De hecho,

16 *Ibidem*, p. 629.

17 BONDIA GARCIA, David, "Derechos Humanos Emergentes: Los derechos humanos fundamentales del ciudadano cosmopolita. El inicio del proceso de interacción de los derechos humanos" en **Historia de los Derechos Fundamentales**. III, España, 2013, p. 690.

se puede calificar como emergentes ya que los podemos encontrar de manera positiva, si no de manera explícita en algunos casos, sí de forma indirecta por intermedio de la protección que se hace extensiva de otros derechos, gracias a la interpretación del derecho que se aplica. Por consiguiente, los derechos humanos emergentes no representan únicamente reivindicaciones y realidades futuras, sino que reconocen derechos ya considerados como derecho positivo y virtualmente justiciables. Según Cruz Cadena:

> Son exigibles jurídicamente estos derechos, máxime cuando se encuentran establecidos u aprobados en las nuevas declaraciones de derechos humanos, hay que decir que en primer término no son exigibles por cuanto no están contenidos en Tratados suscritos por los Estados, pero sí podría pensarse que al tener conexión con otros derechos exigibles en el ámbito interno de un país, podría predicarse su exigibilidad, siempre y cuando en la jurisprudencia se abran espacios para ello[18].

Se entiende que son contenidos que los Estados deben acatar de forma ineludible, pues son derechos que se deben tener en cuenta desde una perspectiva de los tratados, siendo jurídicamente impositivas y exigiblemente en el momento de su aplicación. Sobre lo anterior se puede tomar en cuenta el principio de exigibilidad:

> siendo esta Declaración un texto programático, en una primera etapa, comprende desde hoy la búsqueda de adopción de mecanismos vinculantes por los Estados y postula el desarrollo de mecanismos que favorezcan su exigibilidad. Ningún derecho puede ser relegado por su naturaleza de "derecho programático" ni esto puede justificar su inatención u omisión[19].

En este tenor, la acción pública en una localidad o en ciertas ciudades, ha tenido que ser encaminada hacia la reivindicación sobre el papel que tienen las ciudades como una fuente administrativa protectora sobre los derechos humanos emergentes sobre la contraposición en la responsabilidad exclusiva de la acción de los Estados o de quienes lo administran, siendo estos garantes de los derechos humanos emergentes. Sin embargo, surge de esta manera la concepción de los derechos humanos emergentes en la medida de los principios de proximidad y subsidiariedad, dando un lugar sumamente importante a las administraciones locales que tengan que verse comprometidas y concienciadas en este rubro.

Cuando nos referimos a los derechos humanos emergentes, sobre estos términos generales se tiene como referencia a los pueblos que suelen reclamar ciertos derechos, prestaciones que la sociedad internacional les facilita. Estos derechos inician en la medida que las necesidades para desarrollarse en el crecimiento de la vida humana se van acrecentando con un número mayor

18 CABALLERO PALOMINO, S., CRUZ CADENA, K. Y., & TORRES BAYONA, D, "Derechos Humanos Emergentes: ¿Nuevos Derechos?" en **Advocatus**, Núm. 30, 2018, pp.130-131.

19 **Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes**, *Op. Cit.*

de bienes que demandan una mejor implementación de la calidad sobre ellos.

No es una equivocación tener que confirmar que estos conglomerados de necesidades y aquellos bienes han tenido que funcionar como un escenario para lograr ubicar en él aquellos derechos donde se tengan que aplicar medidas que el hombre estimó como codiciado y es exigible ante un nivel de calidad de vida alto de forma igualitaria sobre aquellos, acordes con los adelantos progresivos de la ciencia y la técnica sobre la complejidad que existe en las convivencias. Así mismo, el asunto de la tutela y protección donde hace referencia sobre las cuestiones primordiales con relación a la efectividad sobre los derechos humanos emergentes[20].

En Noruega, por ejemplo, cuando se hace referencia a los mecanismos de control de los derechos humanos emergentes, se ha concebido desde una cuestión de tutela y legitimidad pública que involucra los intereses de los grupos. Así como se les otorga algún tipo de reconocimiento a las asociaciones o personas que ostentan algún tipo de legitimidad o grupos de personas que defiendan los derechos emergentes. Este país no solo se queda con la idea de mecanismos de control, sino que extiende legitimidad a grupos para hacer valer los derechos emergentes, que a diferencia de los países latinoamericanos no cuenta con este tipo de control, salvo en la llamada acción de inconstitucionalidad[21].

En nuestro país, en los últimos años, se ha registrado un avance en la protección de los derechos emergentes, que ha ido desde un enfoque jurisdiccional, hasta también a un discurso político, más aun cuando se ha tratado de derechos colectivos, que tienen que ver con el medio ambiente, o las comunidades LGTB, incluso en los llamados derechos políticos con la llamada reforma electoral que introduce algunas instituciones dignas de rescatar. Sin embargo, debemos referir, que el trabajo arduo para la concretización de estos derechos, es una agenda pendiente para futuros gobernantes en un Estado Federal, por lo que, es necesario que se recurra en algunos casos, al derecho comparado para observar la forma en cómo se están protegiendo estos derechos, desde un enfoque incluso multicultural partiendo de una concepción pluralista en donde no solo interviene al hombre de manera aislada, sino colectiva.

Por lo anterior, los albores del mundo actual que vivimos, exigen una evolución en la protección de los derechos humanos, a lo mejor, años atrás la discusión sobre las nuevas formas de derechos emergentes era escasa, hoy día se vuelve una exigencia de todo Estado que se hace llamar democrático. En la actualidad, los dos ejes centrales de la discusión es la globalización y los derechos que de esta emergen, entre ellas, las cuestiones de la solidaridad de los pueblos. Esto solo se puede lograr con una cooperación, tanto en el plano

20 BIDART CAMPOS, G., **Teoría General de los Derechos Humanos**, UNAM, México, 1990, p. 120.
21 BONDIA GARCIA, David, *Op. Cit.*, p. 627.

local, como internacional. En ese sentido, Ferrer Mac-Gregor, refiere qué hacer posible la exigibilidad de los derechos emergentes, solo es posible con la unión de todas las fuerzas sociales, locales, regionales y multisectoriales, que incluya en gran medida la administración de justicia[22].

En ese contexto, el tema de la exigibilidad a través de los mecanismos que la propia constitución persigue, se hará posible, siempre y cuando entendamos que cuando estamos frente a derechos emergentes, necesariamente tenemos que ubicar al hombre dentro de la comunidad, no como un ser autónomo, sino como un ser sociable, lo que algunos tratadistas consideran como la vida misma dentro de la comunidad, en tanto, que la protección solo es posible de todos los individuos, instituciones públicas o privadas, e incluso el mismo Estado. Además, debemos considerar que los derechos emergentes, sirven de complemento para los derechos humanos de cualquier generación, debido a que crean las condiciones, ya no individuales, sino colectivas de los derechos humanos, por ello, es importante mencionar que la protección de los mismos, no solo se debe ver como una cuestión de actualidad, sino que permiten que la comunidad se sienta protegida, y renovada en sus derechos.

Para la exigibilidad de los derechos emergentes, pueden existir muchos mecanismos, que incluso la propia ley puede establecer con precisión, como ocurre en la protección de otros derechos; sin embargo, Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Cabiedes hacen referencia a la eficacia de estos derechos dependen en gran medida que las autoridades encargadas de su tutela, cumplan con los deberes que se les exige —en estricto a la administración pública—, por lo que también se debe comprometer al poder judicial a enmendar los errores que comete la administración de justicia, cuando esta lesione derechos colectivos o difusos de una comunidad[23]. Solo así podemos estar seguros de que se van a garantizar los derechos humanos dentro de la propia comunidad.

Otra cuestión que debemos considerar en la protección de los derechos emergentes, es la participación comunitaria, por ello, los componentes que hacen posible la realización deben ser colectivos, más cuando los problemas que se discuten, superan en gran medida el contexto individual del ser humano. En ese sentido, los ciudadanos deben optar por las herramientas que ofrece la propia constitución desde un enfoque colectivo, ese es el gran reto que tenemos como ciudadanos en un mundo globalizado.

Dicho lo anterior, los derechos humanos emergentes no solo engrosan y amplían el catálogo de derechos, sino que también configuran un modelo

22 FERRER MAC-GREGOR, E., **El acceso a la justicia de los intereses de grupo. (Hacia un juicio de amparo colectivo en México)**, Porrúa, México, 2002, p. 50.

23 GUTIÉRREZ DE CABIEDES e HIDALGO DE CABIEDES Pablo, **La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: difusos y colectivos**, Aranzadi, España, 2017, p. 454.

de derechos sustentado en preocupaciones surgidas de la sociedad civil, que puede ser visto como un "enfoque de la ciudadanía participativa, no pasiva ni contemplativa, sino comprometida en el diseño de las políticas públicas que le conciernen"[24].

En la Constitución de la Ciudad de México, podemos ver como el derecho a la buena administración es reconocido en diversos artículos, señalando primeramente en el artículo 3°, que el ejercicio del poder tendrá entre otros, el derecho a la buena administración, derecho que se encuentra desarrollado en el artículo 7, estableciendo que "toda persona tiene derecho a una buena administración pública, de carácter receptivo, eficaz y eficiente, así como a recibir los servicios públicos de conformidad con los principios de generalidad, uniformidad, regularidad, continuidad, calidad y uso de las tecnologías de la información y la comunicación"[25].

Este principio de la buena administración, es aplicable y debe ser respetado por "alcaldesas, alcaldes, concejales e integrantes de la administración pública de las alcaldías"[26], por lo que a nivel municipal se debe seguir cabalmente en conjunto con otros principios relacionados al buen gobierno, la transparencia, la participación ciudadana, la rendición de cuentas, etc., que se verán fortalecidos con la implementación de instrumentos propios del gobierno electrónico, lo cual también es un aspecto a destacar, pues es uno de los aspectos pocos desarrollados en la mayoría de los gobiernos y que apenas comienza a tomarse en serio para brindar un mejor servicio por parte de la administración pública.

Por otra parte, el artículo 60 señala que "se garantiza el derecho a la buena administración a través de un gobierno abierto, integral, honesto, transparente, profesional, eficaz, eficiente, austero incluyente, y resiliente que procure el interés público y combata la corrupción"[27]. Esta garantía, amplía y desarrolla lo que comprendería una buena administración, lo cual sentaría las bases para exigir y probar cualquier vulneración a este derecho por parte de la administración pública.

La exigibilidad del derecho a la buena administración, es posible gracias a que es un derecho reconocido en la Constitución de la Ciudad de México, y posibilita la obligación del Tribunal de Justicia Administrativa de la ciudad, a que reciba y resuelva aquellos recursos interpuestos por los ciudadanos en caso de que pudiese suponer un "incumplimiento de los principios y medidas del debido proceso relativos al derecho a la buena administración, bajo las reservas de ley que hayan sido establecidas; para tal efecto, el Tribunal contará

24 RAMÍREZ, Gloria, *Op. Cit.*, pp. 91-92.
25 **Constitución Política de la Ciudad de México**. Obtenido de: http://www.infodf.org.mx/documentos-pdf/constitucion_cdmx/Constitucion_%20Politica_CDMX.pdf
26 *Ibidem*.
27 *Ibidem*.

con una sala especializada en dirimir las controversias en materia de derecho a la buena administración"[28].

7. CONSIDERACIONES FINALES

En este mismo sentido, la pandemia por la COVID-19 ha puesto de manifiesto que algunos de los logros de los derechos humanos aun están lejos de ser un asunto menor, y que la administración pública aun tiene mucho por trabajar y mejorar para alcanzar la satisfacción y garantía de los derechos de los gobernados para afrontar situaciones excepcionales como lo ha sido la pandemia. Así mismo, aun existe la necesidad de mejorar los recursos y medios para la exigibilidad de estos.

Los derechos humanos emergentes, son derechos que deben ser incorporados a la brevedad en los ordenamientos jurídicos domésticos, y esto incluye no solamente incorporarlos en el rango constitucional federal, sino aprovechar las posibilidades que ofrece el constitucionalismo y el federalismo en México, para ir ampliando en las constituciones estatales, derechos que amplíen el contenido y alcance de otros, como lo ha sido en la Constitución de la Ciudad de México, que incorporó derechos aun ausentes en la Constitución federal.

Los efectos de la pandemia han sido un reto para las Administraciones Públicas de todo el mundo, se han visto en la necesidad de recurrir a sociedad civil, iniciativa privada, medios de comunicación, entre otros actores, para poder solventar las dificultades que ha tenido que confrontar en la realización de sus tareas. Esto nos demuestra que es posible generar canales de diálogo y trabajo colaborativo para buscar mejores alternativas y soluciones en la implementación de proyectos y programas que requieren atención urgente para garantizar que los derechos —independientemente de si es la Administración o no quien los brinde—, se satisfagan de una forma adecuada para evitar vulneraciones o riesgos mucho mayores que podrían derivar de esa incapacidad que tiene en determinado momento algún sector de la Administración.

La exigibilidad de los derechos humanos emergentes, será algo que continuará dándose tanto en tribunales locales, como internacionales, en este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha jugado un papel muy importante a través de la resolución de casos que han tenido que ver sobre algún derecho humano emergente, tal y como ha sido el derecho humano al medio ambiente, sin embargo, esto solo será posible si los gobiernos comienzan a tomarse en serio los derechos humano y la tarea de administrar.

28 **Constitución Política de la Ciudad de México**, *Op. Cit.*

BIBLIOGRAFÍA

BIDART CAMPOS, G., **Teoría General de los Derechos Humanos**, UNAM, México, 1990.

BONDIA GARCIA, David, "Derechos Humanos Emergentes: Los derechos humanos fundamentales del ciudadano cosmopolita. El inicio del proceso de interacción de los derechos humanos" en **Historia de los Derechos Fundamentales**. III, España, 2013, pp. 687-781.

CABALLERO PALOMINO, S., CRUZ CADENA, K. Y., & TORRES BAYONA, D, "Derechos Humanos Emergentes: ¿Nuevos Derechos?" en **Advocatus**, Núm. 30, 2018, pp.125-131.

CAPPELLETTI, Mauro, **Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil**, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1978.

FERRER MAC-GREGOR, E., **El acceso a la justicia de los intereses de grupo. (Hacia un juicio de amparo colectivo en México)**, Porrúa, México, 2002.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo., **La tutela de los derechos difusos y colectivos**, Breviarios Jurídicos. (7). Porrúa, México, 2003.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES e HIDALGO DE CABIEDES Pablo, **La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: difusos y colectivos**, Aranzadi, España, 2017.

RAMÍREZ, Gloria, "El cómo y el porqué de la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes", en Los derechos humanos en las sociedades contemporáneas, Fórum Universal de las Culturas Monterrey 2007; Fondo Editorial de Nuevo León, México, 2008, 89-96.

Legisgrafía

Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes Obtenido de: https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/04_Docentes_UdeO_ubicar_el_de_alumnos/Contenidos/Lecturas%20obligatorias/M.5_cont_3_DUDHE.pdf

Constitución Política de la Ciudad de México. Obtenido de: http://www.infodf.org.mx/documentospdf/constitucion_cdmx/Constitucion_%20Politica_CDMX.pdf

4. A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE POR ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E A NECESSIDADE DE APERFEIÇOAMENTO DO MODELO

Mateus Bertoncini

Professor de Direito Administração na Graduação e nos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Professor de Direito Administrativo da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR. Mestre (2002) e Doutor (2004) em Direito do Estado pela UFPR. Estágio Pós-Doutoral em Direito junto ao PPGD/UFSC (2014). Estágio Pós-Doutoral em Direito junto à Universidade de Coimbra (2020). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

Caroline Chiamulera

Mestranda em Direito Empresarial pelo UNICURITIBA. Especialista em Direito Constitucional pela UEL. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Organizações sociais e serviço público de saúde; 3. A (in)eficiência das OSS e as fragilidades do controle governamental; 4. Propostas para o aperfeiçoamento das organizações sociais de saúde; 5. Considerações finais; Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este artigo não pretende discutir argumentos a favor ou contra as Organizações Sociais (OSs), mas apenas identificar de que forma os mecanismos de controle governamental podem ser fortalecidos e aprimorados e, nesta medida, possam fortalecer a eficiência, produtividade, qualidade e economicidade da gestão de recursos públicos em favor dos usuários dos serviços públicos de saúde, quando a gestão é realizada não diretamente pelo poder público, mas por OSs.

A temática é importante na medida em que afasta visões ideológicas sobre os benefícios ou malefícios das Organizações Sociais ou mesmo a perspectiva de privatização de serviços não exclusivamente públicos prestados pelo Estado, como é a saúde pública, e se volta à prática da atividade de tais entidades. Leva em consideração, portanto, não as discussões quanto à decisão política de adotar tal modelo de gestão de serviços públicos em saúde, mas, em contexto realístico, de que maneira o funcionamento de tais entidades vem sendo controlado pelo poder público, quando se faz opção por tal modelo de gestão.

Espera-se com as considerações aqui aventadas identificar eventuais fragilidades no controle governamental das OSs, quando contratadas pelo poder público para prestação de serviços de saúde pública no Sistema Único de Saúde (SUS) e, a partir de tais constatações, apontar elementos que possam subsidiar à administração pública na adoção de metodologia de controle mais eficiente, a qual poderá gerar maiores resultados quantitativos e qualitativos na produção de saúde e, possivelmente, maior economicidade aos cofres públicos e satisfação do usuário do serviço público.

A temática será analisada por meio da revisão bibliográfica de artigos e de pesquisas de dados relacionadas à atuação de OSs em alguns estados da Federação. A construção do artigo perpassa, num primeiro momento, pela idealização do instituto no período de Reforma Administrativa do Estado com Bresser Pereira e sua inicial utilização, avançando para a não tão recente declaração de sua constitucionalidade, na ADI 1923 julgada pelo Supremo Tribunal Federal, e sua atual utilização. Num segundo momento, aponta as fragilidades do controle governamental sobre elas, e, num momento final, pretende contribuir com a indicação de algumas proposições que possam ser adotadas para torná-lo mais eficiente.

Em síntese, por intermédio do método dedutivo pretende-se, depois da necessária compreensão da temática do complexo e importante tema da prestação dos serviços de saúde pelo terceiro setor, construir uma resposta adequada ao seguinte questionamento: de que modo é possível aperfeiçoar-se o modelo de gestão de serviços de saúde baseado na sua prestação por organizações sociais (OSs)?

2. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE

As organizações sociais foram originariamente introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Reforma Administrativa do Estado de Bresser Pereira, ao qual se designou publicização, significando dizer que os serviços que não envolvem o exercício de poder de Estado, como saúde, educação, cultura e pesquisa científica (não-exclusivos de Estado, embora este deva subsidiá-los), seriam, desde então, executados por e de responsabilidade do setor público não-estatal, denominado terceiro setor.

Tratava-se de uma das estratégias centrais do Plano Diretor de Reforma do Aparelho de Estado, cujo propósito seria de um marco institucional de transição de atividades estatais para o terceiro setor e, desta forma, contribuiria para o aprimoramento da gestão pública estatal e não-estatal.

Neste primeiro momento, eram apontadas várias vantagens com a adoção das parcerias público-privadas. Segundo o Ministério da

Administração Federal e da Reforma do Estado, as organizações sociais tornariam mais fácil e direito o controle social; haveria ganhos de agilidade e qualidade na gestão de recursos; a aquisições de bens e serviços também seria mais ágil e qualificada que o modelo burocrático; e, por fim, a gestão organizacional em geral substituiria o controle meramente processualístico e burocrático por um controle finalístico, de resultados. Em outros termos, o Programa Nacional de Publicização (PNP) apontava a qualificação dos serviços prestados, com melhoria de eficiência e otimização, por meio de menor investimento de recursos financeiros, buscando enfatizar resultados, flexibilização e participação social, através do controle social.[1]

Por meio da Lei Federal nº 9.637/1998, as organizações sociais assim foram enunciadas no ordenamento jurídico, sendo definidas como pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades fossem dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.[2] Então, rapidamente, começaram a ser implantadas, notadamente, na gestão hospitalar do Estado de São Paulo.

Conforme artigos publicados em 2001 e 2014, o primeiro sobre a análise de dados produzidos pelas primeiras organizações sociais estabelecidas em São Paulo e o segundo sobre estudo de caso único de organização social do interior paulista, as conclusões a que chegaram os aludidos estudos foram bastante similares – como se verá adiante – , apesar do relevante lapso temporal entre eles.

No primeiro artigo, os autores alertam para o fato de que "*a regulação, através de um novo contrato de gestão, deve considerar o desempenho*" das entidades, "*enfatizando processos, resultados e inserção sistêmica, referenciada pela demanda de saúde regional*"[3], ou seja, confere-se ênfase e alerta-se para o controle dos serviços contratados. No segundo[4], elaborado sob a perspectiva dos gestores da organização social, foi apresentada, como limitação, a escassa participação social e seus mecanismos de controle, isto é, a fragilidade constatada, após onze anos do estudo anterior, faz referência aos mecanismos de controle.

Importante observar alguns aspectos de um e de outro dos estudos,

1 BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. **Organizações sociais**. 5.ed. Cadernos MARE de reforma do estado. V.2. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1998, p. 16-17.

2 Art. 1º. O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

3 IBANEZ, Nelson et. al. **Organizações sociais de saúde: o modelo do Estado de São Paulo.** Ciênc. saúde coletiva, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 391-404, 2001. p. 391.

4 RODRIGUES, C.; SPAGNUOLO, R. **Organizações Sociais de Saúde: potencialidades e limites na gestão pública.** Revista Eletrônica de Enfermagem, v. 16, n. 3, p. 549-57, 30 set. 2014.

especialmente para aferir as conclusões a que chegou o Banco Mundial, relativamente à gerência das organizações sociais, entre 2006 e 2008, tomando em conta, basicamente, a gestão levada a efeito em São Paulo.

No primeiro estudo, observou-se a atuação do modelo entre 1999/2001, valendo ressaltar que houve lei estadual regulando a matéria e indicando a necessidade de utilização da tabela SUS e a manutenção de exclusividade para atendimento de usuários do SUS. Foram assumidas 10 unidades hospitalares pelas OSs, localizadas em áreas periféricas, mas apenas 6 foram analisadas. A avaliação se deu a partir de utilização de formulário estruturado, em que se avaliaram *"informações sobre capacidade instalada, produção, recursos humanos, financeiros, produtividade e qualidade; análise de morbidade visando à caracterização da complexidade do hospital, fazendo uso dos relatórios das autorizações de internação hospitalar (AIHs), segundo causa de internação e procedimentos"*[5].

Importante verificar neste estudo, embora não haja referência acerca da motivação do gestor ao escolher e aportar tais parâmetros no contrato de gestão, a definição de: ***i)*** indicadores de produção de serviços (atendimento ambulatorial e de pronto-socorro em média mensal mínima de 15 mil atendimentos ambulatoriais e de pronto-socorro; atendimento hospitalar de mil saídas/mês e taxa de ocupação de leitos de 75%, com média de permanência de 3,5 dias e valor de AIH[6] mínimo de R$ 350,00); ***ii)*** indicadores de qualidade (taxa de cesárea inferior a 30%, taxa de infecção hospitalar inferior a 5%, taxa de letalidade hospitalar inferior a 10%); ***iii)*** indicadores de satisfação da clientela, com realização de pesquisa, com frequência anual, entre usuários do hospital, internação, atendimento de pronto-socorro e ambulatorial, em que, no mínimo, 80% das pessoas atendidas considerem o nível de atendimento prestado igual, ou melhor, àquele recebido em outros serviços públicos ou privados dos quais se utilizaram nos últimos dois anos[7].

Quanto aos indicadores de produção ambulatorial, notou-se que nas unidades da capital foi ultrapassada a meta em mais de 50%, enquanto nas unidades da região metropolitana a meta não foi atingida. A justificativa foi de que havia deficiência da rede básica de São Paulo e *"fatores ligados à demanda reprimida e à porta aberta no Pronto-Atendimento, enquanto que os hospitais localizados fora da capital apresentam-se*[vam-se] *como referência para as redes ambulatoriais e para o plantão controlador regional da SES"*[8] [Secretaria Estadual de Saúde].

Ainda, quanto aos indicadores de produção hospitalar, observou-se que *"praticamente todas as unidades alcançaram as metas"*, apresentando altas

5 IBANEZ, op. cit., p. 396
6 Abreviação para autorização de internação hospitalar.
7 IBANEZ, op. cit., p. 397.
8 Ibid, p. 397.

taxas de ocupação de leitos, *"cujas médias de permanência encontram-se*[vam-se] *acima do período planejado"*[9], além da alta produção de cirurgias e partos, o que evidenciou a importância de tais unidades no sistema de saúde da região metropolitana, desafogando atendimento em hospitais públicos, segundo os autores.

Neste aspecto, o artigo indica importante consideração de que tais unidades têm a maior parte de sua atuação em nível secundário da atenção (procedimentos clínicos e cirúrgicos ambulatoriais) de modo que os valores de AIHs para esse nível de complexidade de assistência são menores e se encontram defasados, fazendo com que o valor médio indicado no contrato não fosse alcançado por metade dos hospitais analisados. Em complemento, concluíram que 40% das internações são decorrentes de causas obstétricas, *"seguida de causas clínicas ligadas ao aparelho respiratório, digestivo, causas externas e cardiovascular"*[10], em perfil muito semelhante aos hospitais de porte secundário da rede contratada pelo SUS.

Quanto aos indicadores de qualidade, verificaram que tanto a taxa de cesárea quanto a taxa e mortalidade estariam dentro dos parâmetros solicitados, ressalvando-se, quanto a esta, a necessidade de aferir o tempo oportuno de intervenção no âmbito hospitalar quando da entrada do paciente no estabelecimento. No que atina às taxas de infecção hospitalar, estariam em parâmetros adequados, mas haveria a necessidade de homogeneizar os critérios das Comissões de Controle de Infecção Hospitalar por procedimentos, riscos, unidades de medida, para permitirem a comparação de taxas entre hospitais.

No que tange aos indicadores de satisfação de clientela, concluíram que embora o resultado demonstre que as comunidades assistidas estivessem satisfeitas com os programas e serviços apresentados, não haveria precisão da pesquisa do próprio estabelecimento sobre este aspecto, porque não havia padronização necessária dos critérios metodológicos que permitissem análise consistente em relação a este item.

Importante mencionar que houve também indicação de que existia por parte das OSs contratação de serviços terceirizados de apoio administrativo (lavanderia, limpeza, manutenção, segurança), de apoio diagnóstico e terapêutico (imagem, sangue, laboratório clínico, anatomopatologia, anestesia), mas também de serviços médicos propriamente ditos. Os autores informam que a terceirização do primeiro tipo de serviço é comum em hospitais públicos e privados, o segundo é comum em hospitais privados, mas o terceiro, enquanto terceirização do corpo clínico por especialidades, seria novidade, merecendo acompanhamento mais cuidadoso, especialmente

9 Ibid., p. 397-398.
10 Ibid., p. 401.

porque, no que atina à política salarial, os profissionais de saúde das OSs ganhariam, em média, mais do que os valores praticados na rede pública, principalmente médicos e enfermeiros. Ainda, acrescem que a melhor forma de retratar com maior visibilidade e medir produtividade seria aquela obtida pela relação entre a produção e o número de funcionários da subárea, incluindo chefes e supervisores.

No segundo estudo, realizado conforme método qualitativo, do tipo estudo de caso único de gerenciamento da rede primária de atenção à saúde por OS, em Botucatu/SP, se privilegiou *"análises clínicas e longitudinais sobre mudanças e processos organizacionais, bem como, sobre políticas e cultura organizacional"*[11], relativamente a 11 unidades de Estratégia Saúde da Família (ESF) sob sua gestão.

As conclusões a que chegou o estudo mencionado basicamente apontam como potencialidades ***i)*** a agilidade dos serviços com destaque para a capacidade de resolver problemas de recursos humanos, compras de insumos e medicamentos com a agilidade esperada e custo reduzido, demonstrando melhor organização dos processos de trabalho; ***ii)*** a importância do contrato de gestão possuir metas claras e concisas, respeitando as avaliações sistematizadas que se fazem necessárias para o bom funcionamento da OS e o controle social necessário. Por outro lado, como limitações ***iii)*** o desafio do modelo de gestão frente a necessidade de aprimorar mecanismos de controle que garantam transparência e ***iv)*** a necessidade de sistemas de informação especializado de modo a facilitar o uso de indicadores para a tomada de decisões e que possibilite o controle pelos órgãos competentes, sendo fator primordial para o controle social e de revisão dos recursos financeiros com intuito de atender as necessidades da rede de saúde local[12].

3. A (IN)EFICIÊNCIA DAS OSS E AS FRAGILIDADES DO CONTROLE GOVERNAMENTAL

Esse panorama inicial da implementação das OSs, abordado de modo otimista durante o processo de implementação, foi questionado pela literatura e também no âmbito do Poder Judiciário. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a lei que regula as organizações sociais permite que a entidade que se qualifique como tal, receba bens, recursos e até servidores públicos sem a necessidade de demonstrar qualificação técnica e econômico-financeira, bastando uma decisão discricionária da autoridade competente, sem sequer se exigir o devido processo licitatório. Para ele, a lei contém

11 RODRIGUES; SPAGNUOLO, 2014, p. 550-551.
12 RODRIGUES; SPAGNUOLO, 2014, p. 556.

"inconstitucionalidades verdadeiramente aberrantes".[13]

Maria Sylvia Di Pietro afirma ser *"curioso falar-se em Programa Nacional de Publicização quando, na realidade, o que está sendo idealizado é exatamente a privatização"*. A rigor, as organizações sociais desenvolvem atividade privada e não serviço público, mediante *"incentivo do poder público"*.[14]

Não obstante as várias argumentações encontradas acerca da inconstitucionalidade da lei das organizações sociais, a discussão restou dissipada com o julgamento da ADI 1923 pelo Supremo Tribunal Federal, em 2015. Pôs-se termo à discussão, entendendo-se que embora não sejam sujeitas ao regime jurídico de direito público, porquanto se tratem de pessoas jurídicas de direito privado (ainda que sem fins lucrativos), a qualificação da entidade, a celebração de contrato de gestão com o poder público e respectiva dispensa de licitação para tanto, a contratação com terceiros mediante utilização de recursos públicos e a seleção de pessoal deverão todos ser conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF.

Desde então, o atual panorama das organizações sociais parece ser ainda bastante controverso, apesar da constitucionalidade do instituto.

Em 2005, foi realizado um estudo comparativo do desempenho de hospitais em regime de organização social, denominado *"Em Busca de Excelência: Fortalecendo o Desempenho Hospitalar em Brasil"*, pesquisa esta coordenada por Gerard La Forgia, Especialista de Saúde do Banco Mundial, cuja finalidade era a de subsidiar uma monografia realizada pelo Banco Mundial sobre hospitais brasileiros. Tal pesquisa tinha como parceiros, dentre outros, o Ministério de Saúde, Banco Mundial, FIOCRUZ e ANVISA.[15]

Segundo essa pesquisa, posteriormente utilizada pelo Banco Mundial para emissão do documento nomeado como *"Brazil – Enhancing performance in Brazil's health sector: lessons from innovations in the state of São Paulo and the city of Curitiba"*, elaborado na forma de estudo caso-controle, houve teste de hipótese em que haveria diferença significativa de estrutura e desempenho (eficiência técnica, alocativa, de qualidade e equidade) entre os hospitais em regime de Organização Social (caso) e controle (hospitais hierarquizados da administração direta) em um ponto do tempo (t). Consta que foi realizado, em perspectiva temporal, corte transversal relativo aos dados de 2003, tomando

13 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 222-223.

14 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 338-341.

15 LA FORGIA, Gerard M.; COUTTOLENC, Bernard. **Desempenho hospitalar no Brasil: em busca da excelência.** São Paulo: Singular, 2009. p. 17.

como universo 12 unidades com estruturas de governança da OS e 08 hospitais da administração direta.[16]

Conforme foi constatado, à época, pelo referido estudo, no que atina às estruturas hospitalares, as OSs se mostraram, em termos gerenciais, aparentemente melhor opção de gestão para prestação de serviços de saúde hospitalar[17], apesar do modelo ser ainda muito recente.

O Relatório do Banco Mundial, a partir de tais estudos, concluiu que os casos de inovações em gestão pública examinados no relatório demonstram formas de abordagem para a melhoria de desempenho no setor público brasileiro. São Paulo introduziu a inovação organizacional através da contratação de gestão hospitalar para organizações não governamentais (ONGs) qualificadas na forma de "Organizações Sociais". Esse modelo envolve a devolução de responsabilidades gerenciais da Secretaria de Estado da Saúde (SES) a cada um dos hospitais das OSs, contornando restrições conhecidas que definem o gerenciamento de recursos humanos na administração direta do Estado.[18]

Atualmente, no entanto, as organizações sociais em saúde não têm se mostrado uma forma de gestão transparente e eficiente, diversamente do que foi apontado nos estudos anteriores. Essa afirmação é corroborada pela audiência pública realizada no dia 14/08/2018, na Câmara Municipal de Serra, no Espírito Santo, em que a professora Francis Sodré[19], uma das maiores estudiosas sobre o tema das organizações sociais de saúde, vinculada à Universidade Federal do Espírito Santo, apontou diversas situações que evidenciam a atuação problemática das OSs de saúde, exatamente pela ausência de um controle efetivo de tais instituições e pela falta de transparência do modelo.

Dentre elas, pode-se citar: ***i)*** o fato de as organizações sociais em saúde não serem organizações da sociedade civil, mas grandes grupos empresariais, atuantes sob a ótica do lucro; ***ii)*** de haver isenção dos governos quanto ao modelo fazendo com que grupos eleitorais vinculados a grupos empresariais se beneficiem; ***iii)*** de receberem mais recursos do que os serviços da administração direta; ***iv)*** de não haver controle e transparência dos valores públicos gastos com o modelo; ***v)*** de promoverem contratação

16 COSTA, Nilson do Rosário; RIBEIRO, José Mendes. **Estudo comparativo do desempenho de hospitais em regime de organização social.** Programa de Pesquisas Hospitalares Em Busca de Excelência: Fortalecendo o Desempenho Hospitalar em Brasil. Fiocruz: Rio de Janeiro, 2005.

17 Ibid., p. 3-5.

18 MATZUDA, Yasuhiko et. al. **BRAZIL: Enhancing Performance in Brazil's Health Sector: Lessons from Innovations in de State of São Paulo and the City of Curitiba**. En breve, fev. 2008. n. 116.

19 Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=efspknBj7ys. Acesso em: 20 jan. 2019.

de trabalhadores de modo precário, o que gera alta rotatividade de serviços.[20]

Em outro estudo sobre o tema, que tomou por base a revisão de 31 artigos sobre OSs, publicados até 2015, na Lilacs e na SciELO, concluiu-se que não há estudos empiricamente sólidos e conclusivos a permitirem *"generalizações sobre a maior eficiência da gestão de serviços de saúde por meio"* de tal modelo,[21] mas que haveria *"fortes argumentos legais, administrativos e políticos"* indicativos de que não se constituiriam como solução para resolver os problemas de gestão de serviços no SUS e que tenderiam, apesar de se tratarem de entidades supostamente sem fins lucrativos, a *"fortalecer a privatização do sistema público de saúde brasileiro"*.[22]

Segundo este estudo, os administradores e gestores dos serviços de saúde seriam os maiores interessados e defensores do modelo de gestão por meio de OSs, devido à flexibilidade de gestão, especialmente de pessoal, e eficiência quanto ao desempenho e produtividade.[23]

Fato é que, os principais problemas que vêm sendo enfrentados quanto à adoção do modelo das organizações sociais em saúde dizem respeito à falta de transparência e ao precário controle governamental sobre os investimentos de recursos públicos em tais instituições, bem como da respectiva contraprestação de serviços de saúde.

O que há, basicamente, é a contratualização de resultados, mas nem sempre há metas claras e objetivas e, quando existentes, a aferição do cumprimento se dá igualmente de modo duvidoso, considerando o cumprimento global e por estimativa, sem aferição da adequada liquidez e eficácia da prestação de serviços.

Importante ressaltar que esse controle dos resultados possui correlação direta com a Reforma Administrativa do Estado, que se preocupou em tornar a administração pública em gerencial, buscando eficiência e rompendo com o modelo burocrático, fazendo com que a forma de controle passasse a se concentrar não mais nos processos, mas nos resultados.

Entretanto, o que vem ocorrendo é uma crescente desresponsabilização do Estado ante suas responsabilidades na implementação do direito à saúde[24],

20 SODRÉ, Francis; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **Organizações sociais e privatização da saúde: a discricionariedade dos contratos de gestão com o terceiro setor**. In: Organizações sociais: agenda política e os custos para o setor público da saúde. Francis Sodré et. ali (Org.). 1.ed. São Paulo: Hucitec, 2018. p. 30-43.

21 SOARES, Gabriella Barreto; BORGES, Fabiano Tonaco; SANTOS, Renata Reis dos; GARBIN, Cléa Adas; MOIMAZ, Suzely Adas Saliba; SIQUEIRA, Carlos Eduardo Gomes. **Organizações sociais de saúde (OSS): privatização da gestão de serviços de saúde ou solução gerencial para o SUS?** Brasília: Revista Gestão e Saúde, 2016. vol. 07, n. 02. p. 828.

22 SOARES et. ali., ob. cit., p. 828.

23 Ibid., p. 835-837.

24 Cf. SOUZA, Bianca Tomaino de. **Dezesseis anos do plano diretor de reforma do aparelho do estado (PDRAE): introdução à análise crítica sobre o papel do Estado brasileiro contemporâneo**.

parecendo até mesmo incoerente que tal direito fundamental, e, em última instância, a promoção do direito à vida, não seja considerado atividade exclusiva do poder público e possa ser objeto de consecução pela iniciativa privada sem a mínima e necessária intervenção governamental, ainda que de modo fiscalizador quanto a análise desses resultados e eventuais correções e punições decorrentes da má utilização de recursos públicos pelas organizações sociais.

Ou seja, o Estado não se responsabiliza diretamente pela promoção do direito à saúde, sob o argumento da eficiência e premente necessidade de implantação de um sistema de administração gerencial, mas também não se responsabiliza pela fiscalização e controle efetivo de entidades, supostamente sem fins lucrativos, que utilizam os recursos públicos de modo mais fluido.

Há apontamentos quanto a irregularidades de toda ordem ou no sentido de que OSs subavaliam as metas a fim de que sejam facilmente alcançadas, ou de que o monitoramento e a avaliação realizados pela gestão são falhos e ineficientes (com notícias de que em vários casos há aprovação de contas com erros e inconsistências), além de diversas irregularidades administrativas, como a ausência de constituição de comissão de acompanhamento e avaliação de contrato de gestão, falhas na elaboração de indicadores de desempenho, descumprimento de metas e assim por diante.[25] Significa dizer que um dos principais argumentos em favor das OSs, relativo à eficiência e resultados transparentes, não se realiza.[26]

Tais constatações são corroboradas por relatório de 2017, do Banco Mundial, relativamente à saúde pública no Brasil, cujas conclusões apontam no mesmo sentido, qual seja: ausência de eficiência no gasto público com saúde, especialmente a entidades do terceiro setor e setor privado, como no caso das OSs, atuantes na atenção hospitalar (média e alta complexidade ou atenção secundária e terciária) sem critérios claros de transparência e controle. Em síntese, *"o Brasil poderia ter prestado o mesmo nível de serviço usando 34% menos recursos"*.[27]

A primeira constatação decorrente desse relatório, é a de que é necessário que os serviços públicos de saúde sejam mais eficientes, inclusive

Brasília: Revista Brasileira de Políticas Públicas, v.2. n.2. jul./dez.2012. p. 126.

25 Cf. SOARES, Gabriella Barreto; BORGES, Fabiano Tonaco; SANTOS, Renata Reis dos; GARBIN, Cléa Adas; MOIMAZ, Suzely Adas Saliba; SIQUEIRA, Carlos Eduardo Gomes. **Organizações sociais de saúde (OSS): privatização da gestão de serviços de saúde ou solução gerencial para o SUS**? Brasília: Revista Gestão e Saúde, 2016. vol. 07, n. 02. p. 828-850.

26 SODRÉ, Francis; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **Organizações sociais e privatização da saúde: a discricionariedade dos contratos de gestão com o terceiro setor.** *In:* Organizações sociais: agenda política e os custos para o setor público da saúde. Francis Sodré et. ali (Org.). 1.ed. São Paulo: Hucitec, 2018. p. 37-65. p. 50-51.

27 BANCO MUNDIAL. **Um ajuste justo: análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil.** V.I: síntese. Novembro, 2017. p. 111-115.

com a adoção de um sistema gerencial e menos burocrático de controle de resultados; e, a segunda, é a de que o controle público não está sendo realizado adequadamente, quando se trata dos contratos de gestão com OSs.

Na continuidade da leitura do relatório do Banco Mundial (2017), há sugestões relativas ao sistema público de saúde (SUS), de modo geral quanto às possibilidades de ampliação do acesso e da atenção aos usuários com menos custos.

Algumas delas podem ser observadas quando se trata de organizações sociais de saúde, especialmente porque elas se encontram em situação de dupla certificação, significando dizer que muitas delas possuem qualificação como OSs e também como entidades filantrópicas, fazendo com que a tributação sobre elas seja praticamente inexistente, o que implica em excessivos incentivos não só por meio dos valores do contrato de gestão, mas também fiscais, gerando concorrência desleal com os hospitais privados. Em última análise, a adoção do modelo de organização social tornou-se, na prática, *"um artifício que permite o recebimento e uso de recursos financeiros públicos para obtenção de um resultado que melhor seria se fosse chamado de lucro e não de superávit"*.[28]

O Banco Mundial, a esse respeito, identificou o problema ao sugerir que houvesse redução dos gastos tributários com saúde, representativos de 30,5% dos gastos federais, concentrados em descontos no IRPF e hospitais filantrópicos, observando que tais gastos são altamente regressivos e que não haveria *"nenhuma justificativa aparente para a obrigatoriedade de o governo pagar pelo atendimento privado de saúde aos grupos mais ricos da população"*.[29]

4. PROPOSTAS PARA O APERFEIÇOAMENTO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DE SAÚDE

Portanto, uma das iniciais proposições de fortalecimento do controle sobre os gastos públicos, seria evidenciar em que medida existe cumulação de recursos públicos por meio das isenções/imunidades tributárias, conforme o caso, às organizações sociais de saúde a fim de que, em sendo constatadas, tais isenções/imunidades sejam condicionadas ao cumprimento de metas contratuais avençadas com a administração pública. Neste passo, não se tem conhecimento de que existam regulamentos municipais, estaduais e/ou federais que prevejam isenção/imunidade tributária condicionada ao cumprimento de metas em transações ajustadas (ou mesmo em contratos de gestão) com

28 TURINO, Fabiana; SODRÉ, Francis; BAHIA, Ligia. **A dupla certificação na saúde: a articulação política entre as instituições filantrópicas e as organizações sociais e saúde.** *In:* Organizações sociais: agenda política e os custos para o setor público da saúde. Francis Sodré et. ali (Org.). 1.ed. São Paulo: Hucitec, 2018. p. 85-86.

29 BANCO MUNDIAL, op. cit., p. 119.

a administração pública. De todo modo, para o condicionamento da isenção tributária seria necessária a previsão legal respectiva em relação aos contratos de gestão firmados com as OSs.

A segunda proposição que se faz é no sentido mais concreto e instrumental de formalização do contrato de gestão, com a necessidade de estabelecimento de parâmetros e metas quantitativas e qualitativas que levem em consideração não só a produção ambulatorial, hospitalar e de exames diagnósticos e terapêuticos (quantitativos) e integração da rede de atendimento (hierarquização e regionalização, conforme complexidade) ou mesmo diminuição de indicadores relacionados com mortalidade e infecção hospitalar, taxa de ocupação de leitos e tempo de permanência neles, ou ainda, criação das respectivas comissões de qualidade no âmbito hospitalar (qualitativos), como é comum, mas também adoção de critérios de *i)* vazios assistenciais, *ii)* volume de filas de espera para atendimento (demanda reprimida) e *iii)* satisfação do usuário.[30]

No primeiro estudo citado, de IBANEZ, indicou-se como uma das metas pactuadas indicadores de satisfação da clientela, com realização de pesquisa, com frequência anual, entre usuários do hospital, internação, atendimento de pronto-socorro e ambulatorial, em que, no mínimo, 80% *"das pessoas atendidas considerem o nível de atendimento prestado igual, ou melhor, àquele recebido em outros serviços públicos ou privados dos quais se utilizaram nos últimos dois anos"*[31]. Entretanto, quando se tentou medir essa meta, concluiu-se que não haveria precisão da pesquisa do próprio estabelecimento sobre este aspecto porque não havia padronização necessária dos critérios metodológicos que permitissem análise consistente em relação a este item.

Ocorre que, de regra, não se faz menção à avaliação do usuário dos serviços do SUS sobre o atendimento prestado, a discussão fica adstrita a gestor e prestador de serviços quanto ao estabelecimento de metas de controle de resultados, de modo que até mesmo para que o usuário sinta que faz parte do sistema, formatado segundo um tripé – usuário, gestor e prestador – não sendo limitada apenas de modo formal na legislação sanitária[32], deve ser chamado a informar sobre a (in)satisfação do serviço e os motivos para tanto, como avaliador e controlador primordial, já que destinatário da prestação.

A terceira proposição diz com a adoção de critérios também de ordem prática na formulação das metas qualitativas no contrato. A saúde suplementar é mais avançada no estabelecimento de tal parametrização. A atual Resolução

30 PINTO, Élida Graziane; AMARAL, Daniel João do. Controle **de custos e resultados nos contratos de gestão da saúde: aluns apontamentos sobre suas prestações de contas.** *In:* Organizações sociais: agenda política e os custos para o setor público da saúde. Francis Sodré et. ali (Org.). 1.ed. São Paulo: Hucitec, 2018. p. 164-167.

31 IBANEZ, ob. cit., p. 397.

32 Para mais informações sobre a participação social na gestão do SUS, vide Lei Federal nº 8.142/90 e Recomendação nº 453/2012 do Conselho Nacional de Saúde.

Normativa DC/ANS nº 405/2016[33] ao instituir o Programa de Monitoramento da Qualidade dos Prestadores de Serviços na Saúde Suplementar – Qualiss, fornece relevantes diretrizes aplicáveis ao acompanhamento da qualidade dos serviços prestados pelas organizações sociais de saúde[34].

Consultando a cartilha[35] que trata do referido programa, pode-se observar que têm por objetivo *"estimular a qualificação dos prestadores de serviços na saúde suplementar e aumentar a disponibilidade de informações"*[36], visando *"ampliar o poder de avaliação e escolha de prestadores de serviços por parte das operadoras e dos beneficiários de planos de saúde"*[37]. Indica algumas premissas como: *"transparência da informação para a sociedade; natureza indutora da melhoria da qualidade setorial; avaliação da qualificação dos prestadores; estabelecimento de atributos de qualificação relevantes para o aprimoramento da qualidade assistencial; divulgação dos atributos de qualificação"*[38].

Conforme se verifica do art. 27[39], da Resolução Normativa DC/ANS nº 405/2016, há domínios/classes no estabelecimento de indicadores e há também indicadores que são considerados essenciais e outros recomendáveis. Os domínios/classes, que constituem os eixos do PM-QUALISS, ficam definidos como estruturais, de segurança, de efetividade e de centralidade no paciente. Enquanto os indicadores para avaliação da assistência hospitalar, segundo tais critérios, são diferenciados entre essenciais[40] e recomendáveis[41].

33 Dispõe sobre o Programa de Qualificação dos Prestadores de Serviços na Saúde Suplementar – QUALISS; revoga a Resolução Normativa – RN nº 267, de 24 de agosto de 2011, com exceção do art.44-B incorporado à RN nº 124, de 30 de março de 2006; e revoga também a RN nº 275, de 1º de novembro de 2011, a RN nº 321, de 21 de março de 2013, a RN nº 350, de 19 de maio de 2014, e a Instrução Normativa – IN nº 52, de 22 de março de 2013 da Diretoria de Desenvolvimento Setorial, e dá outras providências.

34 PINTO et. ali., ob. cit., p. 169.

35 Disponível em: http://ans.gov.br/prestadores/qualiss-programa-de-qualificacao-dos-prestadores-de-servicos-de-saude. Acesso em 05 fev. 2020.

36 BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **QUALISS: Programa de Qualificação dos Prestadores de Serviços na Saúde Suplementar** (Cartilha). 2016, p. 2.

37 BRASIL, loc. cit.

38 BRASIL, op. cit., p. 3.

39 Art. 27. Os indicadores a serem avaliados são agregados nos seguintes domínios, que constituem os eixos do PM-QUALISS:
I – Estrutura: composta pelos recursos físicos, humanos, materiais e financeiros necessários para a assistência em saúde;
II – Segurança: observando o definido no Programa Nacional de Segurança do Paciente – PNSP, é o conjunto de ações ou processos que objetivam a redução, a um mínimo aceitável, do risco de dano desnecessário associado ao cuidado de saúde;
III – Efetividade: determinada pelo grau com que a assistência, os serviços e as ações atingem os resultados esperados; e
IV – Centralidade no Paciente: consiste na percepção de satisfação associada ao relato de experiência, escuta atenta, comunicação e envolvimento do paciente nas decisões.

40 Para mais esclarecimentos sobre os indicadores essenciais de avaliação de qualidade hospitalar pelo QUALISS, ver http://www.ans.gov.br/prestadores/qualiss-programa-de-qualificacao-dos-prestadores-de-servicos-de-saude/qualiss-programa-de-qualificacao-de-prestadores-de-servicos-de-saude/monitoramento-da-qualidade-dos-prestadores-de-servicos-de-saude/modulos-e-indicadores/qualiss-indicadores-hospitalares-essenciais-2013-14. Acesso em 23 ago. 2020.

41 Para mais esclarecimentos sobre os indicadores recomendáveis de avaliação de qualidade hospitalar pelo QUALISS, ver http://www.ans.gov.br/prestadores/qualiss-programa-de-qualificacao-dos-prestadoresdeservicosdesaude/qualissprogramadequalificacaodeprestadoresdeservicosdesaude/monitora-

Ou seja, trata-se de uma qualificação da assistência, algo que pouco se fala quando se trata de OSs ou até outros contratos com prestadores privados de saúde no âmbito do SUS. Sendo de primordial importância uma qualificação com aprovação de selo de qualidade para as entidades que se dispusessem a serem certificadas pela adoção de tais indicadores – e respectivo cumprimento – nos contratos de gestão.

Tal acreditação poderia ser realizada por órgão já existente e componente do sistema, com o é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), com a adoção de critérios claros tanto quanto os adotados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), mesmo porque ambas são definidas legalmente (Lei nº 13.848/2019) como agências reguladoras.

Isto porque possui aquele órgão competência para normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substância e serviços de interesse para saúde, conforme previsão do art. 2º, inciso III, da Lei nº 9.782/1999, além de possuir poder para interditar os locais de *"(...) prestação de serviços relativos à saúde, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde"* (art. 7º, inciso XIV, da mesma lei) e também de *"coordenar e executar o controle da qualidade de bens e produtos relacionados no art. 8º"* – e seu §2º o qual dispõe que *"são considerados serviços submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela agência, aqueles voltados para a atenção ambulatorial, seja de rotina ou de emergência, os realizados em regime de internação, os serviços de apoio diagnóstico e terapêutico, bem como aqueles que impliquem a incorporação de novas tecnologias"* – por meio de análises previstas na legislação sanitária, ou de programas especiais de monitoramento da qualidade em saúde.

Significa dizer que já há previsão para que esta função de fiscalização da qualidade dos serviços de saúde seja realizada pela ANVISA, o que falta é a existência de um programa de certificação, nos moldes criados pela ANS.

A quarta proposição diz com a adoção de um programa já existente no âmbito do Ministério da Saúde, relativo à gestão de custos no SUS, chamado Programa Nacional de Gestão de Custos (PNGC), instituído pela Portaria GM/MS nº 55/2018, por meio do qual se criou o Sistema de Apuração e Gestão de Custos do SUS (APURASUS), com a finalidade de "*gerar e incentivar a efetiva utilização da informação de custos pelos gestores de saúde, no intuito de otimizar o desempenho do SUS*".[42]

Segundo consta do instrumento que o regulamenta, tem como público-alvo, preferencial, secretarias estaduais e municipais de saúde, institutos e

mentodaqualidade-dos-prestadores-de-servicos-de-saude/modulos-e-indicadores/qualiss-indicadores--hospitalares-recomendaveis-2013-14. Acesso em 23 ago. 2020.

42 BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **Portaria GM/MS nº 55, de 2018**. Institui, no âmbito do Ministério da Saúde, o Programa Nacional de Gestão de Custos (PNGC) e o Sistema de Apuração e Gestão de Custos do SUS (APURASUS).

hospitais federais do Ministério da Saúde, que aderirem voluntariamente ao PNGC e ao uso do APURASUS. E aí está o problema. Trata-se de programa e sistema de informação de caráter voluntário e não obrigatório, de modo que, passados mais de dois anos de sua criação, pouco se tem ouvido falar de sua implantação e dos resultados alcançados por ele até então. A rigor, esse sistema de informação deveria ser obrigatório, posto ser *"inadmissível que as Secretarias de Saúde Estaduais e Municipais não evidenciem nenhum esforço de comparação de preços praticados nos contratos de gestão celebrados com OSs"*[43], assim desconsiderando, de modo sub-reptício, o controle de gastos e a aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal. Quase que uma doação a *"fundo perdido"* ao terceiro setor.[44]

A quinta proposição, relativa à fiscalização das metas, corresponde ao pagamento por serviço prestado e efetivamente liquidado e não pagamento por evidência e global, decorrente de análise percentual do cumprimento de metas, modelo de contrato de gestão que *"estimula a ineficiência na prestação de serviço na medida em que quanto menos serviços a OS entregar mais receberá, proporcionalmente, em contrapartida financeira"*, desestimulando *"a excelência na sua atuação e a melhoria contínua na qualidade e quantidade dos serviços prestados"*.[45]

Na análise elaborada pelo Banco Mundial, as sugestões também são no mesmo sentido, isto é, de um pagamento realizado conforme a produção (performance) e resultado, conforme grupos diagnósticos (mais consentâneo com o controle de resultado) e não por procedimentos (controle baseado por custo unitário) como atualmente se faz, de modo a incentivar uma maior produtividade e eficiência na gestão dos recursos públicos.[46]

Tal sistema de pagamento já é longamente utilizado por outros países, inclusive no âmbito do sistema de saúde suplementar (setor privado), regulamentado pela ANS, sendo descrito como DRG e definido como *"sistema de classificação* [que] *busca correlacionar os tipos de pacientes atendidos pelo hospital, com os recursos consumidos durante o período de internação, criando grupos de pacientes coerentes, do ponto de vista clínico e similares ou homogêneos quanto ao consumo dos recursos hospitalares"*[47].

Teria sido criado com o objetivo originário de *"permitir a monitoração da qualidade da assistência e utilização dos serviços hospitalares. No final da década de 70, foi adaptado para ser utilizado como base para o pagamento a hospitais do estado*

43 PINTO et. ali, 2018, p. 162-163.
44 Ibid., p. 162-163.
45 PINTO et. ali, op. cit., p. 164-168.
46 BANCO MUNDIAL, op. cit., p. 118-119.
47 NORONHA, Marina F. et al. **O desenvolvimento dos "Diagnosis Related Groups"- DRGs. Metodologia de classificação de pacientes hospitalares**. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 25, n. 3, p. 198-208, June 1991. p. 198.

de New Jersey, EUA (...)"[48], suscitando interesse em outros países como *"Grã-Bretanha, França, Holanda, Bélgica, Alemanha Ocidental, Espanha, Itália, Portugal, Áustria, Suíça, Noruega, Dinamarca, Suécia, Finlândia, Austrália, Canadá, Coréia"*[49].

Ressalte-se que a segunda e terceira proposições, relativas à formatação das metas contratuais (portanto, *a priori*) são referidas porque se não há metas claras que devam ser cumpridas e objetivos bem definidos dos serviços que devam ser prestados, então, o resultado é exatamente o que vem sendo refletido na maioria dos estudos mais recentes, indicativos de que não há comprovação de que a modalidade de gestão por OSs seja eficiente e com resultados positivos do aspecto custo-assistencial.

Já quanto à quarta e quinta proposições, dizem respeito ao controle de custos e, portanto, do acompanhamento relativo ao cumprimento das metas (*a posteriori* da formalização do contrato de gestão).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É perceptível que a adoção do modelo de gestão por meio de OSs, assumindo o Estado o papel de regulação e não de direta prestação de serviços de saúde, não vem fazendo com que o objetivo primeiro de eficiência, defendido pela Reforma Administrativa do Estado esteja sendo alcançado. Por este aspecto, deixa o Estado o papel de prestador direto dos serviços sob o argumento de ineficiente promoção, mas também não assume seu papel de regulador das atividades realizadas pelas OSs, ou seja, omite-se duplamente.

Também fica consignado que a adoção do modelo, justificada pela eficiência e melhor e mais livre atuação das OSs quanto à contratação de profissionais e utilização de recursos, não se mostra, nem de longe, efetivamente melhor sob o ponto de vista de gestão de custos públicos, algo muito diferente quando se observa a correspondência aos mecanismos e métodos de controle, especialmente de qualidade e produtividade, estabelecido pela ANS no âmbito do setor exclusivamente privado da saúde entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços.

Pelo que se pode ver de alguns mecanismos de controle adotados pela ANS em relação aos prestadores de serviço privado, as OSs, não consideradas nem públicas nem privadas e, portanto, sem aplicação de um conjunto ordenado de regras públicas ou privadas específicas, se beneficiem da ausência de controle e regulação governamental, não só quanto à ineficiência do estabelecimento das metas, mas também quanto à verificação de respectivo cumprimento, o que gera problemas, inclusive, de ordem mercadológica, já que beneficiadas

48 NORONHA et. al., op. cit., p. 198-199.
49 NORONHA, loc. cit.

pelo Estado com mecanismos de controle governamental ineficiente e isenções fiscais não concedidas ao setor exclusivamente privado, fazendo com que os gastos públicos sejam desordenados e o serviço por elas prestado seja, de igual forma, inefetivo e sem a geração dos resultados que se espera serem os mais desejáveis quando não adotada a burocracia estatal.

Nesse sentido, é de importância a edição de legislação que condicione os benefícios fiscais (isenções) às OSs ao cumprimento das metas pactuadas.

Por outro lado, resta evidente que o Estado não se presta nem a realização da atividade-fim (prestação direta de serviços de saúde pública), nem a realização da atividade-meio (regulação da prestação dos serviços de saúde pública por meio de instituições privadas, no caso OSs), fazendo com que o principal interessado nestas relações entre público e privado, o usuário do SUS, permaneça desapercebido (já que não considerado quanto às metas qualitativas dos serviços realizados por OSs) e desassistido quanto ao seu direito fundamental e social à saúde (porque a assistência não leva em consideração nem os vazios assistenciais nem a demanda reprimida).

Controle efetivo de custos com o APURASUS e adoção de pagamento por performance/produção e por grupos diagnósticos (DRG) e não mais por procedimento (AIH, APAC), ao invés de pagamentos globais por estimativa e percentual de cumprimento de metas, além do controle apriorístico de indicadores e metas claras quando da formalização do contrato de gestão, a serem posteriormente exigidas, se fazem imprescindíveis para alcance da tão sonhada eficiência e efetividade do SUS, por meio da adoção do modelo de gestão por OSs.

Ademais, olhar para regras adotadas no âmbito do setor exclusivamente privado da saúde, regulado pela ANS, é primordial para alcançar a almejada qualidade de serviços no âmbito do SUS, quando este pretende contratar o setor privado para a prestação direta dos serviços de saúde.

Ademais, a transparência dos dados das OSs, seja em sites na rede mundial de computadores, seja ao público em geral e ao controle social, por meio dos Conselhos de Saúde, cuida-se de dever legal imposto a todos os entes que recebam recursos públicos, ainda que se trate de pessoa jurídica de direito privado, conforme se observa do art. 2º, da Lei nº 12.527/2011.

Por fim, respondendo-se ao questionamento central dessa pesquisa, restou claro com base nas 5 (cinco) proposições constantes do item anterior desse artigo, de que é possível aperfeiçoar-se o modelo de gestão de serviços de saúde prestados por organizações sociais.

REFERÊNCIAS

BANCO MUNDIAL. **Um ajuste justo: análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil.** V.I: síntese. Novembro, 2017. Disponível em http://documents.worldbank.org/curated/en/884871511196609355/pdf/121480-REVISED-PORTUGUESE-Brazil-Public-Expenditure-Review-Overview-Portuguese-Final-revised.pdf. Acesso em 29 Jan. 2020.

BRASIL. **Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, em 31 dezembro 1990.

BRASIL. **Lei 9.637, 15 de maio de 1998.** Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, em 18 de maio 1998, retificado em 25 de maio 1998.

BRASIL. **Lei 9.782, 26 de janeiro de 1999.** Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, em 27 de janeiro 1999.

BRASIL. **Lei 12.527, 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, em 18 de novembro 2011.

BRASIL. **Lei 13.848, 25 de junho de 2019.** Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, em 26 de junho 2019.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. **Organizações sociais**. 5.ed. Cadernos MARE de reforma do estado. V.2. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1998.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **Portaria GM/MS nº 55, de 2018.** Institui, no âmbito do Ministério da Saúde, o Programa Nacional de Gestão de Custos (PNGC) e o Sistema de Apuração e Gestão de Custos do SUS (APURASUS). Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2018/prt0055_12_01_2018.html. Acesso em 05 fevereiro 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **QUALISS: Programa de Qualificação dos Prestadores de Serviços na Saúde Suplementar (Cartilha)**. **2016.** Disponível em http://ans.gov.br/prestadores/qualiss-programa-de-qualificacao-dos-prestadores-de-servicos-de-saude. Acesso em 05 Fev. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **Resolução Normativa nº 405, de 2016**. Dispõe sobre o Programa de Qualificação dos Prestadores de Serviços na Saúde Suplementar – QUALISS; revoga a Resolução Normativa – RN nº 267, de 24 de agosto de 2011, com exceção do art.44-B incorporado à RN nº 124, de 30 de março de 2006; e revoga também a RN nº 275, de 1º de novembro de 2011, a RN nº 321, de 21 de março de 2013, a RN nº 350, de 19 de maio de 2014, e a Instrução Normativa – IN nº 52, de 22 de março de 2013 da Diretoria de Desenvolvimento Setorial, e dá outras providências. Disponível em http://ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzI0OA==. Acesso em 05 fevereiro 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Recomendação nº 453, de 2012.** Aprova diretrizes para instituição, reformulação, reestruturação e funcionamento dos Conselhos de Saúde. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2012/res0453_10_05_2012.html. Acesso em 05 fevereiro 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 1923.** Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, julgado em 16/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-254 DIVULG 16-12-2015 PUBLIC 17-12-2015. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308380793&ext=.pdf. Acesso em 10 Dez. 2019.

COSTA, Nilson do Rosário; RIBEIRO, José Mendes. **Estudo comparativo do desempenho de hospitais em regime de organização social. Programa de Pesquisas Hospitalares Em Busca de Excelência: Fortalecendo o Desempenho Hospitalar em Brasil.** Fiocruz: Rio de Janeiro, 2005. Disponível em https://www.ibross.org.br/banco-mundial-estudo-comparativo-do-desempenho-de-hospitais-em-regime-de-os/. Acesso em 10 Dez. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 338-341.

IBANEZ, Nelson et al. **Organizações sociais de saúde: o modelo do Estado de São Paulo**. Ciênc. saúde coletiva, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 391-404, 2001. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232001000200009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 Dez. 2019.

MATZUDA, Yasuhiko et. al. **BRAZIL: Enhancing Performance in Brazil's Health Sector: Lessons from Innovations in de State of São Paulo and the City of Curitiba.** En breve, Fev., 2008. n. 116. Disponível em http://documents1.worldbank.org/curated/en/794071468229499407/pdf/446860BRI00En01Box0327407B01PUBLIC1.pdf. Acesso em 10 Dez. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 222-223.

NORONHA, Marina F. et al. **O desenvolvimento dos "Diagnosis Related Groups"- DRGs. Metodologia de classificação de pacientes hospitalares.** Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 25, n. 3, p. 198-208, June 1991. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101991000300007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 23 Ago. 2020.

PINTO, Élida Graziane. **Prestação de contas nos repasses ao terceiro setor reclama revisão profunda**. Revista Consultor Jurídico, 22 de outubro de 2019, 8h00. Disponível em https://www.conjur.com.br/2019-out-22/contas-vista-prestacao-repasses-terceiro-setor-requer-revisao-profunda?imprimir=1. Acesso em 29 Jan. 2020.

PINTO, Élida Graziane; AMARAL, Daniel João do. Controle **de custos e resultados nos contratos de gestão da saúde: aluns apontamentos sobre suas prestações de contas.** *In:* Organizações sociais: agenda política e os custos para o setor público da saúde. Francis Sodré et. ali (Org.). 1.ed. São Paulo: Hucitec, 2018. p. 145-185.

RODRIGUES, C.; SPAGNUOLO, R. **Organizações Sociais de Saúde: potencialidades e limites na gestão pública**. Revista Eletrônica de Enfermagem, v. 16, n. 3, p. 549-57, 30 set. 2014. Disponível em https://www.revistas.ufg.br/fen/article/view/22319. Acesso em 10 Dez. 2019.

SOARES, Gabriella Barreto; BORGES, Fabiano Tonaco; SANTOS, Renata Reis dos; GARBIN, Cléa Adas; MOIMAZ, Suzely Adas Saliba; SIQUEIRA, Carlos Eduardo Gomes. **Organizações sociais de saúde (OSS): privatização da gestão de serviços de saúde ou solução gerencial para o SUS?** Brasília: Revista Gestão e Saúde, 2016. vol. 07, n. 02. p. 828-850. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/rgs/article/view/3547/3231. Acesso em: 10 Dez. 2019.

SODRÉ, Francis; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **Organizações sociais e privatização da saúde: a discricionariedade dos contratos de gestão com o terceiro setor.** *In:* Organizações sociais: agenda política e os custos para o setor público da saúde. Francis Sodré et. ali (Org.). 1.ed. São Paulo: Hucitec, 2018. p. 37-65.

SOUZA, Bianca Tomaino de. **Dezesseis anos do plano diretor de reforma do aparelho do estado (PDRAE): introdução à análise crítica sobre o papel do Estado brasileiro contemporâneo**. Brasília: Revista Brasileira de Políticas Públicas, v.2. n.2. jul./dez.2012. p. 115-129.

TURINO, Fabiana; SODRÉ, Francis; BAHIA, Ligia. **A dupla certificação na saúde: a articulação política entre as instituições filantrópicas e as organizações sociais e saúde.** *In:* Organizações

sociais: agenda política e os custos para o setor público da saúde. Francis Sodré et. ali (Org.). 1.ed. São Paulo: Hucitec, 2018. p. 66-88.

WORLD BANK. **Enhancing Performance in Brazil's Health Sector: Lessons from Innovations in the State of São Paulo and the City of Curitiba, Report nº 35691-BR,** October, 2006. Disponível em http://documents.worldbank.org/curated/pt/664271468016810488/Brazil-Enhancing-performance-in-Brazils-health-sector-lessons-from-innovations-in-the-state-of-Sao-Paulo-and-the-city-of-Curitiba. Acesso em 10 Dez. 2019.

5. FREIRE Y LA PANDEMIA ACTUAL: ESTRATEGIAS EN EDUCACIÓN COMO PRÁCTICA DE LA LIBERTAD

Germán Cisneros Farías

Profesor Emérito de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México, Doctor en Derecho por la UNAM, miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Conacyt, miembro de la Academia Mexicana de Ciencias, profesor titular de derecho administrativo en la UANL, México.

Sumario: 1. Consideraciones iniciales; 2. Los modelos pedagógicos de Paulo Freire, en un contexto de "normalidad del sistema"; 3. Las realidades de Freire y la pandemia actual. Sus elementos esenciales como instrumentos del cambio; 4. Los datos de la pandemia mundial actual; 5. La regulación constitucional sanitaria en México; 6. La pandemia. Sus efectos en educación; 7. Propuestas para la participación social en educación; 8. El reto de la educación en casa por contingencia extraordinaria; 9. Regulación de las condiciones para el establecimiento de la modalidad de educación en casa por contingencia extraordinaria; 10. La participación social en los contenidos de la educación en casa por contingencia extraordinaria; 11. Conclusiones; Bibliografía.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

De la mano de la obra y tesis principales del gran pedagogo brasileño Paulo Freire, iniciamos tránsito y propuesta de una estrategia en educación para enfrentarnos a los problemas ocasionados por el Covid-19.

Las circunstancias históricas en que se iniciaron sus propuestas en el nordeste de Brasil, están circunscritas en el paisaje de la pobreza, de la domesticación de un campesinado obligado por la educación de entonces a seguir la explotación de sus amos, incluyendo al Estado. Contra esas fuerzas, desde su propuesta educativa luchó Paulo Freire.

La pandemia actual tiene ya confinados en sus hogares- y por devorar- en su hábitat colonizador a la gran mayoría de los pobladores de América Latina, incluyendo a México y a Brasil.

Si continuamos inmóviles, apacibles, esperando sin hacer algo trascendente, el fin de la Pandemia, estaremos más domesticados que la masa popular brasileña en la que Freire desarrolló su propuesta.

Los informes oficiales sobre la Pandemia nos hablan de un fenómeno sanitario que llegó para quedarse. Debemos entonces realizar un análisis a largo plazo en el difícil tema de la educación de los niños.

Aquí se presentan algunas propuestas que van encaminadas a encontrar un diálogo entre todos los actores de la educación para orientar los efectos de una educación pasiva hacia una educación dialogante entre todas las instituciones, padres de familia, sector educativo y aparato estatal.

Algo y muy fuerte debemos hacer pues los efectos serán asimétricos en materia educativa, en todo caso favorables de nueva cuenta para los niños cuyos padres tiene amplias posibilidades económicas, acceso a tecnologías y posibilidades de socializar con mayor fuerza y énfasis entre ellos mismos; en tanto, otra vez los niños marginados, oprimidos y abandonados a su suerte, tendrán efectos perversos en su desarrollo cultural.

En este trabajo se analizan los efectos de la reforma al artículo 3° de mayo de 2019, bajo una Administración federal histórica pues proviene de la conformación de partidos políticos de la izquierda nacional y que, por lo menos, en el artículo 3° constitucional, plasmaron una tesis estatista en la materia.

Los artículos constitucionales anteriores al 3° actual, nos hablaban de un Estado educador que se preocupaba por la participación de la sociedad en materia educativa y que estaba atento a dar cobertura en los servicios educativos en todo el país, con poco énfasis en los contenidos programáticos e ideológicos.

Ahora, bajo una perspectiva de diálogo, presentamos varias propuestas para permitir el acrecentamiento democrático de nuestro país, mediante una educación participativa y dialogante. Queremos dialogar para modificar contenidos, técnicas, procedimientos y no tan solo concretarnos a la pasiva actitud de prender una televisión, sentarnos, tomar notas y responder a cuestionarios oficiales ya elaborados.

2. LOS MODELOS PEDAGÓGICOS DE PAULO FREIRE, EN UN CONTEXTO DE "NORMALIDAD DEL SISTEMA"

La pedagogía de Paulo Freire es, por excelencia, una "pedagogía del oprimido" que no postula modelos de adaptación ni de transición de nuestras sociedades, sino modelos de ruptura, de cambio y de transformación total, en el contexto de una "normalidad del sistema". Su tesis principal reside en la siguiente afirmación: toda la tarea de educar, solo es auténticamente humanista en la medida que procure la integración del individuo a su realidad nacional; en la medida en que le pierde el miedo a la libertad; en la medida en que pueda crear en el educando un proceso de recreación, de búsqueda, independencia y, a la vez, de solidaridad[1].

Una de las preocupaciones fundamentales, a nuestro juicio, de una

1 FREIRE, Paulo, **La educación como práctica de la libertad,** editorial siglo XXI, México, 1976.

educación para el desarrollo y la democracia debe de proveer al educando de los instrumentos necesarios para resistir los poderes del desarraigo frente a una civilización industrial que se encuentra ampliamente armada como para provocarlo; aun cuando esté armada de medios con los cuales amplíen las condiciones existenciales del hombre.

Freire propone una educación que posibilita al hombre para la discusión valiente de su problemática, de su inserción en esta problemática, que le advierte de los peligros de su tiempo para que, consciente de ellos, gane la fuerza y el valor para luchar, en lugar de ser arrastrado a la perdición de su propio "yo", sometido a las prescripciones ajenas. Educación que lo coloque en diálogo constante con el "otro", que lo predisponga a constantes revisiones, análisis crítico de sus descubrimientos, a una cierta rebeldía, en el sentido más humano de la expresión; que lo identifique, en fin, con métodos y procesos científicos[2].

Para Tocqueville, lo que caracteriza la esencia de la propia democracia, es la ausencia, en el tipo de formación que tuvimos, de aquellas condiciones necesarias para la creación de un comportamiento que nos llevase a la creación de nuestra sociedad con "nuestras propias manos". La experiencia de autogobierno, que casi nunca experimentamos, debía habernos ofrecido un mejor ejercicio de democracia. Las condiciones estructurales de nuestra colonización no nos fueron favorables[3].

En el diseño de su modelo pedagógico, Freire se formula tres preguntas: ¿cómo realizar este modelo educativo?, ¿cómo ayudarlo a comprometerse a su realidad?, Y cómo participar en el cambio como para ser sujeto de él y no una veleta sin rumbo ni destino? A ellas responde presentándoles la parte medular de su propuesta educativa: Primero. Crear un método activo, dialogal, crítico, y de espíritu crítico; Segundo. Presentar una modificación substancial del programa educacional; Tercero. Utilizar técnicas educativas diferentes a las tradicionales.

Su modelo educativo parte de la distinción entre los dos mundos que rodean al brasileño: el de la naturaleza y el de la cultura.

En el primero se propone construir el nuevo sentido de la mediación que tiene la naturaleza en las relaciones y comunicaciones entre los hombres, y en el segundo, propone una cultura como resultado de un esfuerzo creador y recreador del hombre brasileño.

En ambos temas Freire presenta su concepto personal de democracia y de práctica de la libertad.

Bajo esa perspectiva pedagógica, iniciamos el análisis de las realidades de

2 FREIRE, Paulo, **La educación como práctica de la libertad,** editorial siglo XXI, México, 1976, p.p. 84 y 85

3 FREIRE, Paulo, Ídem, p. 60.

Freire y las realidades mexicanas, en el contexto obligado de la Pandemia mundial que nos obliga a todos a modificar sustancialmente nuestro comportamiento tradicional en la educación para construir mediante un dialogo propositivo, mejores condiciones de desarrollo para nuestros niños y jóvenes.

3. LAS REALIDADES DE FREIRE Y LA PANDEMIA ACTUAL. SUS ELEMENTOS ESENCIALES COMO INSTRUMENTOS DEL CAMBIO

Ciertamente debemos encontrar los elementos esenciales que les son comunes a la realidad en que se desarrollaron las tesis de Freire y la realidad que nos toca vivir en el contexto de la Pandemia mundial actual.

1.- Las realidades de Freire en Brasil

a.- Masificación Vs. Libertad

Freire vivió en Brasil una realidad social que lo empujó —en materia y en espíritu— a "gritar" el contenido de su discurso pedagógico. Sintió el agobio de una "sociedad cerrada" y desde la educación presentó el contenido educativo para una "sociedad abierta".

Una de las grandes —si no la mayor— tragedia del hombre moderno es que hoy, nos dice Freire, renuncia cada vez más, sin saberlo, a su capacidad de decidir. Dicha renuncia se da a un hombre esclavo de la publicidad organizada, en medio de planes y programas educativos dominado por la fuerza de los mitos y en ausencia de un horizonte y sentido común para él y su sociedad.

La masificación de ese todo, incluyendo el educativo, nos dice Freire, apoyándose en su tesis de que el hombre actual ha renunciado a su condición de (sujeto) para ubicarse tan sólo como (objeto) del mundo que lo rodea.

La masificación denunciada por Freire le llega al hombre brasileño por los contenidos y programas del sistema educativo, induciéndolo a un acomodamiento, a una integración artificial en la que no participa, pues le falta la presencia de su libertad; por eso, cada vez que se le limita la libertad, se transforma en un ser meramente ajustado o acomodado. Es por ello por lo que, minimizado y cercenado, acomodado a lo que se le imponga, sin el derecho a discutir, el hombre sacrifica inmediatamente su capacidad creadora[4].

b.- Su lucha contra el sectarismo en la imposición de opciones

La propuesta de Freire de "discutir" no se refiere a su intervención a una propuesta democrática electoral, sino a participar discursivamente en la propuesta de los contenidos educativos.

4 FREIRE, Paulo, Ídem, p. 32.

Otra de las realidades en que Freire desarrolla su tesis es su lucha frontal contra el sectarismo, referido éste a la "obligatoria" elección entre dos opciones —o tal vez a otra más— dada o impuesta desde los círculos conceptuales del sistema, del autoritarismo "integrador" del déspota, masificada estas por sus medios de comunicación.

En este momento en Brasil, nos dice Freire, los hombres y las instituciones se dividen en reaccionarios y progresistas, aún cuando había categorías intermedias. En hombres y las instituciones que solo estaban en tránsito y también en hombres e instituciones que no solo estaban en tránsito sino eran del tránsito. En la medida, entonces, en que las contradicciones se profundizaban entre los viejos y los nuevos temas, o entre la visión anterior y la actual de los mismos temas, provocaban en el hombre brasileño el surgimiento de actitudes optativas[5].

Contra este sectarismo, emanado de las opciones dadas desde afuera, se opone Freire diciendo: a los que, en nombre de la libertad, matan, en sí y en él, la propia libertad; La posición "abierta" que es amorosa no puede ser autoflagelante. No puede acomodarse pasivamente frente al poder exacerbado de algunos que lleva a la deshumanización de todos, incluso de los poderosos. El mal reside en que, no estando preparados para la captación crítica del desafío, juguete de la fuerza de las contradicciones, el hombre brasileño, y aún sus élites, venían desembocando en el sectarismo y no en las soluciones "abiertas".

El sectarismo tiene una matriz preponderantemente emocional y acrítica, es arrogante, anti dialogal y por eso es anti comunicativa. Es reaccionaria, sea asumida por un derechista, que para nosotros es un sectario de "nacimiento", o un izquierdista. El sectario nada crea porque no ama. No respeta la opción de los otros. Pretende imponer la suya —que no es opción sino fanatismo— a todos[6].

c.- Educación para el amor Vs. Educación para el odio

Merece especial referencia la afirmación de Freire de que la educación es un acto de amor, por tanto un acto de valor. No puede temer el debate, en el análisis de la realidad no puede huir de la discusión creadora, bajo pena de ser una farsa[7].

Si la educación es un acto de amor que no le teme al debate ni al análisis de la realidad misma, entonces su imposición por la masificación sectaria nos entrega la moneda contraría, o sea el odio o desamor. Sobre esta tesis afirma: dictamos ideas. No cambiamos ideas. Dictamos clases. No debatimos o discutimos temas. Trabajamos sobre el educando. No trabajamos con él. Le imponemos un orden

5 FREIRE, Paulo, Ídem, p.p. 40-41.
6 FREIRE, Paulo, Ídem, p.p. 41-42
7 FREIRE, Paulo, ídem, p. 92.

que él no comparte, al cual solo se acomoda. No sería posible, repetimos, formar hombres que se integran en este impulso democrático, con una educación de este tipo. Y no sería posible porque esta educación contradice este impulso y hace resaltar nuestra inexperiencia democrática. Educación en antinomia con el resurgimiento del pueblo a la vida pública brasileña.

Friere encuentra en su andar educativo, cerrados todos los caminos para darle contenido al cambio que el propone. Todo el sistema educativo brasileño está masificado y sobre él y con el debemos trabajar.

Concibe a la educación como un acto de amor en la medida en que, permite mediante el diálogo, construir un hombre nuevo a través del ejercicio de la libertad; y en sentido contrario, le entrega el calificativo de educación para el odio, en cuanto ésta sea alienante, masificadora, sectaria. Concluye que la educación como un acto de amor, así concebida, solo en ella puede nacer la verdadera sociedad humana y ningún hombre puede vivir al margen de dicha educación amorosa.

2. Las realidades de México en la Pandemia actual

México, dentro de las políticas decretadas por las autoridades correspondientes para evitar los contagios de la Pandemia Covid-19, al igual que otros países de América Latina y del mundo, obedeciendo las indicaciones generales de la Organización Mundial de la Salud han limitado a sus habitantes, la movilidad normal en calles, playas, centros turísticos, recintos escolares, y medios de trabajo habituales. Bajo la consigna quédate en casa "stay home", sus habitantes en general y en particular niños, adolescentes y adultos viven —vivimos— confinados en nuestros hogares.

Estamos viviendo una insólita realidad cuyos efectos, positivos y negativos, ya se observan en la práctica de nuestra libertad.

En el contexto anterior, debemos analizar —siguiendo a Freire—, la realidad social ordinaria que tiene ya graves consecuencias en nuestra práctica de la libertad, en que se desarrolla nuestro proceso educativo, y desde ahí, proponer algunas estrategias que modifiquen sustancialmente nuestro desarrollo cultural.

a.- Estatismo Vs. Libertad

Por su relevancia histórica debemos consignar que para el período 2018-2024, México será gobernado, con la aprobación de un amplio voto mayoritario, por un gobierno con claros acentos y orientaciones socialistas. El actual Presidente de los Estados Unidos Mexicanos proviene de la composición y recomposición de partidos políticos con fuertes acentos históricos de la izquierda mexicana.

También consignamos que el Congreso General, compuesto por dos cámaras una de diputados y otra de senadores, es gobernado por el mismo partido del Presidente de la República y, mediante procedimientos nada ortodoxos desde el punto de vista legal, cuenta ya con una mayoría calificada (contundente en la cámara de diputados) y (casi en plenitud) en la cámara de senadores. Tal mayoría calificada le permite, salvo el cumplimiento de otra mayoría simple del voto de legislaturas que componen la República, aprobar leyes reglamentarias constitucionales y, cumplida la salvedad mencionada del voto de las legislaturas, realizar reformas o adiciones a la propia Constitución.

Este detalle no es menor, pues en la práctica, se tiene en nuestro país dos poderes que conforman la estructura fundamental del Estado mexicano en la misma persona.

Por lo anterior, podemos hablar —la realidad sustenta esta afirmación— de un evidente estatismo en las prácticas y políticas públicas de nuestro país. La educación no es ajena al estatismo mencionado.

En mayo de 2019, el gobierno en cuestión modificó de manera substancial los artículos 3°, 31,73, y otros relativos a la educación pública. El artículo tercero en cuestión, inició su vigencia en tal materia después de la revolución mexicana, en la Constitución de 1917. Las modificaciones sobre su contenido se dieron en 1934, 1946, y1992, pero ésta, la reforma de mayo del 2019, entregó en vía de hechos, una nueva regulación constitucional, severamente estatista en materia educativa.

Ciertamente en los artículos históricos mencionados, de manera implícita, se hablaba de un Estado mexicano educador, pero en éste se puntualiza la total rectoría de la educación por parte del **Estado**. En el artículo tercero de 1946 y en la reforma de 1992, tan solo tres veces se menciona el concepto Estado: párrafo segundo, "La educación que imparta el **Estado** tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.," Fracción IV "Toda la educación que el **Estado** imparta será gratuita" Fracción VI "El **Estado** otorgará y retirará el reconocimiento de validez oficial en planteles particulares". A tal regulación se refiere el concepto de Estado educador[8].

En tanto, en el artículo actual el concepto Estado se menciona en 9 (nueve), ocasiones, siendo estas:

> "El ***Estado.*** Federación, Estados, ciudad de México, y municipios impartirá y garantizará la educación inicial, preescolar, primaria, secundaria y media superior y superior" … "corresponde al **Estado** la rectoría de la

8 CISNEROS, Farías, Germán, **El artículo 3° Constitucional,** editorial Trillas, México, 1970, p. 101.

> educación" … "El **Estado** priorizará el interés superior de niñas, niños, adolescentes y jóvenes, en el acceso, permanencia y participación en los servicios educativos…".
>
> "El **Estado** fortalecerá a las instituciones públicas de formación docente de manera especial las escuelas normales en los términos que disponga la ley…"
>
> "Será equitativo, para lo cual el **Estado** implementa medidas que favorezcan el ejercicio pleno del derecho a la educación de las personas y combaten las desigualdades socioeconómicas, regionales y de género en el acceso, tránsito y permanencia de los servicios educativos…"
>
> "Toda la educación que el **Estado** imparta será gratuita…"
>
> "Toda persona tiene derecho a gozar los beneficios del desarrollo de la ciencia y la innovación tecnológica, el **Estado** apoyará a la investigación, innovación científica, humanística, y tecnológica, y garantizará el acceso abierto a la información que derive de ella, para lo cual deberá proveer recursos y estímulos suficientes, conforme a las bases de coordinación, vinculación y participación que establezcan las leyes en la materia; además alentar al fortalecimiento y difusión de nuestra cultura…"
>
> "Los particulares podrán impartir educación en todos sus tipos y modalidades. En los términos que establezca la ley, el **Estado** otorgará y retirará el reconocimiento de validez oficial a los estudios que se realizan en planteles particulares.

Ni duda cabe de que el uso del concepto **Estado** en materia educativa está referido, a que el **Estado** mexicano ostenta la rectoría de la educación y que, los restantes ocho conceptos ahí utilizados, se ejercen como apoyo a tal rectoría, convirtiéndose por ello no en el **ente** obligado a prestar educación, como lo era en los artículos correspondientes a tal materia en 1934, 1946 y 1992, sino que ahora se presentan como derechos para: priorizar el interés de los educandos en el acceso, permanencia y participación en los servicios educativos; fortalecer a las escuelas nórmales; dar equidad educativa; gratuidad; apoyar la investigación; otorgar y retirar el reconocimiento a los estudios hechos en planteles particulares; y por último, su obligatoriedad en la educación superior.

Aquí debemos preguntarnos, cuál es el espacio que el estatismo educativo otorga a la sociedad civil, y la respuesta la encontramos en que, ciertamente el Ejecutivo Federal, a través de la Secretaría de la Educación Pública, determinará planes y programas de estudio de la Educación básica y normal en toda la República, y ahí, en ese espacio " considerará la opinión de los gobiernos de las entidades federativas y de diversos sectores sociales involucrados en la educación", esto es, que en tales planes y programas, el estatismo federal y estatal, tan solo abre un espacio: "a diversos actores sociales involucrados en la educación"; por ello, afirmamos que el estatismo educativo es pleno y que no da lugar, pues esto no se encuentra debidamente regulado, a la participación

de la sociedad civil.

Es obvio que cuando hay Estado en exceso como en este caso hemos documentado, entonces la práctica de la libertad para la sociedad civil es nula, y hasta la fecha, no existe regulación ni espacio legal administrativo que pueda recoger las sanas opiniones de una sociedad libre; por ello, en cierta manera es justificable la opinión de Foucaut[9] de que la escuela y por ende la educación, es una de las instituciones construidas por la sociedad, que más opresión ejerce sobre los niños y jóvenes.

Del Estado educador propuesto por el artículo 3° de 1946, bajo el liderazgo de los grandes educadores mexicanos entre ellos Jaime Torres Bodet, Ramón G. Bonfil, Arquímedes Caballero entre otros, pasamos a una educación eminentemente estatista y sectaria.

b.- Sectarismo educativo Vs. Participación social abierta

Con un argumento *ad verecundiam*, una mañana del año 2020, se nos informó que los mexicanos tenemos el dilema de escoger entre dos opciones de definición política: somos liberales o conservadores. Por supuesto que tal disyuntiva admonitoria no proviene de los escritos o investigaciones históricas de Cossío Villegas, Reyes Heroles o Dieter Nohlen. No! Provienen nada más, ni nada menos que del actual Titular del Supremo Poder Ejecutivo de la Unión, (art. 80 Const.) esto es, nuestro Presidente.

Liberales o conservadores. *Tertium non datur*. Con tales frases llenas de sectarismo político, desde el 2020 hemos regresado a enero de 1846, cuando según anota en una de sus obras, el célebre Jesús Reyes Heroles[10], en la prensa de aquella época se organizó tan histórico debate. Ha llovido desde entonces. Las diferencias de aquella época a la actual son muchas, no tan solo en la cantidad de la población, escolaridad, avances científicos y tecnológicos, y sobre todo, la gran composición socio cultural del pueblo mexicano. Tal comparación, por respeto a la inteligencia mexicana, no debemos realizar.

c.- Educación para el amor Vs. Odio y revanchismo social

Un príncipe prudente, aconseja Maquiavelo, debe apoyarse en lo suyo y no en lo ajeno, pero tratando siempre de evitar el odio. Maquiavelo reitera que el príncipe debe hacerse temer de manera que si no se granjea el amor de sus gobernados, evite al menos el odio, el revanchismo social, pues no es imposible ser a la vez, si se gobierna con prudencia, temido pero no odiado[11].

9 FOUCAULT, Michel, **Microfísica del poder,** La Piqueta, Madrid, 1979, cap. I.
10 REYES, Heroles, Jesús, **el Liberalismo mexicano,** UNAM, México, 1958, Tomo II, Cap. IX, p.p. 347, 348.
11 MAQUIAVELO, Nicolás, **El Príncipe,** cap. XVII.

¿Cómo es posible, desde la educación, abrir espacios, contenidos y una pedagogía proclive al amor, si a la sociedad ni a los padres, se les permite formalmente participar en la construcción y propuesta de contenidos en planes y programas oficiales de estudio?

Si esto no sucede, si el gobierno mexicano actual no lo permite, entonces estaremos aceptando sin debate académico objetivo, una visión distorsionada de la realidad y por lo tanto, subjetiva para los niños mexicanos. Todo sectarismo social o educativo, es de suyo, nocivo para la formación del desarrollo de la personalidad de los educandos, aquí en México y en cualquier parte civilizada del mundo actual.

4. LOS DATOS DE LA PANDEMIA MUNDIAL ACTUAL

1.- Los datos generales de la Organización Mundial de la Salud:

El total de casos contagiados en el mundo es de 21,007,254 y casos de muertes es de 759,681. Se distribuyen de la siguiente manera:

a.- Continente americano, contagiados 11,292,190 y muertes 411,243.
b.- Continente africano, contagiados 1,088,777 y muertes 24,727.
c.- Continente asiático, contagios 5,176,617 y muertes 113,427.
d.- Oceanía, contagios 25,283 y muertes 406.
e.- Continente europeo, contagios 3,424,387 y muertes 209,878.

2.- La Pandemia en Brasil

Brasil, contagios 2,012 ,151 y muertes 127,232.

3.- La Pandemia en México

México, contagios 505 ,751 y muertes 55, 293.

4.- La Pandemia en el Estado de Nuevo León, México

Nuevo León, contagios 40,626 y muertes 1,581.

NOTA: Datos consignados hasta el 14 de agosto de 2020.

5. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL SANITARIA EN MÉXICO

La regulación sanitaria en México se encuentra regulada por los artículos constitucionales siguientes: 73 fracción XVI "El Congreso tiene facultad para dictar leyes sobre … salubridad general de la República… 2 a. "en caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, la Secretaría de Salud tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables", … 3 a. "La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del país".

En la fracción de referencia, de acuerdo con la Constitución del país, habrá un organismo desconcentrado con dependencia directa del Presidente de la República, para establecer un consejo de Salubridad General y que, a través de la Secretaria de Salud se le faculta a dictar medidas preventivas indispensables para atacar la epidemia o enfermedad exótica que afecte la salud de los habitantes del país.

Las medidas preventivas pueden afectar otros derechos reconocidos por la Constitución, así como lesionar las garantías que den protección a tales derechos, pero tratándose de aspectos que incidan en la salud de los mexicanos, pueden reducirse tales derechos y garantías, entre ellos, la movilidad consagrada en el artículo 11 constitucional, así como las medidas indispensables para proteger su salud, tal como se menciona en el párrafo cuarto del artículo 4° constitucional.

6. LA PANDEMIA. SUS EFECTOS EN EDUCACIÓN

Las autoridades educativas tanto nacionales como del Estado de Nuevo León, debido a los contagios de la Pandemia, están considerando no tener clases presenciales, al menos desde este mes de agosto 2020, hasta enero de 2021. Tal disposición es aún indefinida, por lo cual están seriamente considerando elaborar un modelo educativo, mediante el cual los alumnos permanezcan en sus casas y reciban educación virtual, a distancia, o simplemente por televisión abierta.

Independientemente de que esto suceda, en lo relativo a la prolongación del tiempo, la Pandemia que azota a la humanidad, ya está teniendo resultados o efectos de índole diversa, principalmente en educación, no tan solo negativos, sino también, podemos contabilizarle efectos positivos.

1.- Efectos negativos en educación

a.- Los educandos al permanecer en casa, no pueden socializar de manera adecuada con personas de su misma edad, atendiendo a sus intereses y problemas socio emocionales.

b.- Ciertamente están cerca de sus padres con su familia, pero están recibiendo una información o una educación documental, que no está relacionada con la realidad y por lo mismo resulta artificial.

c.- En América Latina, de manera particular en México, la mayoría de los niños residen en áreas urbanas, en donde se cuenta con sistemas tecnológicos modernos, no así en las áreas rurales o de pueblos originarios, en los que no hay comunicación satelital adecuada.

d.- Debemos aceptar que los mismos maestros no se encuentran capacitados aún para manejar adecuadamente la educación digital o a distancia, y por lo mismo, requieren de un fuerte proceso de capacitación en tal metodología.

e.- La capacitación anteriormente mencionada debe extenderse también a los padres de familia, pues un alto porcentaje de ellos, por sus antecedentes escolares y por su edad, no manejan adecuadamente las herramientas tecnológicas educativas.

f.- Entre más tiempo avance esta pandemia y mantenga a los niños más tiempo en sus casas, al regresar a recibir posteriormente sus clases presenciales en la escuela, la asimetría de la calidad de la educación recibida en sus hogares, será más evidente, y los mismos niños notarán inevitablemente su retraso académico escolar.

2.- Efectos positivos en educación

a.- La Pandemia mundial actual nos lanzó como sociedad hacia un modelo educativo que se perfilaba ser o realizar en el futuro inmediato, tal vez en 15 o 20 años, pero ese futuro en educación, ya está aquí y tenemos que vivir desde ahora con ese presente – futuro.

b.- El modelo de educación a distancia, tiene la gran ventaja de que el alumno participará más en su aprendizaje y por lo mismo, su proceso de creatividad será mayor.

c.- Las actividades que se realizan en la escuela, están diseñadas de tal manera que solo se puede pensar y hablar con palabras y números, los niños con diferentes inteligencias a las inteligencias lingüística y la inteligencia lógica matemática, enfrentan grandes desafíos, así como su autoestima es dañada. La educación en casa da oportunidad a los niños desarrollar sus otras inteligencias, al vivir experiencias diferentes en casa[12].

d.- Facilita ese modelo la participación familiar en el aprendizaje, de manera tal que los padres de familia pueden no tan solo apoyar sino dar más profundidad a los contenidos educativos.

3.- Efectos en la participación social

Uno de los grandes efectos que puede tener la Pandemia en materia educativa, es generar grandes e importantes espacios para la participación social. Aunque en México como en el Brasil de Freire, no se daban ni se dan las oportunidades para establecer nuevos paradigmas en educación y romper con el andamiaje asfixiante de un sistema educativo estatista, puede permitir esta Pandemia crear las condiciones para una gran participación social en educación, principalmente en el establecimiento de nuevos contenidos en los planes y programas de estudio.

7. PROPUESTAS PARA LA PARTICIPACIÓN SOCIAL EN EDUCACIÓN

En la formación de hombres, hasta donde ello sea filosófica y pedagógicamente posible, debe entrar la mayor proporción de savia nacional

12 KOCH, Kathy, **Great Smarts:** discover and nurture your child´s intelligences. Chicago, IL: Moody Publishers, 2015, Cap. V.

que destila la historia. En su formación, es preferible darle a los niños y jóvenes los problemas ya superados pues no tienen por qué heredar las fatigas que nosotros pasamos en limpiar el suelo, levantar los muros, techar la casa y montar la veleta, nos dice Alfonso Reyes[13]. Desde esa perspectiva, las propuestas que aquí se mencionan, tienen un fuerte acento nacional, pero sin dejar de lado la parte espiritual del hombre, para que pueda seguir perteneciendo a lo universal.

La savia nacional que destila la historia, en referencia al pensamiento de Alfonso Reyes, debe tomarse en cuenta principalmente en los temas relativos a nuestras costumbres, modos de ser en cada región, municipio o comunidad de nuestro país, atendiendo a la cultura recibida por siglos en lo relativo a nuestra formación mexicana y desechar por lo mismo los artificiales progresos de la ciencia que inciden en un cambio de la concepción de nuestra vida y de nuestra naturaleza humana.

1.- Construcción de coberturas especiales en educación para atacar problemas generales de salud

Los planes, programas, evaluaciones y contenidos de educación obedecen a una jerarquía constitucional inflexible que no permite la construcción de otras coberturas para casos especiales.

Esta ausencia de coberturas especiales nos deja la idea de que el todo educativo es el mismo, que nada cambia ni puede cambiar. Refleja la tesis de que la naturaleza está dominada y que las catástrofes o eventos relativos a la fuerza mayor de la naturaleza o del mismo hombre, no cambian o no puede cambiar; y si hay cambios circunstanciales, tales cambios los podemos controlar o dominar.

Las enfermedades, epidemias, pandemias y la evolución genética de los virus, nos está demostrando lo contrario.

Debemos entonces, mediante regulaciones administrativas permitidas por una ley superior, crear coberturas especiales en educación para casos especiales. Para ello es necesario abrir espacios desde la Constitución hasta leyes secundarias y administrativas, que permitan tal flexibilidad.

2.- Facultades administrativas especiales en educación para los municipios del país

Los más de 2400 municipios que componen nuestra República mexicana, en educación, son simplemente mirones; son de palo como reza el dicho popular.

Debemos recordar que del número mencionado tan solo tenemos 100 (cien) municipios altamente urbanos y que se le pueden considerar como ciudades, el gran resto sigue siendo de conformación rural. De los 100 (cien) municipios

13 REYES, Alfonso**, Cartilla Moral,** Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 89

mencionados, oficialmente se contabilizan 32 zonas metropolitanas, las cuales merecen un tratamiento de regulación educativa especial, pero el resto del país, tal como lo hemos mencionado, tiene características rurales[14].

¿Qué hacen esos municipios rurales en materia educativa?: Nada. Simplemente acatar las regulaciones legales de la Secretaria de Educación Pública. Ponen a tal autoridad, escuelas, pupitres, sanitarios, calles y a los niños de dicho municipio.

Debe entonces, otorgárseles facultades especiales para que resuelvan los problemas excepcionales que con mucha frecuencia tiene en su área municipal.

La gran variedad de actividades que pueden desarrollar los municipios en materia educativa es amplia; pero, se les deben otorgar facultades especiales para resolver esta clase de problemas extraordinarios, a sus autoridades municipales, pues ni duda cabe, que ellos mejor que nadie, conocen las circunstancias ahora excepcionales que les toca vivir y, por lo mismo, las formas de solucionar tales circunstancias. Al no permitírseles tal participación, seguir con el menosprecio de su autoridad territorial, va en contra del espíritu federalista de nuestra Constitución.

3.- La pertinencia de la educación on line

Algunos pedagogos califican a la educación on line como un modelo "maravilloso" para enseñarle a todo mundo que sí se puede estudiar, sin importar la edad ni el lugar donde físicamente estés. Esta modalidad educativa ha permeado a toda la sociedad contemporánea y ahora la gran mayoría de las instituciones de educación superior del mundo ofrecen cursos, licenciaturas y grados académicos para estudiar bajo esta modalidad.

Ni duda cabe de que es una herramienta educativa, principalmente para adultos, pero que ofrece ciertas deficiencias y problemas en lo relativo a la educación para los niños menores de 12 años.

La educación on line para niños menores de 12 años requiere, sobre todo cuando se trata de cumplir con evaluaciones ordenadas por la secretaria de Educación Pública para promocionar al educando a otro grado escolar, requiere entonces de controles técnicos por parte de los adultos.

Recibir una información de cualquier clase sin la presencia de un adulto, en particular del padre de familia, puede ocasionar serios conflictos psicológicos en el educando. Querámoslo o no, es recomendable que la información que reciba un niño menor de 12 años sea "conducida" de manera responsable por un adulto. Eso nos enseña la experiencia y eso nos dicta la historia aprendida desde nuestros padres hasta los tiempos actuales.

14 CISNEROS, Farías, Germán, **Federalismo**, Porrúa, México, 2017, p. 107.

8. EL RETO DE LA EDUCACIÓN EN CASA POR CONTINGENCIA EXTRAORDINARIA

Es necesario distinguir entre educación en casa como complemento al sistema regular, y entre educación en casa simple y llana; y educación en casa como sistema extraordinario de educación.

La primera y la tercera opción son modelos educativos bajo la supervisión de la SEP; en tanto, la segunda carece de regulación y supervisión externa.

La educación en casa bajo la responsabilidad plena de los padres, es un sistema ya experimentado y regulado en otros países, pero en el nuestro, con las promociones del educando al grado o certificación correspondiente, no está permitida.

Queremos la regulación correspondiente, bajo las condiciones que aquí mencionaremos.

El llamado *homeschooling* o educación en casa, vetado en nuestro país, se encuentra ampliamente difundido y regulado ya en otros países, en particular en los sistemas educativos de los Estados Unidos Americanos.

Su regulación ya está observada en algunas instituciones de educación básica en ese país, y en los distritos escolares correspondientes a la Unión Americana.

La estrategia educativa que proponemos no está a favor del establecimiento del llamado *homeschooling*, sino de una amplia cobertura legal para dar cobijo a la educación en casa por contingencia extraordinaria, bajo la regulación de la Secretaría de Educación Pública.

Ciertamente en la regulación educativa de nuestro país se le han otorgado facultades al Instituto Nacional de Educación para los Adultos (INEA), y por medio de ellas, se otorga servicio educativo a los niños mexicanos en los siguientes términos:

> Educando/a(s).- Niñas, niños y adolescentes de 10 a 14 años que no tengan concluida la primaria y que, por su condición de extraedad, geográfica, migratoria o que, al estar en una condición de vulnerabilidad de carácter socioeconómico, físico, de identidad cultural, origen étnico o nacional (no son atendidos en el sistema regular) y personas de 15 años o más en condición de rezago educativo que reciben algún servicio educativo del Instituto Nacional para la Educación de los Adultos (INEA), de los Institutos Estatales de Educación para los Adultos (IEEA) o de las Unidades de Operación del Instituto Nacional para la Educación de los Adultos (INEA); estos pueden ser:
>
> • Educando/a(s) activo/a(s), es el/la que demuestra, mediante frecuente presentación de exámenes con calificaciones reflejadas en el sistema informático de control escolar, que está llevando un proceso de acreditación.

• Educando/a(s) incorporado/a(s) y/o inscrito/a(s), es el/la que, a través de la entrevista, manifiesta su voluntad de recibir los servicios del Instituto Nacional para la Educación de los Adultos, a través de los Institutos Estatales de Educación para los Adultos y las Unidades de Operación del Instituto Nacional para los Adultos, en sus unidades operativas, donde el educando llena el Registro del Beneficiario o de la Beneficiaria, entrega los documentos requeridos (establecidos en las Reglas de Operación del Programa Educación para Adultos INEA), y es registrado en el sistema de control escolar.

• Educando/a(s) reactivado/a(s), Usuario/a que en algún momento fue educando/a del Instituto Nacional para la Educación de los Adultos (INEA) pero que pasó a situación de inactivo, derivado de la falta de movimientos en su proceso de acreditación y que solicita nuevamente los servicios educativos del Instituto Nacional para la Educación de los Adultos (INEA) y es activado en el sistema de control escolar, en los términos de los Lineamientos de control escolar relativos a la inscripción, reincorporación, acreditación y certificación de alfabetización, primaria y secundaria del Instituto Nacional para la Educación de los Adultos (INEA).

• Grupos en situación de vulnerabilidad.- Son aquellos núcleos de la población que por diferentes factores o la combinación de ellos, enfrentan situaciones de riesgo o discriminación que les impiden alcanzar mejores niveles de vida y, por lo tanto, requieren de la atención e inversión del Gobierno para lograr su bienestar. El Instituto Nacional para la Educación de los Adultos (INEA) atiende a los siguientes: Niñas, niños y adolescentes de 10 a 14 años que no tengan concluida la primaria y que, por su condición de extraedad, geográfica, migratoria o que, al estar en una condición de vulnerabilidad de carácter socioeconómico, físico, de identidad cultural, origen étnico o nacional (no son atendidos en el sistema regular), madres jóvenes o jóvenes embarazadas, jornaleros /as agrícolas migrantes y personas con discapacidad, entre otros.

Lo que aquí se propone es una modalidad educativa inclusiva, en congruencia con el modelo del INEA, para los casos de contingencia extraordinaria, como el que ahora estamos viviendo por disposiciones sanitarias, pero que pueden también aplicarse en el futuro a otros casos extraordinarios.

9. REGULACIÓN DE LAS CONDICIONES PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LA MODALIDAD DE EDUCACIÓN EN CASA POR CONTINGENCIA EXTRAORDINARIA

Esta propuesta cultural inserta del espacio del sistema educativo, debe considerarse una extensión que tenemos las personas para ejercer plenamente el derecho a la **protección** de nuestra salud y a la educación en su totalidad. Por tales razones impactan los contenidos de los artículos 3° y 4° constitucionales, de ahí su propuesta de modificación para agregarle el concepto de "Educación en Casa por Contingencia Extraordinaria".

De ahí deberemos transitar hacia la apertura de un capitulo exclusivo en la Ley General de Educación que regula los artículos 3° y 31 constitucionales, para agregar el aspecto relativo de concurrencia tanto a las escuelas como a la educación que por tal motivo excepcional se deba recibir en casa.

Con la apertura de los espacios constitucionales y reglamentarios mencionados, se deberá construir la regulación de la Educación en Casa por Contingencia Extraordinaria, facultando también a los municipios del país, a los organismos educativos para que puedan tener facultades de organización de todo el entramado jurídico para establecer la administración y supervisión de la educación en casa por contingencia extraordinaria.

Lo que aquí se propone no es la creación abierta y sin regulación de ninguna clase de una modalidad educativa fuera de la regulación federal o estatal, e incluso municipal, sino de una modalidad educativa dependiente de la Secretaria de Educación Pública del país.

La propuesta en cuestión implica abrir un capitulo dentro de la Ley General de Educación publicada el 30 de septiembre de 2019, o en su caso, incluir su contenido en el capítulo VIII de dicha Ley de Educación General.

En estas propuestas constitucionales nos inspira la tesis de Peter Häberle, quien considera a la Constitución como la suma de los antecedentes culturales de un país, que en su conjunto constituyen un Estado constitucional como producto multicultural, en donde participan las personas de carne y hueso, construyendo instituciones que reflejan su forma de vida y así se constituye dicho Estado, como un espacio de dialogo y concordia esencial de sus habitantes[15].

No es ocioso mencionar aquí, que varios ilustres juristas afirman, con diferentes tesis, que el Estado en su conjunto es cultura, una institución hecha por los hombres dialogando, participando y modificando constantemente su *status* social.

10. LA PARTICIPACIÓN SOCIAL EN LOS CONTENIDOS DE LA EDUCACIÓN EN CASA POR CONTINGENCIA EXTRAORDINARIA

Hemos anotado el carácter estatista de la educación pública mexicana y mantener por ello una educación "cerrada" bajo la tesis de la que la rectoría de la educación es facultad del Estado. Se afirma en los corrillos de la burocracia mexicana que la "ventanilla" más difícil de satisfacer, es la Secretaría de Educación Pública y sus múltiples regulaciones.

La regulación ciertamente estatista de la Secretaría de Educación Púbica

15 HÄBERLE, Peter, **El Estado constitucional,** traducción de Héctor Fix Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003, p. 6.

va desde una boleta de calificaciones del primer grado de educación básica, pasando por el certificado de educación primaria que, si no lo posee el educando, simplemente no se les recibe en el nivel de secundaria, ni qué decir del nivel siguiente que lo es el bachillerato o preparatoria, si en su caso no se posee el certificado de secundaria. Los trámites de equivalencia o revalidación de los estudios hechos en el territorio mexicano o en el extranjero según corresponda, en los niveles mencionados, constituyen trámites difíciles de satisfacer para acceder a tan indispensables documentos oficiales.

No se crea que estamos en contra de una regulación adecuada, pertinente, racional. Estamos en contra de la ausencia de caminos adyacentes que le permitan a los padres de familia y al educando seguir su ascenso educativo, tanto en situaciones de regularidad como los casos extraordinarios que estamos mencionando. Uno de los efectos no deseados de esta Pandemia, es la caída de las inscripciones en las escuelas particulares y el acrecentamiento inesperado de las inscripciones de las escuelas públicas, pues son éstas, tal como aquí lo hemos mencionado, las únicas facultadas por la Secretaría de Educación Pública para avalar los trámites y estudios hechos de manera regular en los planteles particulares.

1.- Apertura de la regulación para considerar la opinión de los actores sociales en materia educativa

> El Ejecutivo federal determinará los principios rectores y objetivos de la educación inicial, así como los planes y programas de la educación básica y normal en toda la república; para tal efecto, considerará la opinión de los gobiernos de las entidades federativas y de diversos actores sociales involucrados en la educación.

Por tal disposición constitucional, que los gobiernos de las entidades federativas (incluyendo a los municipios) participen o no en los planes de estudio mencionados, es tema de gran importancia y, según datos periodísticos, tal participación ya se da en materia educativa.

Lo que aquí proponemos es una mayor y más amplia apertura a los diversos actores sociales involucrados en la educación, desde los padres de familia, organizados o no, para que puedan participar directamente en los contenidos de los programas educativos en general, pero en particular de los temas regionales y municipales en que ellos tienen mayor experiencia que otros sectores de la población. Tanto esta propuesta como la siguiente, definen con amplitud la práctica de la libertad a que hacen referencia los diversos contenidos de nuestra Constitución, en la parte correspondiente a los derechos humanos.

Los mexicanos debemos participar libremente en el establecimiento de los contenidos en planes y programas de educación.

2.- Organización y regulación de la participación social abierta

Los muros que contienen el estatismo educativo mexicano ya no resisten el andamiaje estatista que los rodea. Debemos facilitar la organización, metodológicamente concebida, de la sociedad civil para que su voz pueda ser escuchada, en particular la voz de los padres de familia, y en algunos casos de los niños y de los jóvenes, en todo el espectro educativo, pero con mayor énfasis en los contenidos de su aprendizaje.

En este tema nos apoyamos en Paulo Freire quien insiste en un diálogo entre todos los hombres para conformar la libertad y su práctica en el contexto educativo.

Debemos recordar que Freire define la antidialogicidad y la dialogicidad como matrices de teoría de acción cultural antagónicas: la primera sirve a la opinión; y la segunda, a la liberación[16].

Estamos proponiendo un diálogo nacional para la apertura de los contenidos programáticos en educación. Se trata de un diálogo organizado, sistemático, no ocasional con fines de publicidad política, sino un diálogo serio, responsable, de todos los actores de la educación, principalmente los padres de familia, teniendo como centro el presente y el futuro de los niños mexicanos.

La propuesta anterior conlleva a modificar el sentido limitante en que se encuentra redactado el Título IX de la Ley General de la materia (de la corresponsabilidad social en el proceso educativo), para abrir las oportunidades de diálogo a una organización sistemática de la participación dialogante de los padres de familia de nuestro país.

En el proceso educativo, querámoslo o no, todos estamos incluidos.

11. CONSIDERACIONES FINALES

PRIMERA.- Con gran interés y preocupación de todos los participantes en el fenómeno educativo nacional e internacional, debemos promover acciones urgentes para orientar favorablemente los efectos que la Pandemia de este año 2020, está impactando en la formación del desarrollo integral de todos los niños y jóvenes de nuestro país.

SEGUNDA.- Apoyándonos firmemente en la estrategia educativa propuesta y aplicada en Brasil por el gran pedagogo Paulo Freire, debemos aprovechar esta oportunidad histórica dada las circunstancias asfixiantes originadas por el confinamiento de nuestros niños y jóvenes en sus hogares, con el objetivo humano de llevarlos con esta estrategia a un escenario de participación democrática en la libertad.

TERCERA.- Ante el sistema educativo nacional mexicano, claramente

16 FREIRE, Paulo, **La pedagogía del oprimido,** siglo XXI editores, México, 1976, capítulos III y IV.

estatista y sectario, según sus estructuras constitucionales en la materia, proponemos una apertura regulada de la educación en casa por contingencia extraordinaria.

CUARTA.- La educación en casa por contingencia extraordinaria que se propone, se da en el contexto de la extensión y aplicación de los derechos del niño, para poner énfasis en su derecho humano a la educación, pues las autoridades administrativas en la materia, confunden la obligación del Estado a prestar servicios educativos a los niños, con el inexistente derecho de él o ellos, sobre la educación de nuestros niños.

QUINTA.- La propuesta en mención obliga a establecer nuevos caminos para la educación en casa por contingencia extraordinaria, bajo la regulación, cobertura y supervisión flexible de la Secretaría de Educación Pública.

SEXTA.- En esta propuesta de la educación en casa por contingencia extraordinaria, deben de abrirse espacios legales y administrativos, que incorporen la participación de los municipios, tanto en la construcción de contenidos como en la supervisión flexible de dicha educación.

SÉPTIMA.- Se propone la organización de un movimiento de participación social dialogante que dé cabida a la participación de los padres de familia, tutores y demás actores sociales involucrados en la educación, en la construcción de nuevos contenidos educativos en los planes y programas correspondientes.

BIBLIOGRAFÍA

CISNEROS, Farías, Germán, **Federalismo,** Porrúa, México, 2017.

CISNEROS, Farías, Germán**. El Artículo 3° Constitucional,** editorial Trillas, México, 1970.

FOUCAULT, Michel, **Microfísica del poder,** La Piqueta, Madrid, 1979.

FREIRE, Paulo, **La Educación como práctica de la libertad,** editorial siglo XXI, México, 1976.

FREIRE, Paulo, **La Pedagogía del oprimido,** editorial siglo XXI, México, 1976.

HÄBERLE, Peter, **El Estado constitucional,** traducción de Héctor Fix Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003.

KOCH, Kathy, **Great Smarts:** discover and nurture your child´s intelligences. Chicago, IL: Moody Publishers, 2015.

MAQUIAVELO, Nicolás, **El Príncipe.**

REYES Alfonso, **Cartilla Moral,** Fondo de Cultura Económica, México,2004.

REYES Heroles Jesús, **El Liberalismo Mexicano,** Tomo II, UNAM, 1958.

6. SOBRE A (DES)ARTICULAÇÃO DA ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE NA CELEBRAÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA (LEI ANTICORRUPÇÃO – LEI N. 12.846/2013)

José Sérgio da Silva Cristóvam

Professor de Direito Administrativo (Graduação, Mestrado e Doutorado) da UFSC. Mestre e Doutor em Direito pela UFSC. Advogado e Conselheiro Federal da OAB/SC. Presidente da Comissão de Direito Administrativo da OAB. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Direito Público do CCJ/UFSC E-mail: jscristovam@gmail.com

Denise Pinheiro

Bacharel, Mestre e Doutora em Direito pela UFSC, com período sanduíche pela Université de Strasbourg. Professora de Direito Administrativo do curso de Administração Pública da ESAG/UDESC. E-mail: depinheiro@gmail.com

Marcos Alan Demikoski

Bacharel em Direito pela UNISUL. Bacharel em Administração Pública pela UDESC e Bacharel em Relações Internacionais pela UNISUL. Especialista em Direito Logística e Negócios Internacionais pela PUC/PR. Advogado em Santa Catarina.

Sumário:1. Considerações iniciais; 2. Sobre a ideia de corrupção e a transnacionalidade do fenômeno; 3. Breve inventário acerca do sistema normativo brasileiro anticorrupção; 4. Acordo de leniência: conceito e contexto normativo brasileiro; 5. O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013); 5.1. Dificuldades institucionais na celebração dos acordos de leniência; 5.2. O inventário dos acordos de leniência e a (des)articulação das atividades dos órgãos de controle; 6. Considerações finais; Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A recente incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro do instrumento do acordo de leniência inovou a seara das possibilidades sancionadoras no âmbito do Direito Administrativo. Para adiantar e numa simplificada síntese, no acordo de leniência o integrante de determinado grupo responsável por atos de corrupção, em troca de benefícios ofertados pelo Estado, oferta informações, contribuindo com a apuração dos ilícitos, mediante a entrega de elementos e provas, que permitam sua melhor compreensão, proporcionando o avanço nas investigações e viabilizando a consequente ampliação da sanção e da reparação dos prejuízos.

O acordo de leniência, em especial o previsto na Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), tem se mostrado representativo da complexidade das relações entre as instâncias controladoras estatais.

Se por um lado, o texto da Lei n. 12.846/2013 prevê como competente para a celebração dos acordos de leniência (art. 16, *caput*) a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública e, para o âmbito federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a Administração Pública estrangeira, no mesmo art. 16, em seu §10, a competência da Controladoria-Geral da União – CGU, por outro lado, órgãos como o Tribunal de Contas da União – TCU e o Ministério Público – MP defendem suas competências constitucionais para também atuarem nos acordos de leniência, seja fiscalizando-os ou questionando a validade dos compromissos firmados pela CGU, seja, no caso específico do MP, celebrando os seus próprios acordos de leniência. E há, ainda, a possiblidade de atuação de outros órgãos públicos, a depender do caso concreto.

Portanto, inevitável a existência de um ponto sensível e de inflexão para a celebração dos acordos de leniência, fundados na Lei n. 12.846/2013, que é justamente a insegurança jurídica quanto à ausência de uma articulação entre os atores potencialmente competentes para nele atuarem. E sem segurança jurídica não só não há incentivo aos potenciais colaboradores para a adesão ao instituto, como também a instabilidade e as incertezas serão extremamente maléficas para todo o sistema de combate à corrupção.

Eis os contornos centrais do presente estudo, mais especialmente no sentido de discutir a relação e a (des)articulação entre as atividades dos órgãos de controle na celebração dos acordos de leniência, fundamentados na Lei n. 12.846/2013.

2. SOBRE A IDEIA DE CORRUPÇÃO E A TRANSNACIONALIDADE DO FENÔMENO

Seguramente, trata-se de tarefa difícil definir a ideia de "corrupção".[1] Sobre o tema e um sentido mais amplo, Aloísio Zimmer Júnior salienta sua relação com "a ideia de deterioração, isto é, com a modificação das características originais de determinada substância".[2]

Na difundida concepção do Banco Mundial, corrupção é o "abuso do cargo público em benefício privado",[3] ou seja, o abuso da função pública para

1 Para uma análise acerca das raízes da corrupção no Brasil, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; RAMIREZ, João Filgueiras Gomes; SCHAFFER, Juliana de Alano. Breve inventário sobre as raízes da corrupção no Brasil. In. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; NIEBUHR, Pedro de Menezes (Org.). **Combate preventivo à corrupção no Brasil**: para além do modelo repressivo-punitivista. Florianópolis, Habitus, 2020. p. 21-40.

2 ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Corrupção e improbidade administrativa** – cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 21.

3 No original: "**The abuse of public office for private gain**". Disponível em: http://www1.worldbank.

obtenção de ganhos ou benefícios privados. Na mesma esteira, para o Fundo Monetário Internacional, o termo corrupção é apresentado como o "abuso da autoridade ou confiança pública para benefício privado".[4]

Inegavelmente, a corrupção tem características complexas, que ampliam as dificuldades de prevenção e combate às diversas e articuladas práticas ilícitas que configuram o fenômeno. Uma situação que acaba por ampliar o descontentamento da população com as instituições públicas e o senso de desconfiança de suas lideranças, com prejuízos à própria democracia.

Sobre o tema, ainda que a corrupção e as normas para o seu enfrentamento remontem a tempos remotos,[5] se pensada a questão sob uma ótica das instituições contemporâneas e das peculiaridades das práticas aprimoradas nas últimas décadas, cumpre destacar como marco, não só para os Estados Unidos da América, ante sua internacionalidade, o *Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA (1977), norma que é uma das decorrências dos casos *Watergate* e *Lockheed*, ambos da década de 70.

Para os estreitos contornos do presente estudo, importa recuperar que o promotor especial do caso *Watergate*, Archibald Cox, diante de informações de que doações ilegais para a campanha presidencial de 1972 poderiam ter tido como destino governos e partidos estrangeiros, convidou publicamente as empresas interessadas em fazer confissões voluntárias (*voluntary disclosures*). Esse procedimento, posteriormente, também foi adotado pela *Securities and Exchange Comission* – SEC. E, nas apurações em geral, inclusive pelo próprio Congresso dos Estados Unidos, destacou-se, justamente, a empresa *Lockheed Corporation*, que não se apresentou espontaneamente, mas que foi mencionada em algumas das *voluntary disclosures*.[6]

Esse foi o cenário para a edição do FCPA, em 1977, tornando-se a primeira norma específica para a criminalização do pagamento de propinas no exterior. Entretanto, por se tratar de uma legislação nacional, o FCPA acabou tendo, em um primeiro momento, uma aplicação mais reduzida, por conta das consequentes questões de transnacionalidade, a indicar a necessidade de uma

org/publicsector/anticorrupt/corruptn/cor02.htm. Acesso em: 18 ago. 2020.

4 No original: "**The abuse of public authority or trust for private benefit**". Disponível em: https://www.imf.org/external/np/exr/facts/gov.htm/pdf/pdf/gov.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

5 "Não apenas as práticas de corrupção são tão antigas quanto a história das instituições, mas também as normas anticorrupção datam de épocas bastante remotas. A história registra, por exemplo, que o Faraó Horemheb, muito antes – por volta do final do século XIV a. C. -, fez anunciar um Édito estabelecendo a pena de morte para oficiais que aceitassem subornos. Em tempos mais modernos, legislações como o Corrupt Practices Act de 1695, promulgada pelo Parlamento Inglês durante o reinado de Guilherme III, foram estabelecidas na tentativa de coibir práticas de corrupção durante eleições parlamentares". Sobre o tema, ver: ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Corrupção e improbidade administrativa** – cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 43.

6 ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Corrupção e improbidade administrativa** – cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 42-52.

normatização internacionalizada.

A partir daí se verifica o movimento dos Estados Unidos em tratar a questão no âmbito internacional, o que somado à globalização, passou a ser tratado como algo imperativo para uma maior abrangência no combate à corrupção.[7] Claro que, e aqui não se pode ter qualquer leitura romantizada desse processo, a ideia de combate à corrupção está longe de ser a única razão efetiva (e talvez nem sequer seja a maior) dessa política estadunidense, mas sim a preservação dos seus interesses estratégicos comerciais e econômicos em geral, no sentido de controlar fortemente a atuação de novos *players* do mercado nos mais diversos setores, tudo segundo os melhores interesses das empresas americanas e dos Estados Unidos como um todo.

Nessa esteira, e em um breve inventário normativo, cumpre destacar as seguintes normas internacionais: 1) *Inter-American Convention Against Corruption* (Organização dos Estados Americanos – OEA – 1996); 2) *Resolution on Action Against Corruption* (Organização das Nações Unidas – ONU – 1996); 3) *Convention on the Fight against Corruption involving Officials of the European Communities or Officials of Member States of the European Union* (Conselho da Europa – CE – 1997); 4) *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE – 1997); 5) *Recommendation of the Council on Improving Ethical Conduct in the Public Service Including Principles for Managing Ethics in the Public Service* (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE – 1998); 6) *Recommendation R (2000) 10. Model code of conduct for public officials* (Conselho da Europa – CE – 2000); 7) *Recommendation of the Council on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service* (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE – 2003); 8) *Convention Against Transnational Organized Crime* (Organização das Nações Unidas – ONU – 2004); 9) *Convention Against Corruption* (Organização das Nações Unidas – ONU – 2003); 10) *Recommendation of the Council for further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE – 2009).

No âmbito do Brasil, cumpre destacar o Decreto n. 3.678/2000, que incorporou a *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* (Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris em 17 de dezembro de 1997 – OCDE). Há,

7 Interessante observar que muito da pressão norte-americana sobre a internacionalização normativa da corrupção, deu-se pelo fato de o FCPA gerar uma concorrência desleal no mercado global, já que as empresas americanas, e as de outros países que adotaram normas internas semelhantes, eram passíveis de punição na prática de pagamentos de subornos. Sobre o tema, ver: ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Corrupção e improbidade administrativa** – cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 9.

ainda, o Decreto 4.410/2002 internalizou a *Inter-American Convention Against Corruption* (Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos – OEA – 1996). Já a *Convention Against Transnational Organized Crime* (Convenção Contra o Crime Organizado Transnacional – ONU – 2004), também conhecida como a Convenção de Palermo, teve o seu conteúdo incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 5.015/2004. E a *Convention Against Corruption* (Convenção contra a Corrupção, também conhecida como Convenção de Mérida – ONU – 2003), foi internalizada pelo Decreto n. 5.687/2006.

3. BREVE INVENTÁRIO ACERCA DO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO ANTICORRUPÇÃO

No Brasil, acerca da política normativa de enfrentamento à corrupção, podem ser recuperadas alguns conjuntos de normas esparsas, como os dispositivos do Código Penal que tipificam os crimes contra a Administração Pública; a previsão dos crimes de responsabilidade (Lei n. 1.079/1950); as ações constitucionais que envolvem o controle da moralidade administrativa como a ação civil pública e a ação popular; a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992); a Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/1993, quando trata das sanções administrativas e penais como respostas a ilicitudes praticadas nos processos de contratação pública; a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010); a Lei do Conflito de Interesses (Lei n. 12.813/2013); a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013); e, mais recentemente, a Lei das Estatais (Lei n. 13.303/2016).

Nessa esteira, cabe aqui destacar a Lei n. 12.846/2013, para o estudo acerca dos acordos de leniência. Sobre o tema, após assumir e internalizar para o seu arcabouço jurídico todos os mencionados compromissos internacionais, o Estado brasileiro se viu diante da necessidade de criar uma normativa para tipificar e sancionar os atos lesivos praticados por pessoas jurídicas que podem ser caracterizados como práticas de corrupção.

Em especial, como decorrência do Decreto n. 3.678/2000, que, conforme já assinalado, incorporou a *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* (Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris em 17 de dezembro de 1997 – OCDE), nas fases de avaliação quanto à adequação do país aos seus termos, em especial, após o encerramento da segunda etapa, ficou evidenciada a lacuna de responsabilização das pessoas jurídicas, do que decorreu considerável pressão de organismos e estruturas internacionais no sentido de instituir norma regulamentadora no referido sentido. Assim, em 08/02/2010, por propositura

do Chefe do Poder Executivo, começou a tramitar, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n. 6.826/2010.

Inclusive, nesse cenário não se pode olvidar as amplas manifestações de 2013 que, dentro de uma ampla e até desarticulada diversidade de pautas, reivindicava medidas de combate à corrupção. Essa pressão das ruas, aliada às pressões de um complexo conjunto de interesses no âmbito internacional, forçou as condições políticas para que o Congresso Nacional aprovasse com considerável (e, talvez, até indevida e desaconselhada!) celeridade a Lei n. 12.846, de 01/08/2013, convencionalmente chamada de Lei Anticorrupção.

4. ACORDO DE LENIÊNCIA: CONCEITO E CONTEXTO NORMATIVO BRASILEIRO

Apenas para uma breve recuperação semântica, a palavra leniência significa brandura, suavidade ou complacência. Inegável, consoante já assinalado, a complexidade dos ilícitos que acabam por acarretam lesão ao erário e, de conseguinte, diversas e consideráveis são as dificuldades para sua investigação e repressão.

Como visto acima, as confissões voluntárias (*voluntary disclosures*) pensadas por Archibald Cox, Promotor Especial do caso *Watergate*, e o programa, baseado na mesma estratégia, adotado posteriormente pela *Securities and Exchange Comission* – SEC, partia do pensamento que se deveria ter leniência para com os culpados que confessassem, porém severidade com quem optasse pelo silêncio.[8]

Portanto, a política da leniência parte da ideia central que aquele que participou dos atos de corrupção pode, por óbvio, contribuir com a sua apuração, mediante a entrega de informações que permitam a melhor compreensão das práticas ilícitas, proporcionem o avanço nas investigações e viabilizem a consequente ampliação da sanção e da reparação dos prejuízos. Do mesmo modo, é certo que este *insider* buscará estímulos para oferecer referida contribuição.

Isso remete, pois, a natureza dos acordos de leniência, como ajustes dentro de um processo administrativo sancionador celebrado entre o ente estatal, que possui o poder punitivo, e o infrator que se propõe a colaborar em troca da mitigação ou imunização das sanções a ele aplicáveis nesse processo administrativo ou fora dele. Assim, na celebração do acordo de leniência, o Estado assume o papel de leniente e o infrator age como delator-colaborador.[9]

8 ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Corrupção e improbidade administrativa** – cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 4.

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 188.

A motivação para a construção dessa certa cultura utilitarista de cooperação, de diálogo ou de consensualidade no âmbito do poder sancionador estatal, traduzida nos programas de leniência, é a de ofertar uma resposta à complexidade e à multiplicação das infrações, reconhecer as dificuldades e os custos relativos à execução dos poderes de fiscalização e de instrução pelo Estado, compreender a necessidade de se concretizar dimensões de interesse público[10] (como o combate à corrupção, a proteção da livre concorrência etc.) e o desejo popular por uma máquina administrativa mais eficiente, bem como por um ordenamento jurídico socialmente adequado e com disposição de efetividade.[11]

Como salientam Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Thiago Marrara, os programas de leniência precisam se pautar pela transparência, pela credibilidade, e pela efetividade de seus benefícios. Por certo, isso não é uma tarefa menor e nem um pouco prosaica, mas é imperativo exigir do Estado que a função de responsabilizar-se pela máxima transparência, indo além do mero aperfeiçoamento dos meios de comunicação para o esclarecimento do processo aos futuros interessados e estímulo à cooperação. O Poder Público deve capacitar seus agentes para contribuir na elaboração de possíveis propostas. Já a credibilidade do programa de leniência é resultado da seriedade, do profissionalismo, da boa-fé e da respeitabilidade dos atores estatais envolvidos. Faz-se necessário que o Estado demonstre ao interessado que analisa com a máxima cautela as propostas de acordo, evitando, assim, criar ilusões de há possibilidade de celebração de acordos com infratores sem qualquer capacidade colaborativa. Os atores estatais devem demonstrar efetivamente que não tomam decisões por interesses financeiros, nem utilizam de sua posição de autoridade como forma de impor obrigações contratuais impertinentes ou abusivas, bem como que, na hipótese de inadimplência dos colaboradores, toma as medidas necessárias. Por outro lado, deve reconhecer os colaboradores que cumprem suas obrigações entregando-lhes os benefícios prometidos e não compartilhando elementos sigilosos protegidos por lei a outros entes nacionais ou estrangeiras. Quanto a efetividade dos benefícios deve haver a clara evidência de que a adesão ao programa de leniência e a colaboração com o Estado é mais vantajosa do que a não cooperação.[12]

10 Ultrapassam os limites desse estudo o debate mais aprofundado sobre o conceito de interesse público e sua centralidade para o regime jurídico-administrativo. Apenas em breves considerações, pode-se dizer que o "conceito de interesse público confunde-se com os valores indisponíveis assegurados pela Constituição, sob o signo inafastável dos direitos fundamentais e da centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana (personalização da ordem constitucional)". Sobre a noção de interesse público, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015. p. 98-117.

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 188.

12 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. 2.

Com efeito, para a criação das condições de sucesso do programa, Di Pietro e Marrara percebem que, em primeiro lugar, deve haver a demonstração estatal de uma punição exemplar aos infratores, pois a impunidade destrói qualquer estímulo a colaboração. Em verdade, o infrator não busca colaborar por altruísmo, mas sim para obter benefícios. Na hipótese de uma não punição adequada, os infratores não verão benefícios em colaborar justamente pela rarefeita chance de sofrer qualquer sanção estatal. Em segundo lugar, ao punir, o ente estatal deve aplicar uma sanção, no mínimo, maior que o benefício obtido pelo infrator. E, ainda, é indispensável a garantia legal de uma sanção ao infrator-colaborador mais branda que aquela aplicada aos outros infratores que não cooperaram. Ou seja, ao colaborador cabe o benefício da menor sanção. Mas o fato é que a Lei Anticorrupção não traz efetiva segurança nesse e em outros temas, vez que é omissa na previsão do benefício da menor sanção para o infrator-colaborador.[13]

Sobre o tema, Raquel de Mattos Pimenta aponta que há riscos inerentes aos acordos de leniência, seja por sua permissividade, correndo o risco de "colocar a empresa que colabora, mas se beneficiou com corrupção em situação melhor do que aquela que não cometeu o ilícito",[14] seja por sua rigidez, punindo com mais severidade quem falar voluntariamente. E, há, ainda, o risco de baixa legitimidade.

No Brasil, o acordo de leniência foi previsto, inicialmente, na Lei n. 8.884/1994, revogada pela Lei n. 12.529/2011, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tratando sobre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e a repressão às infrações à ordem econômica, retomada a temática do acordo de leniência pela Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), objeto desse estudo.

5. O ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI N. 12.846/2013)

A Lei n. 12.846/2013 dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. E, no seu Capítulo V, insere a figura do acordo de leniência a ser firmado com as pessoas jurídicas que admitam a sua responsabilidade pela prática dos atos lesivos, previstos no art. 5º, contra a Administração Pública, e que tem por objetivo, conforme

ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 190.

13 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 190-191.

14 PIMENTA, Raquel de Mattos. Para controlar acordos de leniência é preciso mais do que bons princípios. **JOTA Info**. Disponível em: www.jota.info/stf/supra/para-controlar-acordos-de-leniencia-e-preciso-mais-do-que-bons-principios-11082020. Acesso em: 18 ago. 2020.

dispõem os incisos do art. 16, identificar os demais envolvidos na infração e obter, de forma célere, as informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

À pessoa jurídica que celebrar o acordo de leniência é garantida a isenção da publicação extraordinária da decisão condenatória (sanção administrativa prevista no art. 6º, II) e da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público (sanção judicial prevista no art. 19, IV). Ainda, o acordo de leniência pode reduzir em até ⅔ o valor da multa aplicável.

Por outro lado, há expressa e acertada disposição no sentido de que o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado (art. 16, § 3º). No entanto, é possível fixar no acordo de leniência o montante do prejuízo a ser reparado, situação que pode sim ser muito interessante para a empresa que deseja finalizar, mediante o instrumento do acordo de leniência, também a questão ressarcitória.

Importante destacar, ainda, que há previsão de sigilo durante a fase das tratativas negociais e, no caso da Lei n. 12.846/2013, diferentemente da Lei n. 12.591/2011, não há possibilidade de extensão dos benefícios do acordo de leniência aos dirigentes, administradores e empregados das empresas envolvidas.

Contudo, sobreleva debater acerca do aspecto da (in)segurança jurídica quanto aos atores potencialmente competentes para celebrar o acordo de leniência, do que podem decorrer diversos questionamentos, inclusive, sobre a possível invalidação da negociação realizada e as consequências daí decorrentes, seja para a empresa que buscou o acordo de leniência, seja, especialmente, para a própria Administração Pública e os interesses públicos envolvidos.

5.1. DIFICULDADES INSTITUCIONAIS NA CELEBRAÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA

Há pontos sensíveis no tratamento dos acordos de leniência, já que o reconhecimento das condutas pelo próprio agente, levando-as à autoridade competente, com o intuito de obter benefícios ao colaborar com apuração de ilícitos e, de algum modo, minimizar a repressão à prática ilegal, envolve diversos aspectos, como, por exemplo, desde o fato de a autoria ligar-se a personalidades jurídicas distintas, ou seja, a verificação de responsabilidade da pessoa jurídica e/ou da pessoa natural; passando pela consideração de que a conduta é única, mas com consequências possíveis nas esferas

administrativa, cível e penal;[15] culminando, de forma inevitável, nas questões institucionais que envolvem a realização do acordo em si, especialmente, em decorrência dos diferentes órgãos de controle que se (auto)reconhecem como competentes para firmá-lo.

Além disso, apesar dos bons motivos, o regime legal do programa de leniência para infrações de corrupção parece conter sensíveis falhas e lacunas, como a falta de benefícios a pessoas naturais, a ausência de previsão clara dos benefícios mínimos às pessoas jurídicas, a omissão quanto a benefícios penais e reparação civil, a inexistência da garantia da menor sanção, a reduzida disciplina acerca da importante articulação entre os órgãos públicos envolvidos na política de combate a corrupção.[16]

E, afora essa gama de dificuldades, há, ainda, a ausência de uma atuação coordenada dos diversos órgãos de controle estatal envolvidos. Inclusive, muito dessa desarticulação decorre da falta de clareza acerca da autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública competente para a celebração dos acordos (art. 16, *caput*, da Lei n. 12.846/2013). No caso do Poder Executivo Federal, bem como para os atos lesivos praticados contra a administração estrangeira, no mesmo art. 16, §10, da Lei 12.846/2013, há a previsão de que a celebração dos acordos de leniência é de competência da CGU, competindo à Advocacia-Geral da União – AGU fornecer suporte jurídico extrajudicial e judicial à CGU e analisar minutas de acordos. A AGU atua na obrigação de reparação de danos, bem como prestando assessoramento às comissões designadas para a celebração dos acordos.[17]

Porém, e nada obstante a atribuição expressa da competência à CGU para firmar os acordos de leniência, consoante o já referido art. 16, §10, o TCU e o MP sustentam suas competências constitucionais para atuarem nos acordos, seja fiscalizando-os e mesmo questionando a validade dos compromissos firmados pela CGU, seja, no caso do MP, celebrando acordos de leniência próprios.

No que tange ao TCU, o art. 70 da Constituição de 1988 dispõe que lhe cabe a fiscalização contábil, financeira, operacional e patrimonial da Administração Pública, seja quanto à legalidade, legitimidade e economicidade. E, ainda, no art. 71, II, do texto constitucional, está prevista

15 No Brasil, uma prática infracional pode se enquadrar em várias esferas de responsabilização e nos programas de leniência. Vide o ilícito de cartel, que geralmente está relacionado a diferentes condutas entendidas como atos de corrupção, como no pagamento de propinas, que envolveria o programa de leniência da Lei Anticorrupção e a fraude a licitação pública. Neste caso, aplicar-se-iam normas como o § 5º, IV, d, da Lei nº 12.846/2013, e o art. 38, § 3º, I, d, da Lei nº 12.529/2011. Sobre o tema, ver: CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de leniência**: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 265.

16 MARRARA, Thiago. Acordo de leniência na Lei Anticorrupção. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 6, n. 2, p. 95-113, 2019. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/160590/154853. Acesso em: 18 ago. 2020.

17 ATHAYDE, Amanda. **Manual dos acordos de leniência no Brasil**: teoria e prática – CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 253.

a possibilidade de julgamento das contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário. Na mesma linha, Amanda Athayde comenta acerca da Lei Orgânica do TCU (Lei n. 8.443/1992), que viria em reforço a essas competências, ao detalhar, em seus artigos 41 a 47, a fiscalização de atos e contratos, com destaque para o art. 42 que fixa a impossibilidade de negativa de sonegação de informações, processos ou documentos para a realização de suas inspeções e auditorias.[18]

Nesse quadrante, sendo a CGU um órgão público do Poder Executivo Federal, consoante sustenta o TCU, não haveria qualquer óbice à tal fiscalização e ao acompanhamento dos acordos de leniência, inclusive (ou principalmente) no que concerne à quantificação do dano e também na atribuição de sanções, como, a declaração de inidoneidade prevista no art. 46 da Lei n. 8.443/1992.

Tudo, mal gerido e mal equilibrado, inserto em disputas institucionais e, sim, também corporativas por espaços e instâncias de poder, traz alguns questionamentos: 1. O TCU estaria vinculado ao acordo de leniência celebrado pela CGU? 2. O TCU estaria obrigado a acatar o acordo de leniência da CGU em todos os termos celebrados, embora as tratativas tenham ocorrido em total sigilo das informações? 3. E, se o TCU já estiver coordenando investigações relacionadas justamente aos fatos do acordo de leniência, ficaria impedido de prosseguir nas sanções dos fatos objeto do acordo de leniência?

E a competência do MP para celebrar acordo de leniência, apesar de também não expressa na Lei n. 12.846/2013, poderia vir fundada no próprio texto constitucional, em especial no art. 129 da Constituição de 1988?

Mesmo não havendo dispositivo que positive a necessidade da participação do MP nos acordos de leniência na Lei Anticorrupção, Amanda Athayde traz o Estudo Técnico nº 01/2017, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, ao sustentar que as condutas apuradas na Lei Anticorrupção podem configurar ilícitos penais, cuja titularidade exclusiva para imposição das competentes sanções é do Órgão Ministerial. E que, ainda, para além de sua atribuição criminal típica e exclusiva, seu perfil generalista e suas competências constitucionais também lhe conferem a prerrogativa para celebrar os acordos de leniência, inclusive nos casos de omissão da própria autoridade competente.[19]

Sempre muito complicadas essas situações em que a competência/atribuição funcional vem amparada em decisões, pareceres, estudos técnicos etc. dessas próprias instituições. Do que decorre a competência judicial para tal matéria? Há, existem um precedente daquele próprio tribunal que assenta tal

18 ATHAYDE, Amanda. **Manual dos acordos de leniência no Brasil**: teoria e prática – CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 256

19 ATHAYDE, Amanda. **Manual dos acordos de leniência no Brasil**: teoria e prática – CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 258-261.

competência! E o MP, donde decorre sua competência para tal ato? Sim, há um parecer/precedente, com efeito normativo, do próprio MP, que lhe assegura tal atribuição? E o TCU, sua atribuição para tal função decorre de lei? Não, mas veja bem, há uma decisão do Plenário daquele Órgão de Contas que é expresso em estabelecer tal competência. A pergunta é: e isso é legítimo? Bons tempos aqueles em que as competências funcionais decorriam de expressa previsão de lei – norma constitucional ou infraconstitucional!

Tudo isso, inclusive, abre uma espécie de alternativa às empresas, para promoverem certa análise no balcão das negociações, por vezes entre CGU, TCU e MP, avaliando os caminhos mais interessantes para a apresentação de uma proposta de leniência, no sentido de qual tratativa tenderia a lhe mais favorável, até nas derivações de futura responsabilização das pessoas naturais. Se isso pode ser bom ou ruim, o tempo é que pode nos dar a resposta mais segura.

5.2. O INVENTÁRIO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA E A (DES) ARTICULAÇÃO DAS ATIVIDADES DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

Desde que a Lei Anticorrupção entrou em vigor no início de 2014 até agosto de 2020, a CGU e a AGU celebraram onze acordos de leniência com empresas investigadas pela prática dos atos lesivos previstos na Lei n. 12.846/2013 e dos ilícitos administrativos previstos na Lei de Licitações.[20]

O primeiro acordo de leniência anticorrupção foi celebrado em 10/07/2017, no âmbito da Operação Lava Jato, pela CGU e a AGU com o Grupo UTC, formado pelas empresas UTC Engenharia S.A, UTC Participações S.A. e CONSTRAN S.A. – Construções e Comércio. As negociações do acordo se estenderam pelo período de 15/05/2015 até 09/06/2017, quando o Grupo UTC concordou em ressarcir a Petrobras, BR Distribuidora, Transpetro, Eletronuclear e a União no valor de R$ 574.658.165,21, num prazo máximo de 22 anos corrigidos pela taxa Selic.[21]

No mês seguinte, em 14/08/2017, a CGU e a AGU assinaram acordo de leniência com a empresa austríaca Bilfinger Maschinenbau GmbH & Co KG, envolvida em atos lesivos contra a Marinha do Brasil. Por meio do termo, a empresa ressarciu R$ 11.036.345,49 à União, tendo o pagamento da última parcela efetivado em 31/07/2019.[22]

20 BRASIL. Controladoria Geral da União. **Acordo de leniência**: balanço e monitoramento – atualizado em jun/2020. Disponível em: http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anti-corrupcao/acordo-leniencia. Acesso em: 18 ago. 2020.

21 BRASIL. Controladoria Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre o Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e as empresas UTC Participações S.A., UTC Engenharia S.A. e CONSTRAN S.A. – Construções e Comércio**. 10 jul. 2017. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/utc.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

22 BRASIL. Controladoria Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre o Ministério da Trans-**

O terceiro acordo (segundo no âmbito da Operação Lava Jato) foi celebrado em 13/04/2018 com as empresas Mullen Lowe Brasil Publicidade LTDA e FCB Brasil Publicidade e Comunicação LTDA junto com a AGU e CGU, tendo, desta vez, a participação do MP na figura de interveniente anuente. Com base neste acordo foi paga a quantia de R$ 53.985.613,81, divididos em seis parcelas, tendo como destinatárias a União, Petrobras, BR Distribuidora, Caixa Econômica, APEX e CONFEA.[23]

Em 09/07/2018 foi celebrado o quarto acordo (terceiro no âmbito da Operação Lava Jato) entre a CGU, AGU e a Odebrecht S/A que concordou em pagar R$ 2.727.239.997,64 ao longo de 22 anos, com correção pela taxa Selic, como forma de ressarcimento dos danos causados em 49 contratos fraudulentos envolvendo recursos públicos federais por enriquecimento ilícito e respectiva multa.[24]

O quinto acordo foi celebrado em 26/07/2018 pela CGU, AGU e a Petrobras, como parte interveniente, com as empresas SBM Offshore N.V. e SBM Holding INC., S.A. que concordaram em ressarcir R$ 1.286.038.200,00 entre valores de multa e ressarcimento de danos.[25]

Em 18/12/2018 foi celebrado pela CGU e AGU o sexto acordo (quarto no âmbito da Operação Lava Jato) com as empresas Andrade Gutierrez Investimentos em Engenharia S/A, Andrade Gutierrez Engenharia S/A e a Andrade Gutierrez S/A, como interveniente anuente, no qual o grupo se responsabilizou em pagar R$ 1.489.361.135,28 ao longo de 16 anos, com correção pela taxa Selic, pelo dano, enriquecimento ilícito e multa, no âmbito de 54 contratos fraudulentos envolvendo recursos públicos federais.[26]

---

parência e Controladoria Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e a empresa Bilfinger Maschinenbau GMBH & CO KG. 14 ago. 2017. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/bilfinger.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

23 BRASIL. Controladoria Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre o Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU), o Ministério Público Federal (MPF) e as Empresas Mullen Lowe Brasil Publicidade LTDA e FCB Brasil Publicidade e Comunicação LTDA**. 14 abr. 2018. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/mullenlowe.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

24 BRASIL. Controladoria Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União – CGU, a Advocacia-Geral da União – AGU e as empresas que integram o grupo econômico da Odebrecht**. 09 jul. 2018. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/odebrecht.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

25 BRASIL. Controladoria Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre o Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU), a Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRAS) e as empresas SBM Offshore N.V. E SBM Holding INC., S.A**. 26 jul 2018. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/sbm.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

26 BRASIL. Controladoria Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre o Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e as empresas Andrade Gutierrez Investimentos em Engenharia S/A, Andrade Gutierrez Engenharia S/A e Andrade Gutierrez S/A**. 18 dez. 2018. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/andrade-gutier-

O sétimo acordo (quinto no âmbito da Operação Lava Jato) foi celebrado em 31/05/2019 pela CGU e AGU com a Braskem S.A. no qual ficou estabelecido que a empresa pagará até janeiro de 2025 o montante de R$ 2.872.038.787,73, com correção pela taxa Selic, por dano, enriquecimento ilícito e multa, no âmbito de contratos fraudulentos envolvendo recursos públicos federais e de edição de atos normativos produzidos a partir de pagamentos de vantagens indevidas.[27]

Em 25/06/2019 foi celebrado pela CGU e AGU o oitavo acordo (sexto no âmbito da Operação Lava Jato) com as empresas TECHNIP BRASIL – Engenharia, Instalações e Apoio Marítimo LTDA. e FLEXIBRÁS Tubos Flexíveis LTDA, que concordaram em pagar à Petrobras R$ 819.794.768,79, até julho de 2021, por de dano, enriquecimento ilícito e multa, no âmbito de contratos fraudulentos.[28]

O nono acordo (sétimo no âmbito da Operação Lava Jato) foi celebrado em 31/07/2019 pela CGU e AGU com as empresas Camargo Corrêa Construções e Participações S.A, Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., e a MOVER Participações S.A. para o pagamento da quantia de R$ 1.396.128.459,76 até janeiro de 2038, com correção pela taxa Selic pela prática de dano, enriquecimento ilícito e multa, no âmbito de contratos fraudulentos.[29]

Em 12/11/2019 a CGU e a AGU celebraram o décimo acordo (oitavo no âmbito da Operação Lava Jato) com as empresas Nova Engevix Engenharia e Projetos S.A., Nova Engevix Construções e Montagens S.A., Ecovix Construções Oceânicas, Infravix Participações S.A e Nova Participações S.A. que se responsabilizaram em pagar à União R$ 516.301.313,70, até janeiro de 2046, com correção pela taxa Selic, pela prática de dano, enriquecimento ilícito e multa, no âmbito de contratos fraudulentos.[30]

O décimo primeiro acordo (nono no âmbito da Operação Lava Jato)

rez.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

27 BRASIL. Controladoria Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre a Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e a Braskem S.A.** 31 maio 2019. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/braskem.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

28 BRASIL. Controladoria Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre a Controladoria Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e TECHNIP BRASIL – Engenharia, Instalações e Apoio Marítimo LTDA. e FLEXIBRÁS Tubos Flexíveis LTDA**. 25 jun. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/TechnipBrasil.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

29 BRASIL. Controladoria Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre a Controladoria Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e as empresas Camargo Corrêa Construções e Participações S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e MOVER Participações S.A.** 31 jul. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/camargo-correa.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

30 BRASIL. Controladoria Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre a Controladoria-Geral Da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e as empresas Nova Engevix Engenharia e Projetos S.A., Nova Engevix Construções e Montagens S.A., Ecovix Construções Oceânicas, Infravix Participações S.A e Nova Participações S.A.**. 12 nov. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/ptbr/assuntos/responsabilizacaodeempresas/leianticorrupcao/acordoleniencia/acordos-firmados/acordo-engevix.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

foi celebrado em 14/11/2019 entre a CGU e AGU com empresas Construtora OAS S.A. (em recuperação judicial), Coesa Engenharia LTDA., OAS Logística e Comércio Exterior S.A., OAS Óleo e Gás S.A., OAS Empreendimentos S.A. (em recuperação judicial), OAS Defesa S.A., OAS Energy Gmbh, OAS African Investments Ltd., OAS Central America Investing Limited (Bvi)., e OAS S.A. (em recuperação judicial), que concordaram em pagar R$ 1.929.257.982,37 até dezembro de 2047, com correção pela taxa Selic, pela prática de dano, enriquecimento ilícito e multa, no âmbito de contratos fraudulentos.[31]

Interessante considerar que, nos onze acordos, do total de R$ 13.671.855.155,97 a serem ressarcidos aos cofres públicos brasileiros, somente os acordos da SBM Offshore e da Bilfinger Maschinenbau não tiveram influência direta da Operação Lava Jato.

Para uma síntese esquematizada desses acordos:

ACORDOS CELEBRADOS PELA CGU E AGU		
Empresas	**Data da assinatura**	**Valor**
Grupo OAS	14/11/2019	R$ 1.929.257.982,37
Grupo Engevix	12/11/2019	R$ 516.301.313,70
Camargo Corrêa	31/07/2019	R$ 1.396.128.459,76
Technip Brasil e Flexibras	25/06/2019	R$ 819.794.768,79
Braskem S/A	31/05/2019	R$ 2.872.038.787,73
Andrade Gutierrez Engenharia	18/12/2018	R$ 1.489.361.135,28
SBM Offshore	26/07/2018	R$ 1.286.038.200,00
Construtora Odebrecht	09/07/2018	R$ 2.727.239.997,64
MullenLowe Brasil e FCB Brasil	13/04/2018	R$ 50.000.000,00
Bilfinger Maschinenbau	14/08/2017	R$ 11.036.345,49
UTC Participações S/A	10/07/2017	R$ 574.658.165,21
Total		**R$ 13.671.855.155,97**

No que toca à homologação dos acordos de leniência pelo MPF, na área relativa ao Combate à Corrupção, cabe à 5ª Câmara de Coordenação e Revisão,

31 BRASIL. Controladoria Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre a Controladoria-Geral Da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e as empresas Construtora OAS S.A. – em recuperação judicial, COESA Engenharia LTDA., OAS Logística e Comércio Exterior S.A., OAS Óleo e Gás S.A., OAS Empreendimentos S.A. – em recuperação judicial, OAS Defesa S.A., OAS Energy GMBH, OAS African Investments LTD., OAS Central America Investing Limited (BVI)., e OAS S.A. – em recuperação judicial**. 14 nov. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/ptbr/assuntos/responsabilizacaodeempresas/leianticorrupcao/acordoleniencia/acordos-firmados/acordo-caso-02-para-publicacao-21fev2020.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

dentre outras competências, apreciar, prioritariamente, a homologação de acordos de leniência.

Até o presente momento, a 5ª Câmara já apreciou 33 acordos de leniência, havendo apenas um caso de não homologação (SBM Offfshore e SBM Holding Inc. S.A) e um caso de rescisão (NM – Engenharia). A unidade do MPF no Paraná foi a que mais celebrou acordos, num total de 16 dos 33 acima mencionados.

Nos acordos celebrados no âmbito da Lava Jato pelo MPF o ente tem assumido a função de responsabilização criminal e definição dos valores a serem ressarcidos sem a participação da CGU.

Em consulta ao sítio do TCU, pode-se exemplificar as dificuldades na relação entre CGU e aquele Órgão de Contas, com ressai do seguinte trecho do Acórdão n. 843/2020, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues:

> É importante registrar que esta Corte de Contas chegou a iniciar procedimento de acompanhamento da negociação do acordo de leniência com o grupo OAS no bojo do TC 005.088/2015-1, havendo sido proferido o Acórdão 463/2017-TCU-Plenário, com determinações de melhoria nos atos proferidos pela CGU e pela AGU na negociação do acordo. Além da importância do acompanhamento do cumprimento das referidas determinações, cabe esclarecer que o nome da empresa foi tornado público quando da assinatura do acordo, nos exatos termos do art. 16, § 6º, da Lei 12.846/2013: 'A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo (...)'.
>
> 5. Uma informação essencial e sigilosa é que, no bojo do TC 005.088/2015-1, a CGU chegou a informar esta Corte de que o acordo com o grupo OAS teria sido resilido e não seria celebrado (cf. peça 25 do TC 005.088/2015-1). Porém, de forma surpreendente, o acordo foi supostamente celebrado consoante anúncio efetuado pela CGU em seu sítio oficial e amplamente divulgado pela imprensa nacional.[32]

Do mesmo modo, salutar destacar o Acórdão n. 2.453/2019, da relatoria do Ministro Bruno Dantas, no qual ficou registrado que:

> De plano, ressalte-se que a jurisprudência do TCU com relação à matéria é no sentido de que o acordo de leniência celebrado pela Administração Federal, nos termos da Lei 12.846/2013, não afasta suas competências fixadas no art. 71 da Constituição Federal, nem impede a aplicação das sanções previstas na Lei 8.443/1992, consoante prescrito no art. 6°, da Instrução Normativa/TCU 74/2015 (*v. g.* Acórdãos 1744/2018 – Plenário; 225/2015 – Plenário).[33]

32 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 843/2020.** Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaocompleto/acordos%2520de%2520leni%25C3%25AAncia%2520cgu%2520E%2520843/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uuid=809dfaa0-eb41-11ea-9e39-55248b61a46f. Acesso em: 18 ago. 2020.

33 E prossegue: "5.2. E a razão apresentada nesses julgados é muito simples, baseia-se no fato de que o andamento de negociação para a celebração de acordo de leniência no âmbito do MTFC não é motivo para o sobrestamento de processo no TCU em que se analisa a possibilidade de aplicação da pena de declaração de inidoneidade (art. 46 da Lei 8.443/1992) , porque se trata do exercício de competência constitucional do controle externo e de função sancionadora a cargo do TCU, essa última

Inclusive, com relação à atuação do MPF, vale citar decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que firmou ser da CGU a competência para firmar o acordo de leniência no âmbito do Poder Executivo Federal.[34]

Importante recuperar que, com base na doutrina de Di Pietro e Marrara, os acordos de leniência dependem, para o seu sucesso, das garantias de transparência, credibilidade e efetividade de seus benefícios, o que pode, então, restar dificultado ante a existência de múltiplos atores. Ainda, também sobreleva ressaltar que a ideia de transparência nos acordos pressupõe que infratores interessados no programa possam obter de maneira rápida, simples e inteligível todas as informações sobre a extensão do programa, as obrigações de cada parte, os procedimentos de diálogo e negociação, os benefícios potenciais, os custos e os riscos, sobretudo no tocante às esferas de responsabilização não cobertas pela leniência firmada em certo processo administrativo.[35]

Por outro lado, poderia ser dito que a presença de múltiplos atores tende sim a ser benéfica ao enfrentamento das falhas de órgãos específicos, mas isso, em verdade, tende a não se materializar efetivamente na prática da atuação administrativa, visto que se não existir convergência das ações dos entes estatais há sim consequente confusão entre as instâncias, do que tende a resultar no aumento de custos econômicos, políticos, jurídicos e humanos e, portanto, a diminuição das vantagens sociais trazidas pelo combate aos ilícitos, o que contraria os objetivos fundamentais dos acordos de leniência.[36]

com incidência distinta das aplicadas pelos próprios órgãos administrativos ou pelo controle interno com fundamento no 87 da Lei 8.666/1993. 5.3. Ressalte-se, portanto, que a assinatura de acordos de colaboração premiada, ou de leniência, ou ainda de termo de compromisso de cessação de prática, não implica qualquer restrição à atividade de controle externo a cargo do TCU, que é livre para exercer a sua competência fiscalizatória, colher provas e aplicar as sanções estabelecidas nas leis de regência, além de imputar débitos, independentemente da atuação de outros órgãos de controle. 5.4. Deve restar claro também que, apesar de o TCU não possuir competência para celebrar os acordos de leniência previstos na Lei Anticorrupção, tal fato não afasta sua competência material, para exercer sua fiscalização a fim de instruir processos de controle externo, podendo requerer informações e documentos relativos às fases desses acordos, conforme preconiza o art. 2°, da IN/TCU 83/2018". BRASIL. Tribunal de Contas da União**. Acórdão n. 2.453/2019.** Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/acordos%2520de%2520leni%25C3%25AAncia%2520cgu%25202453/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=809dfaa0-eb41-11ea9e39-55248b61a46f. Acesso em: 18 ago. 2020.

34 Neste sentido, ver: "1. A autoridade competente para firmar o acordo de leniência, no âmbito do Poder Executivo Federal é a Controladoria Geral da União (CGU). 2. Não há impedimentos para que haja a participação de outros órgãos da administração pública federal no acordo de leniência como a Advocacia Geral da União, o Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas da União, havendo, portanto, a necessidade de uma atuação harmônica e cooperativa desses referidos entes públicos.
3. O acordo de leniência firmado no âmbito administrativo necessita ser re-ratificado pelo ente competente, com participação dos demais entes, levando-se em conta o ressarcimento ao erário e a multa, sob pena de não ensejar efeitos jurídicos válidos". BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4 Região. **Agravo de Instrumento n.5024324-87.2018.4.04.000**. Relatora Desembargadora Vânia Hack de Almeida, Data da Decisão 11/12/2018. Disponível em: www.trf4.jus.br. Acesso em: 18 ago. 2020.

35 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 190.

36 CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de leniência**: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 224.

Com efeito, a opção pela multiplicação das esferas de responsabilização, em oposição a um modelo centralizador, pode representar sim um fator complicador à implementação dos programas de leniência. O medo de cooperar tende a criar certa paralisia, pois o agente econômico envolvido não consegue visualizar na leniência uma estratégia racional, a retirar o potencial dos programas de leniência como fator de desestímulo às atividades delitivas.

Por outro lado, inegável que, embora os nossos marcos normativos para os acordos de leniência ainda não apresentarem um formato ideal, isso não pode redundar no seu afastamento *prima facie* como mecanismo interessante e que pode, se bem regulamentado, redundar em resultados positivos. Inclusive, parte do reconhecido sucesso da implementação dessa ferramenta no direito comparado advém de períodos de evolução regulatória, mais ou menos no método tentativa/erro, como são exemplos as experiências norte-americanas e europeias.[37]

Mas, de qualquer modo, no Brasil, infelizmente, até o momento as tratativas para uma otimização das relações entres os atores estatais envolvidos com o acordo de leniência da Lei n. 12.846/2013 não parece ter atingido adequados padrões de segurança jurídica.

Sobre o tema, importante ressaltar que, em agosto de 2020, sob a coordenação do Supremo Tribunal Federal, foi firmado Acordo de Cooperação Técnica – ACT, entre CGU, AGU, TCU e Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), a ser adotado em matéria de combate à corrupção no Brasil, especialmente em relação aos acordos de leniência da Lei n. 12.846/2013. O acordo prevê princípios, pilares, ações sistêmicas e ações operacionais.[38]

Entretanto, apesar de prevista a participação do MPF, o Procurador-Geral da República não o assinou, argumentando a importância de aguardar a Nota técnica da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, a qual se manifestou no sentido de que o MP não deveria aderir ao Acordo de Cooperação Técnica, inclusive a reforçar a complexidade da questão e as dificuldades de conciliar as competências dos órgãos envolvidos nos acordos de leniência. Na sua justificativa para não assinar o acordo, o MPF ressalta que seria inconstitucional afastar sua legitimidade e que sua atuação restaria esvaziada, a contrariar a sua proposta de cooperação interinstitucional.[39]

37 CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de leniência**: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 271.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acordo de Cooperação Técnica – ACT, entre CGU, AGU, TCU e Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP)**. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Acordo6agosto.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

39 BRASIL. Ministério Público Federal. **Nota técnica da 5a Câmara de Coordenação e Revisão.** Disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nota-tecnica-2-2020-acordo-de-cooperacao-acordo-de-leniencia-final.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito dos acordos de leniência anticorrupção reside na elucidação de condutas lesivas específicas, como crimes ou ilícitos administrativos organizados, altamente complexos, praticados por múltiplos agentes em conluio, de natureza eminentemente econômica e cujos resultados não permitem, em regra, aos Estados utilizarem métodos tradicionais de investigação.

Neste sentido, e no que tange aos requisitos, o que faz os acordos de leniência serem diferentes de outros negócios jurídicos é que a colaboração em troca de benefícios encontra-se em um ambiente competitivo, a indicar certa rapidez na obtenção da leniência que é limitada ao primeiro que se manifestar preenchendo os seus requisitos legais.

Por conseguinte, a existência da possibilidade do acordo de leniência gera um ambiente de desconfiança entre os envolvidos nos atos contra a Administração Pública, numa situação aberta de denuncismo entre os integrantes desses grupos.

Portanto, um programa de leniência efetivo resulta do compartilhamento de informações pela cooperação do agente com as investigações, de forma que a possibilidade da delação faz com que os transgressores desconfiem um dos outros, num ambiente de desconfiança até certo ponto favorável à fiscalização estatal. Os acordos de leniência, além de desestabilizarem as relações de confiança entre os infratores, auxiliam o Estado a intensificar o seu poder investigativo e incrementam a sua ação punitiva.

Por outro lado, sem os elementos de atratividade e a segurança jurídica, os acordos de leniência não conseguem obter resultados eficazes. Para cooperar com o Estado, o agente precisa sentir-se seguro de que a leniência é a estratégia mais vantajosa.

Nesse ponto, a Lei Anticorrupção, sua regulamentação e aplicação prática ainda são deficitários em atratividade e segurança jurídica. Isso, dentre outras razões, porque: 1. Ainda há inconsistências no seu desenho normativo e institucional, que redundam em práticas administrativas pouco seguras; 2. Ainda há rarefeita clareza de quais ilícitos administrativos estão contemplados nos acordos de leniência; 3. Falta um modelo padrão para a cooperação e o compartilhamento de provas para que os agentes estatais possam ponderar sobre a vantajosidade da celebração; 4. Falta clareza na forma que se dá o compartilhamento de informações entre os entes estatais interessados; 5. Não há possibilidade de previsão quanto aos resultados benéficos e prejudiciais da cooperação com o Estado.

Tudo isso, ainda, ampliado pela sistemática de sobreposição de instâncias sancionadoras e entes ditos competentes para a aplicação de penalidades. As dispersas normas de competência e as específicas atribuições administrativas de cada ente precisam ser harmonizadas para que haja maior segurança jurídica à relação de cooperação.

Sem uma clareza dos incentivos à celebração dos acordos perde-se em boa medida os potenciais do próprio instrumento, de forma a aumentar a ideia de efeitos negativos e afastar os atores da consecução dos resultados esperados com a cooperação. Nisso, práticas administrativas coordenadas poderiam contribuir sobremaneira no incremento de um regime mais seguro e, portanto, atrativo aos infratores propensos à cooperação. Dentre essas práticas, cumpre ressaltar a necessidade de uma maior coordenação entre as instituições fiscalizadoras e sancionadoras, a harmonização da regulamentação vigente, a ampliação da transparência e, por conseguinte, o incremento da previsibilidade dos resultados dos acordos.

Certamente, a sistemática dos acordos de leniência não é, nem de longe, a melhor das políticas públicas para o combate à corrupção, até porque seria em estratégias cooperadas e integradas de prevenção que se deveria investir os melhores esforços públicos e privados, e não propriamente no combate à corrupção já ocorrida. Mas, infelizmente, parece que ainda estamos algumas léguas dessa lógica menos repressiva e mais preventiva.

REFERÊNCIAS

ATHAYDE, Amanda. **Manual dos acordos de leniência no Brasil**: teoria e prática – CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Acordo de leniência**: balanço e monitoramento – atualizado em jun/2020. Disponível em: http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia. Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre o Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e as empresas UTC Participações S.A., UTC Engenharia S.A. e CONSTRAN S.A. – Construções e Comércio**. 10 jul. 2017. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/utc.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre o Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e a empresa Bilfinger Maschinenbau GMBH & CO KG**. 14 ago. 2017. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/bilfinger.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre o Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU), o Ministério Público Federal (MPF) e as Empresas Mullen Lowe Brasil Publicidade LTDA e FCB Brasil Publicidade e Comunicação LTDA**. 14 abr. 2018.

Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anti-

corrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/mullenlowe.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União – CGU, a Advocacia-Geral da União – AGU e as empresas que integram o grupo econômico da Odebrecht**. 09 jul. 2018. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/odebrecht.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre o Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU), a Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRAS) e as empresas SBM Offshore N.V. E SBM Holding INC., S.A**. 26 jul 2018. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/sbm.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre o Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e as empresas Andrade Gutierrez Investimentos em Engenharia S/A, Andrade Gutierrez Engenharia S/A e Andrade Gutierrez S/A**. 18 dez. 2018. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/andrade-gutierrez.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre a Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e a Braskem S.A.** 31 maio 2019. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/braskem.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre a Controladoria Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e TECHNIP BRASIL – Engenharia, Instalações e Apoio Marítimo LTDA. e FLEXIBRÁS Tubos Flexíveis LTDA**. 25 jun. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/TechnipBrasil.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre a Controladoria Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e as empresas Camargo Corrêa Construções e Participações S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e MOVER Participações S.A.** 31 jul. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/camargo-correa.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre a Controladoria-Geral Da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e as empresas Nova Engevix Engenharia e Projetos S.A., Nova Engevix Construções e Montagens S.A., Ecovix Construções Oceânicas, Infravix Participações S.A e Nova Participações S.A.** 12 nov. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/acordo-engevix.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Acordo de leniência firmado entre a Controladoria-Geral Da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e as empresas Construtora OAS S.A. – em recuperação judicial, COESA Engenharia LTDA., OAS Logística e Comércio Exterior S.A., OAS Óleo e Gás S.A., OAS Empreendimentos S.A. – em recuperação judicial, OAS Defesa S.A., OAS Energy GMBH, OAS African Investments LTD., OAS Central America Investing**

Limited (BVI)., e OAS S.A. – em recuperação judicial. 14 nov. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/acordo-caso-02-para-publicacao-21fev2020.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Acordos de leniência – pedido de homologação**. 06 abr. 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia/copy_of_colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia. Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Estudo Técnico nº 01/2017 – 5ª CCR**. Brasília: set. 2017. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4 Região. **Agravo de Instrumento n.5024324-87.2018.4.04.000**. Relatora Desembargadora Vânia Hack de Almeida, Data da Decisão 11/12/2018. Disponível em: www.trf4.jus.br. Acesso em: 18 ago. 2020.

CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de leniência**: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; RAMIREZ, João Filgueiras Gomes; SCHAFFER, Juliana de Alano. Breve inventário sobre as raízes da corrupção no Brasil. In. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; NIEBUHR, Pedro de Menezes (Org.). **Combate preventivo à corrupção no Brasil**: para além do modelo repressivo-punitivista. Florianópolis, Habitus, 2020. p. 21-40.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MARRARA, Thiago. Acordo de leniência na Lei Anticorrupção. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 6, n. 2, p. 95-113, 2019. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/160590/154853. Acesso em: 18 ago. 2020.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de gestão pública contemporânea**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PIMENTA, Raquel de Mattos. Para controlar acordos de leniência é preciso mais do que bons princípios. **JOTA Info**. Disponível em: www.jota.info/stf/supra/para-controlar-acordos-de-leniencia-e-preciso-mais-do-que-bons-principios-11082020. Acesso em: 18 ago. 2020.

SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção**: histórico, desafios e perspectivas. Editora Trevisan, 2017.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Corrupção e improbidade administrativa** – cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

PARTE 2

DIREITO ADMINISTRATIVO E NOVAS TECNOLOGIAS

7. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIGITAL E A PROBLEMÁTICA DA DESIGUALDADE NO ACESSO À TECNOLOGIA

Eduardo André Carvalho Schiefler

Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Integrante do GEDIP/UFSC e do DR.IA/UnB. Autor do livro "Processo Administrativo Eletrônico" (2019). Advogado. E-mail: eduardo@schiefler.adv.br.

José Sérgio da Silva Cristóvam

Professor de Direito Administrativo (Graduação, Mestrado e Doutorado) da UFSC. Mestre e Doutor em Direito pela UFSC. Advogado e Conselheiro Federal da OAB/SC. Presidente da Comissão de Direito Administrativo da OAB. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Direito Público do CCJ/UFSC E-mail: jscristovam@gmail.com.

Thanderson Pereira de Sousa

Doutorando em Direito Administrativo (PPGD/UFSC). Bolsista CAPES/PROEX. Mestre em Direito (PPGD/UFC). Membro do GEDIP/CCJ/UFSC, do GPSPCE/PPGD/UFC e da REDAS. E-mail: thandersonsousa@hotmail.com – https://orcid.org/0000-0003-0725-3572.

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Constitucionalização do Direito Administrativo e a Administração Pública digital: o processo administrativo eletrônico e a igualdade entre os cidadãos; 2.1. As novas tecnologias e a necessidade de adequação da Administração Pública; 2.2. A constitucionalização do Direito Administrativo com o advento da Constituição de 1988 e a função do processo administrativo; 2.3. A atividade administrativa por meio de processos administrativos eletrônicos; 2.4. A realidade que se impõe: a pandemia de Covid-19; 3. Administração Pública digital e o acesso às tecnologias; 3.1. Democracia e o imperativo da participação social nos rumos da Administração Pública; 3.2. A noção de Administração Pública digital e a prestação de serviços públicos; 3.3. Serviços públicos digitais e o acesso à tecnologia; 3.4. Os riscos da desigualdade digital para a atuação administrativa; 4. Considerações finais. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O mundo que hoje conhecemos é resultado das diversas transformações ocorridas durante a sua história, estando cada vez mais econômico, social e politicamente interligado. Neste contexto, diversas foram as mudanças trazidas pela revolução das tecnologias da informação e comunicação vivenciada nas últimas décadas, responsáveis por alterar substancialmente a Sociedade e a Administração Pública, com destaque à maneira com que os cidadãos se

relacionam com o aparato estatal em busca da satisfação de seus direitos e de acesso a informações de interesse público.[1]

Trata-se de uma consequência que tem a globalização – e a correspondente intensificação das conexões mundiais – como uma de suas causas. Soma-se a isso, no caso do Brasil, o advento da Constituição de 1988, que incrementou a complexidade das relações jurídicas da Sociedade brasileira, entre elas as relações regidas pelo Direito Administrativo.

É incontroverso que o Direito Administrativo contemporâneo disciplina relações jurídicas inseridas em uma Sociedade digital, altamente tecnológica, comunicativa e informacional, cujos cidadãos-destinatários demandam agilidade, transparência, qualidade e igualdade na atuação administrativa e na prestação de serviços públicos. Sobre isso não há dúvidas.

Considerando que a atuação administrativa deve ocorrer de forma organizada e ordenada, o que necessariamente impõe à Administração Pública a necessidade de instaurar processos administrativos – de diversas espécies e complexidade – para legitimar e validar a prática do ato administrativo perante o ordenamento jurídico pátrio, verifica-se que esse caminho a ser percorrido pela Administração até a concretização do ato carrega especial importância aos cidadãos. É dizer: o equívoco no caminho tomado pode significar a nulidade e a falta de legitimidade do ato final, sendo extremamente importante que o cidadão possa participar desse processo.

Diz-se isso porque o ordenamento jurídico brasileiro impõe à Administração Pública um dever que norteia toda a sua atuação: a satisfação e a concretização dos direitos fundamentais, de forma que a proteção/concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos é a função precípua da Administração. É a sua razão de existir e qualquer fuga a esse dever significa desprezar a própria essência legitimadora do Estado.

A sociedade da informação vivenciada pela humanidade tornou anacrônica a utilização do papel nas formas de comunicação e fortaleceu a desmaterialização da informação e a simplificação das mensagens (linguagem escrita), muitas vezes substituindo-as por imagens ou símbolos universais de comunicação. Essa realidade aboliu as fronteiras e revelou a "ineficácia dos mecanismos clássicos de intervenção do Estado perante os desafios do ciberespaço".[2]

Gradativamente e até mesmo por motivos de necessidade, a Administração Pública passou adotar processos administrativos eletrônicos. Inclusive, este

1 Sobre o conceito de interesse público e a sua pertinência para o estudo da função da Administração Pública brasileira, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015.

2 OTERO, Paulo. **Manual de direito administrativo**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2013. p. 484.

movimento de informatização da atuação administrativa ganhou força e foi alavancado pela pandemia de Covid-19 que assola o Brasil. O motivo? A necessidade de alcançar os cidadãos que estão em suas casas, impedidos de se locomover por conta do risco de contágio pelo vírus Sars-CoV-2.

É nesse contexto de transformações tecnológicas e de preocupação com os direitos fundamentais dos cidadãos que se intensifica o debate em torno da ideia de Administração Pública digital, a qual, por meio do uso das tecnologias da informação e comunicação mais modernas, e atuando por intermédio de processos administrativos eletrônicos, busca aumentar a eficiência, a transparência, a participação social, o controle, a simplificação da burocracia, a agilidade, a igualdade e o tratamento isonômico na prestação de serviços públicos.[3]

Ocorre que, apesar dos evidentes benefícios proporcionados à Sociedade pela Administração Pública digital e pela adoção de processos administrativos eletrônicos, existem casos em que a virtualização da atividade administrativa pode ser responsável por aprofundar a desigualdade entre os cidadãos, em especial quanto à prestação de serviços públicos em plataformas digitais.

Eis os contornos do presente estudo, que tem por objetivo analisar a Administração Pública do século XXI, progressivamente mais digitalizada, e de que modo essa realidade pode impactar os deveres de igualdade e tratamento isonômico no que diz respeito à prestação de serviços públicos digitais.

2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIGITAL: O PROCESSO ADMINISTRATIVO ELETRÔNICO E A IGUALDADE ENTRE OS CIDADÃOS

Conforme referido, a Administração Pública brasileira possui o dever precípuo de satisfazer os direitos fundamentais dos cidadãos. Trata-se de uma função reforçada a partir da Constituição de 1988 e que impacta fortemente o regime jurídico-administrativo.

A Constituição de 1988 trouxe inovações que transformaram a Administração Pública e que foram potencializadas em razão da concomitância com o desenvolvimento de modernas tecnologias que mudaram o relacionamento público-privado. As novas ferramentas de participação

3 Para uma análise acerca da aplicação das novas tecnologias para a criação de uma central de jurisprudência administrativa, ver: SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. A inteligência artificial aplicada à criação de uma central de jurisprudência administrativa: o uso das novas tecnologias no âmbito da gestão de informações sobre precedentes em matéria administrativa. **Revista do Direito (UNISC)**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 50, p. 18-34, jan./abr. 2020. Disponível em: https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/14981/8934. Acesso em: 23 ago. 2020.

popular e os direitos constitucionais previstos em 1988, aliados à nova realidade tecnológica, fizeram com que o modo de relacionamento dos indivíduos mudasse radicalmente, uma vez que os cidadãos do século XXI passaram a exigir cada vez mais eficiência, rapidez e transparência na atuação estatal.

2.1. AS NOVAS TECNOLOGIAS E A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Todo esse novo cenário passou a exigir do Poder Público a necessidade de se adequar, por conta da pressão – implícita e explícita – dos cidadãos por uma Administração Pública mais dialógica,[4] transparente, eficiente e que disponha de uma maior variedade de serviços públicos à disposição, em especial serviços públicos digitais.

Considerando que a existência da Administração Pública está condicionada à garantia dos direitos fundamentais, existe um dever de se adaptar às mudanças trazidas pelo desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação.[5] Segundo Joel de Menezes Niebuhr, toda ciência, inclusive o Direito Administrativo, deve avançar, o que significa rediscutir e criticar o que está de certa forma consolidado, de modo que a Administração Pública precisa desenvolver novas ferramentas para responder às demandas enfrentadas, oferecendo "instrumentos jurídicos para que ela possa alcançar seus objetivos em meio a um ambiente tão dinâmico e com relações econômicas e políticas tão complexas".[6]

Dessa maneira, o Direito Administrativo deve ser visto sob uma nova ótica, que não fuja à comentada lógica de que a atuação administrativa deve, a todo momento, prezar pelo tratamento isonômico dos cidadãos.

2.2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO COM O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A FUNÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

A propósito, pode-se dizer que todo esse ambiente em que o Direito Administrativo brasileiro está inserido atualmente é decorrente do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo implementado pela Constituição de 1988, que instituiu um Estado democrático de direito, conferindo especial importância à igualdade entre os cidadãos brasileiros.

É certo que a Constituição de 1988 trouxe novos panos para a

4 OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A Administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 104. p. 303-322. jan./dez. 2009. p. 309.

5 BREGA, José Fernando Ferreira**. Governo eletrônico e direito administrativo**. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 37-38.

6 NIEBUHR, Joel de Menezes. Prefácio. In: SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de manifestação de interesse (PMI)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

constitucionalização do Direito, tornando a exigir do ordenamento constitucional "uma supremacia efetiva, com a incorporação de temas até então afetos a outros direitos, indicando-se as opções e valores para suas construções". Na verdade, a Constituição passou a ser efetivamente o fundamento de validade e de interpretação de todas as normas jurídicas.[7]

Não sem razão, é possível concluir que a Constituição de 1988 trouxe profunda transformação ao Direito Administrativo brasileiro e mesmo um novo panorama de atuação, com diversas novas obrigações à Administração Pública. Aliás, a Administração Pública brasileira passou a ser o principal agente de concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos, o que reforça o relevo e a importante do processo administrativo.

Sobre o tema, Pedro de Menezes Niebuhr defende que a atividade administrativa se desenvolve por meio de um processo administrativo predeterminado, que tem, para além de natureza formal, "dimensão também material e cujos objetivos vão desde servir como técnica de decisão e organização administrativa até a garantia de direitos e interesses dos particulares envolvidos".[8]

Por sua vez, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari sustentam que o processo administrativo é muito mais do que simplesmente um caminho para a produção dos atos administrativos, mas um instrumento que garante os direitos dos particulares em face de outros particulares, e principalmente em face da própria administração pública.[9]

Em verdade, o processo administrativo constitui uma forma de tornar o ato administrativo válido perante os requisitos jurídicos que o regime jurídico administrativo impõe. Mas não só isso: serve, ainda, para que o cidadão possa conhecer o caminho percorrido pelo ato administrativo até que ele efetivamente produza efeito no mundo dos fatos – e, assim, impacte a esfera jurídica dos indivíduos.

É nesse sentido que caminha os ensinamentos de Odete Medauar, segundo a qual conhecer o processo que formou o ato administrativo permite verificar de que forma a decisão administrativa foi tomada, de modo que o processo administrativo atribui um maior grau de objetividade à atuação administrativa, surgindo-se uma visão mais dinâmica da atividade da Administração, enfatizada no processo de formação do ato e nos seus vínculos instrumentais.[10]

7 HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; BONAT, Debora. O incremento da cidadania através do reforço da participação popular e a crescente judicialização da política. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 112. jan./jun. 2016. p. 128.

8 NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Processo administrativo ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 56.

9 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 26-31.

10 MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 288-289.

Também seguindo essa linha, Gustavo Justino de Oliveira defende que a verdadeira democratização administrativa, cuja instituição foi pretendida pela Constituição de 1988, depende da participação popular na Administração Pública e, principalmente, da participação por meio de processos administrativos.[11] Eis os centrais contornos aqui debatidos: o risco de haver prejuízo ao tratamento isonômico dos cidadãos no âmbito da Administração Pública digital, em razão da desigualdade de acesso às tecnologias.

Ainda, conforme Fabiano Hartmann Peixoto e Debora Bonat, o Poder Público também possui o dever de "prever mecanismos e regras estáveis que propiciem uma prática permanente do debate na sociedade e tornem possíveis acordos coletivos entre os cidadãos".[12] Esse relacionamento deve ser feito mediante processos administrativos, pois o particular que esteja submetido à Administração Pública não pode ter ignorado o seu direito fundamental de ser ouvido e de participar da tomada de decisão.[13]

2.3. A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA POR MEIO DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS ELETRÔNICOS

Envolta nesse cenário, a Administração Pública brasileira passou a ser crescentemente compelida a tornar a sua atuação mais eficiente e transparente, o que levou – e ainda está a levar, em larga medida por conta da Covid-19 – à adoção de processos administrativos eletrônicos. Conceitualmente, os processos administrativos eletrônicos podem ser definidos em sentido amplo como "processos administrativos em que os documentos que o formam estão disponibilizados eletronicamente, de preferência na internet, com amplo acesso pelos interessados, os quais podem se manifestar independentemente de comparecimento presencial".[14]

É bom ressaltar que a tramitação eletrônica dos processos administrativos se apresenta "como o primeiro passo rumo ao desenvolvimento de uma administração pública moderna e tecnológica, atenta aos anseios da sociedade da informação do século XXI, aos direitos fundamentais dos cidadãos e à prestação de serviços públicos digitais com qualidade".[15] Por esse motivo é que se entende que o processo eletrônico vem ao encontro do modelo de Sociedade que foi instituído pela Constituição de 1988, no qual o cidadão possui direitos

11 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 20.
12 HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; BONAT, Debora. O incremento da cidadania através do reforço da participação popular e a crescente judicialização da política. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 112. jan./jun. 2016. p. 134.
13 NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Processo administrativo ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 94.
14 SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. **Processo administrativo eletrônico**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 43.
15 SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. **Processo administrativo eletrônico**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 157.

e o Estado tem o dever de protegê-los.

Portanto, é de se ver que o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, com o deslocamento das bases do regime jurídico-administrativo a uma posição central da ordem constitucional brasileira, possui uma função de suma importância na transformação do agir administrativo, do analógico para o eletrônico. Na verdade, a constitucionalização do Direito Administrativo "representa a grande força motriz da mudança de paradigmas do Direito Administrativo na atualidade", de maneira que os direitos fundamentais dos particulares sejam capazes de influenciar o processo de tomada de decisão.[16]

E mais: a constitucionalização da Administração Pública – e isso também é extremamente relevante para este estudo – buscou trazer a atuação administrativa para mais próximo das pessoas, desistindo daquela relação hierárquica entre o Poder Público e o "administrado" e assumindo uma relação horizontal entre a Administração Pública e o cidadão.[17] Tudo isso de forma a instrumentalizar ao Direito Administrativo as responsabilidades de solver diversos desafios da gestão pública, como é o caso da aproximação dos órgãos e entidades públicas com as ações organizadas da sociedade civil.[18]

Ou seja, com a constitucionalização do Direito Administrativo, a atuação do Poder Público se viu muito mais obrigada a se aproximar da população, a conhecer os seus problemas e a entender as suas angústias, ante o dever de satisfação dos direitos fundamentais dos cidadãos e, consequentemente, a promoção da igualdade na atuação administrativa.

2.4. A REALIDADE QUE SE IMPÕE: A PANDEMIA DE COVID-19

Debatida a constitucionalização do Direito Administrativo e as consequências jurídicas causadas à Administração Pública e aos particulares, como o dever estatal de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos e de garantir um tratamento isonômico, é preciso reconhecer que a realidade tecnológica atual está se impondo sobre a Administração Pública, que gradativamente torna a sua atuação mais eletrônica – movimento alavancado pelas necessidades surgidas com a Covid-19.

Apenas a título de informação, cita-se rapidamente duas situações, dentre inúmeras outras, em que a pandemia impactou fortemente a atuação administrativa e a prestação de serviços públicos, especialmente pela interrupção

16 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 69-71 e 77.

17 MADEIROS, Clayton Gomes de; WACHELESKI, Marcelo Paulo. A Lei de Acesso à Informação e o princípio da transparência na administração pública. **Direito e Administração Pública I**: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI, Florianópolis, nov. 2014. p. 36. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4740fcb3becc721b. Acesso em: 22 ago. 2020.

18 MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 23.

dos expedientes físicos nos órgãos e entidades públicas e pela necessidade de a população permanecer em casa para diminuir o risco de contágio.

Como *primeiro exemplo*, menciona-se o Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) de 2020, adiado para ocorrer no início de 2021 após discussões calorosas sobre a necessidade de adiamento. Nesse ponto, a pandemia trouxe à tona a triste realidade brasileira de que aproximadamente 6,5 milhões de alunos não possuem acesso à internet e estariam, por esse motivo, impedidos de realizar uma preparação adequada para as provas — o causou o surgimento da expressão "Enem da desigualdade".[19]

Como *segundo exemplo*, cita-se o auxílio emergencial instituído pelo Governo Federal na forma de auxílio à população de baixa renda impactada pela pandemia. A principal forma de obtenção deste auxílio se deu por meio de aplicativo de *smartphone*, o que trouxe muitos problemas operacionais e até mesmo impossibilitou a obtenção por aqueles que não possuíam afinidade com a tecnologia.[20]

Se é correto afirmar que a Covid-19 está sendo responsável por evidenciar ainda mais a desigualdade social existente no Brasil, a mesma pandemia tem obrigado a Administração Pública a acelerar o processo de digitalização da sua atuação, como se visualiza nas recentes discussões e implementações da telemedicina[21] e do *home office* de seus servidores.[22]

Contudo, embora a adoção pela Administração Pública de processos administrativos eletrônicos e de novas tecnologias seja uma medida positiva e desejável, capaz de proporcionar benefícios aos cidadãos, não se olvidam os potenciais prejuízos que a informatização administrativa pode causar se não houver o devido planejamento, especialmente no que toca à desigualdade no acesso às tecnologias e à violação do dever de tratamento isonômico.

3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIGITAL E O ACESSO ÀS TECNOLOGIAS

3.1. DEMOCRACIA E O IMPERATIVO DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL NOS RUMOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para se analisar os impactos que a virtualização da atividade administrativa pode trazer ao princípio da igualdade, é preciso, antes, realizar breve

19 LAVIERI, Fernando. O ENEM da desigualdade. **Revista IstoÉ**. 15 mai. 2020. Disponível em: https://istoe.com.br/o-enem-da-desigualdade/. Acesso em 23 ago. 2020.

20 Disponível em: https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/05/15/sem-cep-nem-celular-a-saga-para-conseguir-auxilio-emergencial-de-r-600.ghtml. Acesso em 23 ago. 2020.

21 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo Digital na Implementação de Serviços Públicos para a Concretização de Direitos Sociais no Brasil. **Revista Seqüência (Florianópolis)**, n. 84, p. 209-242, abr. 2020. p. 218.

22 SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. Covid-19 e a importância da administração pública digital. **JOTA**, São Paulo, mar. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/covid-19-e-a-importancia-da-administracao-publica-digital-18032020. Acesso em: 23 ago. 2020.

menção à relação entre democracia e a participação social na Administração Pública, vez que uma está intrinsicamente ligada à outra.

Sobre o tema, Norberto Bobbio ensina que a força da democracia existe justamente na possibilidade de os cidadãos participarem de forma ativa no processo de tomada de decisões administrativas.[23] Por sua vez, Fabiano Hartmann Peixoto e Debora Bonat dizem que a democracia brasileira é representativa e a sua finalidade é aliar valores como a liberdade, a igualdade e a representatividade por meio de instrumentos de controle e fiscalização pelos representados (cidadãos/particulares) em relação aos atos praticados pelos governantes (Administração Pública).[24]

Diz-se isso para demonstrar que a participação dos cidadãos, que somente se torna viável por meio da abertura administrativa, ou seja, da existência de canais em que os cidadãos podem ser escutados pela Administração Pública, é extremamente relevante para a própria democracia.

3.2. A NOÇÃO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIGITAL E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A Administração Pública digital deve, necessariamente, atuar por intermédio de processos administrativos eletrônicos, conforme destacado no tópico anterior. Ao modificar o *locus* da formação do ato administrativo – e, assim, do agir administrativo – para o ambiente eletrônico (digital e virtual), diminui-se o foco na prestação de serviços públicos analógicos, ou seja, não digitais.

Trata-se de um movimento natural e que é esperado, dado que a Administração Pública digital se fundamenta em pilares eminentemente digitais, com vistas a trazer eficiência à gestão pública e a transformar a forma com que se relaciona com os cidadãos:

> No âmbito público, a aplicação de tecnologias na atuação estatal visa a melhor gestão dos serviços e da gestão pública em geral. Essa atuação, comumente designada por "e-Governança" tem como áreas: (i) a e-Administração Pública, que pressupõe a melhoria dos processos governamentais e do trabalho interno do setor público com a utilização das TICs; (ii) os e-Serviços Públicos, que têm como objetivo a melhoria na prestação de serviços ao cidadão; e (iii) a e-Democracia, que visa maior e mais ativa participação do cidadão, por meio do uso das tecnologias de informação e comunicação no processo democrático.[25]

Essa lógica de gestão dos serviços e da gestão pública também pode ser

23 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017. p. 27.

24 HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; BONAT, Debora. O incremento da cidadania através do reforço da participação popular e a crescente judicialização da política. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 112. jan./jun. 2016. p. 111.

25 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo Digital na Implementação de Serviços Públicos para a Concretização de Direitos Sociais no Brasil. **Revista Seqüência (Florianópolis)**, n. 84, p. 209-242, abr. 2020. p. 218.

verificada no plano de ação, lançado pela União Europeia, para acelerar a transformação digital da Administração Pública entre os anos de 2016 e 2020, melhorando a qualidade dos serviços públicos e aumentando a eficiência interna do setor público. Segundo o plano, os serviços públicos digitais "reduzem os encargos administrativos para as empresas e os cidadãos, tornando a sua interação com as administrações públicas mais célere e eficiente, mais conveniente e transparente, bem como menos onerosa".[26]

Um dos princípios tratados pelo referido plano de ação da União Europeia é que os serviços públicos devem ser *digitais por definição*, isto é, a Administração Pública possui o dever de prestar, preferencialmente, os serviços públicos pela via digital. Em outras palavras, "todo serviço público que puder ser prestado digitalmente assim o deve ser, mantendo-se outros canais de acesso para quem não utiliza o meio eletrônico por necessidade ou preferência".[27]

3.3. SERVIÇOS PÚBLICOS DIGITAIS E O ACESSO À TECNOLOGIA

O deslocamento do espectro de prioridade da Administração na prestação de serviços torna ainda mais evidente a exigência de que os cidadãos passem por um processo de adaptação digital. Sobre o assunto, são pertinentes os ensinamentos de Luis Reygadas:

> Os computadores causaram as novas desigualdades? Muitos pensam assim. Que os computadores, a internet e outras novas tecnologias criaram um abismo entre aqueles que os controlam e aqueles que são excluídos deles. Fala-se em divisão digital, de que estamos na sociedade da informação, que é dividida entre info-ricos e info-pobres. [...]
>
> Por outro lado, a internet oferece uma oportunidade de inclusão e amplia as possibilidades da comunicação humana, pode derrubar a torre de Babel que separa os povos e grupos sociais. Segundo essa narrativa, essas tecnologias trarão maior equidade. Em um primeiro estágio, eles podem criar maiores desigualdades, porque poucos têm acesso a essas tecnologias, mas seus benefícios atingirão a maioria da população, como aconteceu com a eletricidade, os carros e outras invenções. Benefícios (tradução nossa).[28]

26 UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – **Plano de ação europeu (2016-2020) para a administração pública em linha**: Acelerar a transformação digital da administração pública. p. 1-14. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0179&from=PT. Acesso em: 23 ago. 2020.

27 SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. **Processo administrativo eletrônico**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 103.

28 No original: "*¿Las computadoras han ocasionado las nuevas desigualdades? Muchos piensan que así es. Que las computadoras, Internet y otras nuevas tecnologías han creado un abismo entre quienes las controlan y quienes están excluidos de ellas. Se habla de la brecha digital, de que estamos en la sociedad de la información, la cual se divide entre info-ricos e info-pobres [...]. Por su parte, Internet ofrece una oportunidad de inclusión y expande las possibilidades de la comunicación humana, puede derribar la torre de Babel que separa a los pueblos y a los grupos sociales. De acuerdo com esta narrativa, estas tecnologías van a traer mayor equidad. Em una primera etapa pueden crear mayores desigualdades, porque sólo unos cuantos tienen acceso a esas tecnologías, pero después sus benefi-*

Isto é, para que o cidadão possa se relacionar com a Administração Pública digital, que presta serviços públicos digitais, não basta que ele compareça à estrutura física do órgão ou entidade pública, mas que ele esteja inserido no mundo digital, seja por meio de um computador pessoal, seja por meio de um celular com acesso à internet.

E isso não é fácil em se tratando da realidade brasileira.

Se é verdade que a prestação adequada dos serviços públicos desencadeia a "concretização do princípio da dignidade humana e dos direitos fundamentais sociais, na medida em que inexoravelmente se referem a serviços essenciais para o exercício da cidadania e da democracia", também é verdade que a Administração Pública brasileira, em razão do modelo de Estado instituído pela Constituição de 1988, tem o dever de "zelar, enquanto prestadora de serviços públicos digitais e mantenedora de um modelo de Governo digital, pela eficiente prestação dos serviços à população". Ou seja, "[d]eve-se garantir o acesso às tecnologias para que o desenvolvimento de um ambiente tecnológico não desvincule os serviços públicos daquele seu objetivo de concretização dos direitos sociais à população".[29]

Acontece que a percepção que se tem é que os benefícios decorrentes da adoção de novas e modernas tecnologias pela Administração Pública brasileira são mais facilmente observados na esfera federal[30] e estadual, que gozam de uma estrutura administrativa maior e mais organizada em relação a muitos municípios brasileiros. Entretanto, a dificuldade em se verificar a prestação de serviços públicos digitais por parte da imensa maioria dos municípios brasileiros é uma realidade que incomoda e mesmo constrange, em especial pelas municipalidades que estão localizadas no interior do Brasil.

Ninguém duvida que a impessoalidade é um dos pilares incorporados pela Constituição impositivo ao Poder Público (artigo 37 da Constituição de 1988). Também não é segredo que a impessoalidade é potencializada pela incorporação de uma Administração Pública digital, dado que permite o relacionamento público-privado via internet — o que diminui o risco de haver privilégios e de rompimento do tratamento isonômico.

Acontece que o excesso de impessoalidade causado pela adoção de

cios llegarán a la mayoría de la población, como há sucedido con la electricidad, el automóvil y otros inventos [...]". REYGADAS, Luis. **La apropiación**: destejiendo las redes de la desigualdade. México: Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa, 2008. p. 190-191.

29 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo Digital na Implementação de Serviços Públicos para a Concretização de Direitos Sociais no Brasil. **Revista Seqüência (Florianópolis)**, n. 84, p. 209-242, abr. 2020. p. 222.

30 Sobre o desenvolvimento e adoção de novas tecnologias no âmbito da Administração Pública federal, em especial os instrumentos de automação da defesa judicial, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; HAHN, Tatiana Meinhart. Instrumentos de automação da defesa judicial aplicados pela administração pública federal brasileira: do eletrônico ao digital. **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**, Florianópolis, v. 1, n. 18, p. 127-143, 2019.

tecnologias pode, em alguns casos, desumanizar a Administração Pública, uma vez que "os cidadãos deixam de encontrar um rosto, um nome para o seu contato junto às estruturas administrativas, criando-se um abismo de impessoalidade".[31]

Esta impessoalidade extrema pode ser mesmo até perigosa quando se está diante de um universo com milhares de municípios isolados – física e politicamente – , em que a população muitas vezes não possui mínima afinidade com as tecnologias digitais (analfabetismo digital), o que acaba por gerar o risco de dualização: conectados *versus* desconectados, consistente no que se convém chamar de "exclusão digital",[32] "infomarginalidade, muralha, cortina ou brecha digital".[33]

É preciso evitar que políticas públicas como a informatização da Administração Pública, que podem revolucionar a atuação administrativa para a melhor, transformando a maneira de se relacionar com os cidadãos, tenham consequências justamente opostas àquelas visadas, acabando por alijar e marginalizar grupos de indivíduos que têm dificuldade de se adaptar às novas tecnologias.

É necessário planejamento. Não se pode esquecer das dificuldades inerentes à realidade brasileira, como se a adoção das tecnologias pura e simplesmente resolveria os problemas e atenderia às necessidades da população. Necessário, a bem da verdade, primar pela "centralidade do nosso compromisso com a promoção da inclusão digital, de forma a aplacar a exclusão, sobretudo a população mais pobre e vulnerabilizada, razão primeira das mais variadas políticas públicas sociais".[34]

Sobre o tema, importa salientar a hipótese de que existem governos que "transformam os cidadãos em meros alvos de políticas, em vez de constituí-los como sujeitos políticos autônomos; regimes supervisionam e regulam todos os aspectos da vida", sendo que as sociedades que sofreram o domínio colonial europeu estão aparentemente mais suscetíveis a apresentar uma "conexão entre a fragmentação da cidadania e uma hierarquização e categorização resilientes da população em subgrupos". Nesse processo perene de estratificação social, "as categorias são usadas desde os tempos coloniais e incorporadas à vida

31 OTERO, Paulo. **Manual de direito administrativo**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2013. p. 489.

32 BREGA, José Fernando Ferreira. **Governo eletrônico e direito administrativo**. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 127.

33 HUESO, Lorenzo Cotino. Derechos del ciudadano. In: GAMERO CASADO, Eduardo; VALERO TORRIJOS, Julián (Coord.). **La ley de administración electrónica**: comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Cizur Menor: Aranzadi, 2008. p. 159.

34 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo Digital na Implementação de Serviços Públicos para a Concretização de Direitos Sociais no Brasil. **Revista Seqüência (Florianópolis)**, n. 84, p. 209-242, abr. 2020. p. 231.

cotidiana e ao comportamento social dos indivíduos" (tradução nossa).[35]

Inclusive, embora a ideia de adoção de tecnologias pelo Poder Público seja uma iniciativa que busca satisfazer as necessidades dos cidadãos, não se pode ignorar o fato de que as tecnologias também podem ser mal utilizadas por governos autoritários ou que tenham pouco apreço à democracia e às liberdades individuais. Com efeito, conquanto as novas tecnologias permitam uma participação mais efetiva e controle social, o Estado também passa a ter novos meios para aumentar o seu controle sobre as pessoas, como, por exemplo, utilizando-se de sistemas de vigilância difusos e controlando os meios digitais.[36]

O fato é que existem cidadãos que não estão acostumados a utilizar rotineiramente a tecnologia para as suas tarefas diárias, e aqueles que não receberam as devidas instruções (por questões territoriais, sociais etc.) podem estranhar e se sentir alijados da atuação administrativa diante de uma Administração Pública integralmente eletrônica, que impossibilita a aproximação física dos serviços públicos aos cidadãos.[37]

3.4. OS RISCOS DA DESIGUALDADE DIGITAL PARA A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA

A desigualdade digital pode ter diversas origens, as quais normalmente estão "relacionadas às condições físicas do indivíduo, a aspectos cognitivos ou motivacionais e às características sócio-demográficas, tais como nível de instrução, renda, condição profissional, língua, etnia, idade, gênero e localização geográfica".[38]

Dessa forma, a dificuldade de adaptação às tecnologias enfrentada por determinadas pessoas não deve ser ignorada sob o pretexto de que a Administração Pública digital proporciona diversos benefícios à cidadania, uma vez que pode "ocorrer discriminação entre usuários e atribuição de atividades a um grupo restrito de servidores de boa vontade", ocasionando

35 No original: "*He examines the processes involved in the interdependence between different societies, as well as the influence of the regime on different stratification axes. These axes consist of techniques and technologies of rule that make citizens into mere targets of policies rather than constituting them as autonomous political subjects; regimes supervise and regulate all aspects of life. Particularly those societies that experienced European colonial rule exhibit a connection between the fragmentation of citizenship and a resilient hierarchization and categorization of the population into subgroups. In this perpetual process of classification and regulation, categories are used that date back to colonial times and are incorporated into daily life as well as into the social behavior of individuals*". BRAIG, Marianne; COSTA, Sérgio; GÖBEL, Barbara. Social Inequalities and Global Interdependencies in Latin America: a provisional appraisal. **Working Paper Series 100**, Berlin: desiguALdades.net International Research Network on Interdependent Inequalities in Latin America. 2016. p. 12.

36 SCHWAB, Klaus. **The fourth industrial revolution**: what it means, how to respond. 14 jan. 2016. Disponível em: https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond. Acesso em: 22 ago. 2020.

37 OTERO, Paulo. **Manual de direito administrativo**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2013. p. 489.

38 BREGA, José Fernando Ferreira**. Governo eletrônico e direito administrativo**. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 127.

uma tendência de concentrar o poder nas mãos de poucos.[39]

Essa realidade pode fazer com que parcelas da população sejam marginalizadas e mesmo deixem de receber assistência da Administração Pública. E qual o motivo disso? A falta de afinidade com as novas tecnologias ou de acessibilidade, de modo que a prestação dos serviços públicos digitais fique prejudicada em relação a esses cidadãos.

Adaptando-se os ensinamentos de Jérôme Tadié, tem-se que os cidadãos sem acesso às tecnologias podem se tornar invisíveis, sendo a invisibilidade resultado das diferenças existentes "entre o que aparenta existir e o que realmente está acontecendo na sociedade, como se o que é visível do lado de fora e o que está acontecendo do lado de dentro existissem em mundos paralelos" (tradução nossa).[40]

Inclusive, a questão da desigualdade de acesso às tecnologias e os efeitos que isso traz aos cidadãos também podem ser objeto de estudo das ciências sociais:

> As ciências sociais permitem enxergar o que não é visto, ou é malvisto. O que elas trazem aparece na relação do pesquisador com seu objeto e seu público. Às vezes, essa relação tem muito a ver com as mídias, que os pesquisadores em ciências sociais ganhariam caso as estudassem mais profundamente: as tecnologias sobre as quais se baseiam, a formidável novidade que representou a internet, muito mais do que qualquer outra tecnologia, e o funcionamento das redes que ela permite, assim como a confiança e a legitimidade que delas surgem, ou não.[41]

Contudo, não se pode ignorar que em certos casos a ausência de afinidade com as tecnologias, que enseja a sua não utilização, pode decorrer da própria vontade do cidadão, que exerce livremente a sua vontade de permanecer alheio às tecnologias – não sendo raro encontrar situações em que indivíduos optam por não ter *smartphones*, por exemplo. A propósito, cita-se um trecho narrado por Boike Rehbein, Jessé Souza e Surinder Jodhka, referente a uma entrevista realizada com um camponês residente em localidade remota:

> Um bom exemplo seria um camponês que entrevistamos em uma vila remota localizada em um lindo vale montanhoso. Ele reconheceu explicitamente a beleza do lugar e argumentou que não iria querer sair justamente por isso. Ele acrescentou que tinha tudo o que precisava e muito mais. Na cidade, as pessoas podem ter acesso à tecnologia e a bens de consumo, mas não ao ar puro, ao sossego e à natureza. "Moramos aqui há gerações.

39 BREGA, José Fernando Ferreira**. Governo eletrônico e direito administrativo**. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 278.

40 No original: "*Invisibility results from differences between what seems to exist and what is actually happening, as if what is visible outside and what is happening inside existed in parallel worlds*". TADIÉ, Jérôme. **Night & invisibility in Jakarta**. Explorations in space and society, n. 35. March, 2015.

41 CALHOUN, Craig; WIEVIORKA, Michel. Manifesto para as ciências sociais. **Revista Sociedade e Estado**, v. 30. n. 3. set./dez. 2015. p. 615.

> Nossos ancestrais escolheram este lugar porque é auspicioso. Sei que o governo nos considera pobres e atrasados, mas não acho possível encontrar um lugar melhor" (tradução nossa).[42]

Outra consequência da falta de universalização digital é a inevitável desconfiança dos cidadãos com menos acesso à tecnologia diante de ferramentas eletrônicas que não dominam. Nem mesmo "a eficiência e a rapidez numa decisão desmaterializada fazem desaparecer uma genérica desconfiança dos cidadãos", de modo que eles se sentem "menos cidadãos perante uma realidade administrativa que desconhecem".[43]

O princípio da igualdade, portanto, pode sofrer prejuízos com a adoção descoordenada de processos administrativos eletrônicos pela Administração Pública e da prestação de serviços públicos em plataformas digitais.

Como visto, se por um lado o tratamento isonômico é reforçado no processo eletrônico de tomada de decisões, tendo em vista a impessoalidade fortalecida pelas ferramentas digitais, por outro corre-se o risco de aprofundar a desigualdade entre os cidadãos, na medida em que aqueles que têm acesso aos meios tecnológicos terão mais oportunidades de se relacionar com a Administração Pública do que os restantes dos cidadãos que não se encontram na mesma posição privilegiada, os quais, por questão de idade, educação ou local em que reside, não possuem vocação ou contato com essas novas tecnologias.[44]

Trata-se de um risco grave, porque a participação social é "peça fundamental no aperfeiçoamento da democracia deliberativa", sendo que a participação social contribuir significativamente para isso. O Poder Público e a Sociedade devem criar novos instrumentos para auxiliar no desenvolvimento da técnica de participação, sob a lógica de que "o binômio, informação e participação, deve fazer parte do cotidiano dos cidadãos, independentemente de sua classe ou conhecimento técnico". Nesse sentido, não há dúvidas de que "o povo precisa ser educado para a participação".[45]

Enfim, o princípio da igualdade, entendida como utopia política e jurídica, apenas é capaz de gerar "bons frutos como diretiva quando acompanhada de uma cidadania ativa lastreada em outras diretrizes de

42 No original: "*A good example would be a peasant we interviewed in a remote village set in a beautiful mountain valley. He explicitly acknowledged the beauty of the place and argued that he would not want to leave because of this. He added that he had everything he needed and more. In town, people might have access to technology and consumer goods but not to clean air, quiet and nature. "We have lived here for generations. Our ancestors have chosen this place because it is auspicious. I know that the government considers us poor and backward but I do not think it is possible to find a better place*". JODHKA, Surinder; REHBEIN, Boike; SOUZA, Jessé. **Inequality in capitalist societies**. London/New York: Routledge, 2018. p. 63.

43 OTERO, Paulo. **Manual de direito administrativo**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2013. p. 489.

44 OTERO, Paulo. **Manual de direito administrativo**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2013. p. 489.

45 HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; BONAT, Debora. O incremento da cidadania através do reforço da participação popular e a crescente judicialização da política. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 112. jan./jun. 2016. p. 139.

solidariedade e de democracia, cuja maturação atravessa um contínuo processo de aperfeiçoamento".[46]

Nesse contexto, inegável que a Administração Pública digital entrega diversos benefícios à Sociedade, mas também pode gerar danos aos cidadãos que não possuem afinidade com a tecnologia, independentemente dos seus motivos para estarem nessa situação. Considerando que uma Sociedade democrática é aquela que o cidadão participa da Administração Pública e das decisões que são tomadas, inadmissível que a questão da desigualdade digital seja mais ou menos ignorada ou relegada à condição de problema menor.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na realidade da Sociedade brasileira do século XXI, com o surgimento de novas e modernas tecnologias, a Administração Pública passa a se tornar cada vez mais digital, na esteira de processos administrativos eletrônicos e serviços públicos digitais, com vistas à satisfação dos direitos fundamentais dos cidadãos e prezar pelo tratamento isonômico. Além disso, desde a Covid-19 o Poder Público sentiu ainda mais a necessidade de informatizar a sua atuação, tornando-a mais digital do que nunca – atendimento da população por meios eletrônicos.

É certo que a Administração Pública digital pode gerar inúmeros benefícios aos cidadãos, tendo em vista que a sua consolidação visa à melhoria da prestação de serviços públicos e à abertura administrativa para a apresentação de informações pelos indivíduos eventualmente interessados nos processos que podem impactar a esfera jurídica dos indivíduos. Esses benefícios decorrem de uma característica simples da administração pública digital: ela está permanentemente aberta de forma *online*.[47]

Por outro lado, a informatização da Administração Pública, ou seja, a transformação da Administração Pública em digital, capaz mesmo de revolucionar a atuação administrativa e a forma de se relacionar com os cidadãos, pode acabar por alijar e marginalizar grupos de indivíduos que possuem dificuldade de se adaptar às novas tecnologias, seja por opção própria (e legítima, que deve ser respeitada) seja por inacessibilidade.

Nesse sentido, levando-se em consideração que uma Sociedade democrática é aquela que o cidadão participa efetivamente da Administração

46 HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; BONAT, Debora. A "trava bancária" na recuperação judicial e o princípio da preservação da empresa. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 23, 2016. p. 776.

47 HUESO, Lorenzo Cotino. Derechos del ciudadano. In: GAMERO CASADO, Eduardo; VALERO TORRIJOS, Julián (Coord.). **La ley de administración electrónica**: comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Cizur Menor: Aranzadi, 2008. p. 121-122.

Pública e das suas decisões, portanto, com o poder de influí-las, tem-se que a desigualdade digital não pode ser ignorada pelas políticas públicas de digitalização do Poder Público. É preciso planejamento e políticas de inclusão digital para que a Sociedade possa usufruir das possibilidades trazidas pela prestação de serviços públicos digitais.

Em síntese, parece inegável que a Administração Pública digital tem o potencial de proporcionar diversos benefícios ao cidadão, mas também pode aprofundar a desigualdade existente entre aqueles que possuem mais afinidade com as novas tecnologias e aqueles que não têm o conhecimento necessário para se adaptar rapidamente às transformações digitais (desigualdade digital), de forma a alijar da prestação dos serviços públicos em plataformas digitais uma grande parcela da população, não por acaso e em geral os mesmos excluídos e invisíveis de sempre. Aplacar essa triste previsão é sim uma questão central aos debates em torno da noção de Administração Pública digital.

REFERÊNCIAS

BREGA, José Fernando Ferreira. **Governo eletrônico e direito administrativo**. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

CALHOUN, Craig; WIEVIORKA, Michel. Manifesto para as ciências sociais. **Revista Sociedade e Estado**. v. 30. n. 3. set./dez. 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo Digital na Implementação de Serviços Públicos para a Concretização de Direitos Sociais no Brasil. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 84, p. 209-242, abr. 2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; HAHN, Tatiana Meinhart. Instrumentos de automação da defesa judicial aplicados pela administração pública federal brasileira: do eletrônico ao digital. **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**, Florianópolis, v. 1, n. 18, p. 127-143, 2019.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; BONAT, Debora. **A "trava bancária" na recuperação judicial e o princípio da preservação da empresa**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 23, 2016.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; BONAT, Debora. O incremento da cidadania através do reforço da participação popular e a crescente judicialização da política. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 112. jan./jun. 2016.

HUESO, Lorenzo Cotino. Derechos del ciudadano. In: GAMERO CASADO, Eduardo; VALERO TORRIJOS, Julián (Coord.). **La ley de administración electrónica**: comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Cizur Menor: Aranzadi, 2008.

JODHKA, Surinder; REHBEIN, Boike; SOUZA, Jessé. **Inequality in capitalist societies**. London/New York: Routledge, 2018.

LAVIERI, Fernando. O ENEM da desigualdade. **Revista IstoÉ**. 15 mai. 2020. Disponível em: https://istoe.com.br/o-enem-da-desigualdade/. Acesso em 23 ago. 2020.

MADEIROS, Clayton Gomes de; WACHELESKI, Marcelo Paulo. A Lei de Acesso à Informação e o princípio da transparência na administração pública. **Direito e Administração Pública I**: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI, Florianópolis, nov. 2014. p. 36. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4740fcb3becc721b. Acesso em: 03 nov. 2018.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Prefácio. In: SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de manifestação de interesse (PMI)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Processo administrativo ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A Administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 104. p. 303-322. jan./dez. 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OTERO, Paulo. **Manual de direito administrativo**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2013.

REYGADAS, Luis. **La apropiación**: destejiendo las redes de la desigualdade. México: Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa, 2008.

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. A inteligência artificial aplicada à criação de uma central de jurisprudência administrativa: o uso das novas tecnologias no âmbito da gestão de informações sobre precedentes em matéria administrativa. **Revista do Direito (UNISC)**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 50, p. 18-34, jan./abr. 2020. Disponível em: https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/14981/8934. Acesso em: 23 ago. 2020.

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. Covid-19 e a importância da administração pública digital. **JOTA**, São Paulo, mar. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/covid-19-e-a-importancia-da-administracao-publica-digital-18032020. Acesso em: 23 ago. 2020.

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. **Processo administrativo eletrônico**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SCHWAB, Klaus. **The fourth industrial revolution**: what it means, how to respond. 14 jan. 2016. Disponível em: https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond. Acesso em: 22 ago. 2020.

TADIÉ, Jérôme. Night & Invisibility in Jakarta. **Explorations in space and society**, n. 35. March, 2015. ISSN 1973-9141.

UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – **Plano de ação europeu (2016-2020) para a administração pública em linha**: Acelerar a transformação digital da administração pública. p. 1-14. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0179&from=PT. Acesso em: 23 ago. 2020.

8. LA IMPLEMENTACIÓN DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DIGITAL EN MÉXICO

Nancy Nelly González Sanmiguel

Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Profesora de tiempo completo en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel candidato. Líder del Cuerpo Académico Administración Pública y Derecho Financiero. Correo: nancygonsa09@hotmail.com

Sergio Adrián Lara Lara

Cursando la Maestría de Derecho Fiscal, Licenciado en Derecho por la Universidad La Salle Victoria. Asesor jurídico del Gobierno Municipal de Guerrero, Tamaulipas. Asesor de candidatos independientes a cargos de elección popular y partidos políticos en Materia de fiscalización. Correo: adrianla93@gmail.com

Zulma Aideé Ileana García de la Cruz

Estudiante en Licenciatura en Derecho por la Facultad de Derecho y Criminología en la Universidad Autónoma de Nuevo León, Participante en la Olimpiada Nacional Estudiantil sobre Derechos Humanos en su séptima y octava edición, Coordinadora y moderadora en Congresos nacionales e Internacionales. Correo: zulmagarcia021@gmail.com

Sumario: 1. Consideraciones iniciales; 2. Conceptualización de la administración pública; 3. División de la administración pública; 4. Tecnología y la implicación con el derecho administrativo; 5. Modernización de la administración pública; 6. SAT. Cambio referente a la firma electrónica, y comprobantes electrónicos; 7. Declaraciones, contabilidad electrónica, notificación y obligación del buzón tributario; 8. Servicios digitales sujetos a impuesto al valor agregado; 9. La transformación de la tecnología en la impartición de justicia; 10. Consideraciones finales; Bibliografía.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

La tecnología ha impactado dentro de diversos campos incluyendo al mundo jurídico, llevando a este a la inmersión en la era digital, la automatización de los procesos y hacia la búsqueda de la impartición de justicia por medios digitales, en este artículo analizaremos los efectos de esta modernización en la Administración Pública.

Dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se concibe la formación de la Administración Pública y, a pesar de la nueva era del mundo virtual, sigue la misma conformación de hace un siglo, si bien se han

dado algunos cambios dentro de las paraestatales, pues las mismas constituyen las empresas productivas del Estado, y se considera que están pueda dar más efectividad en la proporción de los recursos y servicios que nos deben brindar a los ciudadanos, la estructura básica sigue siendo la misma.

La coyuntura de la tecnología dentro de la Administración Pública arroja señales en cómo se dará la inclusión de la misma y el cómo será la forma de dirigir el gobierno electrónico ya que:

> la incorporación de las tecnologías en las normas ha representado un impacto en la forma organizativa del Derecho Administrativo, teniendo que relacionar la responsabilidad de este con la innovación en los procesos, teniendo que dirigirse a un cambio de paradigmas debido a la conexión tan rápida de la información, eficientizando ciertos tramites y también dando la oportunidad de que se transparenten las acciones del Estado a través de la publicación digital de ciertos informes[1].

El presente artículo abordará aquellos aspectos de la administración pública que se cambian con el uso de la tecnología y, nos enfocaremos en el cambio radical que se suscita a través de la aprobación de la firma electrónica avanzada, que constituye por primera vez el órgano desconcentrado del Servicio de Administración Tributaria de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, llevando más lejos la fase de la digitalización de la administración y que representa un precedente de la transformación de la impartición de justicia dentro de la materia administrativa.

La importancia de estos temas se da en lo referente a la concepción de la Tecnología dentro del Derecho Administrativo y en observar cómo la transformación de los procesos se da a la par de cambios sociales y culturales que se vinculan a la utilización del internet de una manera más normal dentro de nuestra vida, y que trae grandes consecuencias dentro del derecho, tanto en sus implicaciones actuales y modificaciones en ciertos derechos y obligaciones.

2. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La administración pública siendo una ciencia normativa le compete el deber ser, la estructura dentro del poder Ejecutivo y su configuración da forma al área administrativa, la cual realiza la prestación de los servicios públicos, consistiendo en trabajos públicos, con el fin de lograr los objetivos del Estado.

Uno de los principales factores que influye en la eficacia y eficiencia de la Administración, sino es que el más importante, es una buena organización administrativa, ya que con los recursos otorgados por el poder político se

1 GONZÁLEZ SANMIGUEL, Nancy Nelly, "El Derecho protección y la regulación del uso de las nuevas tecnologías desde el Derecho Administrativo", en **Revista Electrónica do curso de Direito da UFSM – Qualis A1**, volumen 14, año 2019, ISSN 1981-3694, pág. 3.

pueden atender los interés o asuntos de los ciudadanos generando el bienestar común, siempre y cuando se siga un orden jurídico, esto incluye los elementos de carácter técnico, político y jurídico que sirven para englobar un conjunto de áreas de servicio público, financiero, socioeconómico, etcétera.

El gobierno de cada nación se encarga de organizar y gestionar los intereses de la población, es por ello que es indispensable que se especifiquen todos los servicios y actividades provenientes de la administración; se podría afirmar que la administración pública es el puente entre el Estado y el ciudadano.

En el ámbito democrático, el poder de la administración pública está limitado al estado de derecho, para así evitar un posible abuso de parte de las entidades y organismo públicos que se encuentran en el Estado.

3. DIVISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En el artículo 90 constitucional se encuentra la conformación de la administración pública que se establece en México, en forma centralizada y paraestatal. Una característica de la centralización es la uniformidad en la cual se basa esta para brindar la prestación de los servicios públicos, así como también la forma en que se deben de aplicar las leyes. Empleando de esta forma la centralización administrativa como manera organizacional establecida para someter el control desde un ente central, por lo queda como resultante una unidad encargada de la toma de decisiones, así como el derecho de poder asignar por el titular máximo de quienes están dentro de los órganos administrativos generando con esto una uniformidad de la aplicación de las normas jurídicas, por lo tanto:

> Los órganos de la administración no están dotados de personalidad jurídica propia e independiente de la personalidad jurídica del Estado, y tienen entre sí una relación jerárquica con diferentes grados y niveles, pero siempre respetando las instrucciones y directivas que imparte el órgano superior[2].

¿Qué quiere decir todo esto?, que la centralización administrativa se apoya de una organización piramidal, de tal manera que los órganos de menor jerarquía se subordinan a los de mayor jerarquía, y así continuamente hasta llegar al punto más alto de la administración.

Hasta cierto punto de la historia, la centralización de la Administración Pública Federal en México funcionó y fue crucial para el crecimiento de la parte económica y social que tuvo su desarrollo en la prestación de los servicios

2 DEL GIORGIO SOLFA, Federico y GIROTTO, Luciana Mercedes **Aportes conceptuales para la gestión pública: Temas vinculados a la función administrativa del Estado.** Revista Cambios y Permanencias, vol. 7, 2016, pág. 498. ISSN 2027-5528, https://www.aacademica.org/del.giorgio.solfa/133.

públicos. Sin embargo, a inicios de la década 70´s se dieron los primeros avances para revertir el proceso mediante mecanismos que se centraban en la necesidad de la planeación y la coordinación intergubernamental.

La Administración Pública se divide también en las paraestatales, que se conforman por los organismos descentralizados, instituciones que tienen el control del presupuesto de una manera directa e indirecta para ejercer las funciones que les competen, entre estas se encuentran: los organismos descentralizados sectorizados, no sectorizados y considerados institutos nacionales de salud, centros públicos de investigación, empresas de participación estatal mayoristas, también las consideradas dentro de esta como instituciones de Banca de Desarrollo, Instituciones Nacionales de Seguros y Centros Públicos de Investigación, fidecomisos públicos, empresas productivas del Estado[3].

Consideramos que en México, la Administración Pública se ejerce desde un posición vertical del poder, esto consiste en efectuar los gobiernos a través de la centralización, debido a que si se concede la independencia hacia los gobiernos a través de los municipios y los Estados, entonces se cambiarían las funciones y los poderes públicos para ejercer las actividades de la propia Administración, resultando en el problema de ejercer el poder hacia la centralización, observando así que en nuestro país la conformación de la Administración Pública se ejerce como ya se ha dicho a través de la centralización y las paraestatales.

Una sociedad necesita ir evolucionando y es por ello por lo que la administración pública también lo hizo. Hablar de administración pública se hace todavía más crucial cuando se toman en cuenta las crisis que se presentan, sobre todo la financiera, ya que ha estado vinculada a la incapacidad de regular de la manera más idónea diversos conflictos de gran envergadura para los mandatos nacionales con respecto a los internacionales en sí. De tal modo, que las administraciones públicas combaten una serie de conflictos que las han forzado a cuestionarse sobre la magnitud e incluso fallas de esta y de la participación que juegan dentro del referido Estado.

4. TECNOLOGÍA Y LA IMPLICACIÓN CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Hoy, el crecimiento de la economía global y de la oleada de intercambio poblacional, económico y legal han ocasionado que las administraciones contemporáneas hagan frente a nuevas problemáticas y que los pasados se hayan reformado de forma considerable. La administración pública, que

3 **Relación de Entidades Paraestatales de la Administración Pública Federal**, publicado el 15 de agosto del 2019 en el Diario Oficial de la Federación, véase en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?-codigo=5568027&fecha=15/08/2019, consulta agosto del 2020.

indudablemente ha pasado de ser un accesorio a ser un elemento que en esencial, dado que determina la factibilidad de las políticas.

En el área de la administración pública, la tecnología informática se considera como "el estudio, diseño, desarrollo, puesta en práctica, ayuda o gerencia de los sistemas informáticos computarizados, particularmente usos del Software y Hardware"[4] y, ha permitido hacer más eficaz el desempeño de los órganos administrativos a través de las plataformas digitales que se han configurado dentro de la Administración Pública, así como las páginas, bases de datos de información, entre otros, que permiten al funcionario público agilizar los procedimientos y movilizar los trámites administrativos tanto internos, como para los particulares.

En el ámbito fiscal, es una realidad que previo a las reformas del año 2013 al Código Fiscal de la Federación (CFF) en materia de documentos digitales, se ha implementado en nuestro sistema la posibilidad de recabar información de los contribuyentes, de cumplir las obligaciones formales, realizar el pago de contribuciones y efectuar diversos trámites y registros mediante el aprovechamiento de los mecanismos informáticos y de comunicación masiva.

La estabilización del sistema político se logra a través de un lineamiento de institucionalismos hacia las causas y efectos del estudio de la administración pública, integrando dentro de éste el marco normativo que ayude a la contribución de los servicios que nos proporcionen resultados de una manera más eficiente y eficaz, para lograr esa transacción de reducción de los costos dentro de los gastos de la misma y que han de influir para establecer las estrategias y las formas de regulación de los actores que intervienen dentro de ésta.

Recordando que la administración pública tiene un vigilante del cumplimiento de sus acciones y que somos nosotros los gobernados que pedimos esa exigibilidad acerca de un mejor entorno a la satisfacción de nuestras necesidades, las cuestiones de las actividades de la administración pública es un tema prioritario en una sociedad que pide el cumplimiento de dichas tareas.

5. MODERNIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La pregunta sería en el siglo XXI, ¿qué tanto avance ha habido con respecto a la modernización de la Administración Pública en México?, podemos ver cómo la estructura desde 1917, no se ha modificado en lo referente a la división de la áreas centralizada y paraestatal, sin embargo se pueden apreciar cambios evidentes en la última década en tanto que se han creado empresas para tener un

4 RIASCOS ERAZO, Sandra Cristina. Modelo para la evaluación de la efectividad de la tecnología informática en el entorno empresarial. Bogotá: Revista Ingeniería e Investigación Vol. 28 No. 2, agosto de 2008, p. 159.

mejor desarrollo en las actividades estratégicas y la permisión de la intervención de los particulares en el manejo de estas, todo ello con el objetivo de poder brindar los servicios que les competen. Las modificaciones de este tipo de estructura de paraestatal se pueden apreciar en las materias de hidrocarburos y de energía eléctrica, y con ello se puede constatar que en el aspecto burocrático no se ha tenido un avance significativo, ya que los trámites que se deben realizar ante la administración son exhaustivos y extenuantes para llevar acabo ciertas acciones dentro de la Administración aun en estas materias.

La modernización aplicada al ámbito gubernamental se va desarrollando ante la necesidad de atender los cambios tecnológicos y las propias percepciones de la sociedad que se van teniendo con respecto a la tecnología y cómo esta facilita procesos, por ejemplo, en la utilización de los egresos para la satisfacción de las necesidades de los gobernados. Se concibe que la modernización se da también en torno a las variaciones que se presentan en las diversas áreas como son las cuestiones políticas, económicas y sociales, esto para dar un impulso que permita confrontar las exigencias de la sociedad.

Actualmente las instituciones siguen abriendo nuevos caminos y transformándose para tener un gobierno moderno, pues a través de variados programas se busca encauzar a productos eficientes con los cuales se busca la optimización de los recursos, dando mejor calidad en los servicios que se prestan, así como también para lograr que los pasos para obtenerlos se reduzcan y sean más sencillos.

La ausencia de una regulación dentro de los procesos, así como la falta de sistematización es lo que provoca el retroceso del crecimiento de la Administración Pública, observando que falta una base de sistemas informativos, así como el control y manejo de estos para poder ir creciendo entorno al desarrollo de la tecnología, tendiente a la satisfacción de los gobernados.

Lo que permite apreciar el avance dentro de la modernización de la Administración Pública es la estandarización de los procesos, observando cualidades tales como la unificación, la simplificación y la eficacia de los procesos. Esto provoca un giro hacia el uso de las herramientas tecnológicas que ayuden al fortalecimiento del proceso, así como con la sistematización se logra que los procesos sean eficaces y eficientes para llegar a obtener un sistema homogéneo dentro de la Administración Pública en la cual exista un sistema que sea fácil y sencillo de poder introducir la información y que sea amigable, viendo ciertas características hacia la era de la digitalización de la documentación tales como poder generar un resguardo seguro de la información, evitar el uso excesivo del papel cuidando el medio ambiente, generando un factor ecológico, además con esto se pudiera evitar tanto resguardo de información en papel y el uso del

espacio físico. Por eso, el uso sistemático gira hacia una buena opción para la Administración Pública para recibir, obtener y cuidar la información.

Para poder llevar este reto, la Administración Pública debe establecer un objetivo que quiera implementar para llegar a éste, eligiendo de manera correcta las estrategias para poderlas implementar y con esto solucionar los problemas que se pudieran vislumbrar a corto y largo plazo en la propia implementación.

Para lograr lo anterior, se debe asumir dicho reto a través del cambio ideológico de aquellos que participan en la administración y lo que se dispone en las normas jurídicas, estableciendo primero la identificación de dicho cambio hacia la era de la digitalización, después priorizando cuáles son los trámites y servicios que pueden migrar a este tipo de sistemas y que sean los más necesarios y útiles para los gobernados, teniendo estos puntos deben identificarse las modificaciones a realizar para los acciones que se tengan que hacer, garanticen un fácil acceso y sobre todo seguridad en la información, también se deben de tener en cuenta las cuestiones del presupuesto para invertir en dicho cambio y establecer cómo se va llevar acabo su reglamentación y las sanciones pertinentes en caso de que transgreda algún sistema de la Administración Pública, cuidando vulneraciones a la información privada en actos cometidos por piratas informáticos, para dar confianza a los administrados.

Mediante la modernización administrativa se pretende conseguir una Administración receptiva, fácil para el ciudadano, que hace buen uso de las tecnologías, eficaz pero también eficiente y profesional.

La democracia ha influido en los gobiernos con respecto al cambio dentro de la gestión de la Administración pública, logrando con esto dar una legitimidad a este proceso, con la aceptación de trámites y la prestación de los servicios que se necesitan para evitar las demandas de los ciudadanos y tener una mayor transparencia hacia la utilización de los recursos públicos, por lo que con esto se ve la necesidad de fomentar el avance del acercamiento por medio de la tecnología de la Administración Pública y promover la participación ciudadana viendo la posibilidad de indicar los cambios hacia dónde se debe dirigir esta función pública.

La tecnología ya no es un obstáculo ni una excusa. Si bien es más que posible que no hayamos tocado techo en este sentido, hemos avanzado lo suficiente como para afrontar este reto con confianza y seguridad, siendo la visión de una Administración Pública proactiva la que dirige la operación de los medios e instrumentos adecuados para interactuar con los sujetos dentro de su relación jurídica, es decir con los ciudadanos, con los organismos o entre niveles de la Administración Pública.

Para llegar a la optimización en la gestión de documentos es necesaria una informática jurídica, y Téllez Valdés nos define la misma como aquella: "técnica interdisciplinaria que tiene por objeto el estudio y la investigación de los conocimientos de la informática general, aplicables a la recuperación de la información jurídica, así como a la elaboración y aprovechamiento de los instrumentos de análisis para elaborar dicha recuperación"[5]. Mayor tecnología incorporada en bienes y servicios involucra un mayor conocimiento incorporado a los mismos, mejoras en calidad, mayor penetración en los mercados y mayor rentabilidad empresarial.

6. SAT. CAMBIO REFERENTE A LA FIRMA ELECTRÓNICA, COMPROBANTES ELECTRONICO

La actividad legislativa y la de gobernar un Estado siempre van o deberían ir a la par de la realidad socioeconómica, y en estos últimos años, con la tecnológica; el Derecho como acto para regular la conducta humana de un individuo frente a la sociedad y de la función de la autoridad frente a los gobernados, en general obliga a los legisladores y gobernantes a desarrollar nuevas vías y maneras de comunicarse, administrar y gobernar.

Gracias a los avances tecnológicos, el contrato social ha ido más allá de la interacción física entre gobernados, y entre estos y la autoridad, la utilización de la tecnología nos permite economizar, depurar y sistematizar actos que nos implican un gran costo económico, gasto de tiempo y de capital humano.

En ese sentido, el desarrollo de la actividad fiscalizadora en México se lleva a cabo por medio del órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público llamado Servicio de Administración Tributaria, mismo que fue rebasado en su fiscalización por los avances tecnológicos.

La forma de desarrollar la actividad fiscalizadora y de afrontar esta actividad por parte de las administraciones a lo largo de la década de los 1990, y durante los primeros 15 años de este siglo, fue a través de diversas acciones gubernamentales y legislativas para implementar la Firma Electrónica. Derivado de la necesidad de mudar la fiscalización de los actos y actividades de los contribuyentes que tienen un impacto en los ingresos públicos, y en consecuencia, en el presupuesto de egresos de la Federación, así como por la urgencia de equiparar a nuestro país con aquellos que ya se han acoplado al sistema de Gobiernos Digitales, se buscó implementar nuevos mecanismos y recursos digitales, con las respectivas modificaciones jurídicas.

El comienzo de este proceso de modernización se da con la publicación en el Periódico Oficial de Guanajuato, de fecha 09 de julio del 2004, con la Ley

5 TELLEZ VALDES, Julio, **Derecho Informatico**, Mc Graw Hill ,4ª ed.,México, 2008, pág. 10.

denominada *Sobre el uso de medios electrónicos y firma electrónica para el Estado de Guanajuato y sus municipios*[6], dando comienzo la era del cambio de la sustitución de la firma ológrafa por la electrónica, denominando dentro de esta ley como la Firma Electrónica Avanzada (FEA), al recurso necesario para identificar este proceso de creación para las autoridades y los contribuyentes.

En el año 2005, el servicio de Administración Tributaria empezó de manera opcional la propuesta para cumplimentar ciertas obligaciones que teníamos los contribuyentes de hacerlo a través del mecanismo "Tu Firma", que se volvería obligatorio a partir del 2005[7]. Con ello se daba paso a la digitalización de la relación tributaria entre autoridad y contribuyente, trayendo beneficios para ambos lados, la autoridad ahorraría recursos humanos, financieros y materiales en la fiscalización de la actividad tributaria, y el contribuyente empezaría a contar con mayor seguridad y menor burocratización de trámites y servicios.

Empezamos al cambio de las obligaciones fiscales que los contribuyentes podrían realizar con este mecanismo en la emisión de facturas fiscales electrónicas que al igual que la Firma Electrónica Avanzada, buscaba sustituir de manera paulatina la comprobación física o en papel de los actos y/o actividades fiscalizables, tal fue el impacto de este nuevo modelo de facturación en aquellos años que el Servicio de Administración Tributaria (SAT) estima que entre 2005 y 2010 se emitieron 1,133,213,763 comprobantes de esta forma[8].

Derivado de las múltiples reformas en materia fiscal llevadas a cabo durante el año 2009, mediante las cuales se modificaron, entre otras disposiciones, los artículos 29 y 29-A del Código Fiscal de la Federación, que estableció los requisitos para la emisión de los Comprobantes Fiscales Digitales por Internet o CFDI's[9] que sería obligatoria a partir del 2014, se dio paso a un mayor control de las operaciones económicas en México.

---

6 **Ley Sobre el Uso de Medios Electrónicos Y Firma Electrónica para el Estado de Guanajuato y sus Municipios**, publicada en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado número 110, segunda parte, de fecha 9 de julio del 2004, véase en : http://segob.guanajuato.gob.mx:8088/files/FRAC_1/LEY_LOCAL/LEY_SOBRE_EL_USO_DE_MEDIOS_ELECTRONICOS_Y_FIRMA_ELECTRONICA_PARA_EL_ESTADO_DE_GUANAJUATO_Y_SUS_MUNICIPIOS_JUN_2013.pdf, consultado en agosto del 2020.

7 Comisión Intersecretarial para el Desarrollo del Gobierno Electrónico. GOBIERNO SIN PAPEL, México. Véanse en: https://www.gob.mx/cidge/acciones-y-programas/gobierno-sin-papel-17162, consultado en agosto del 2020.

8 Servicio de Administración Tributaria. **La evolución de la firma electrónica**. México. Disponible en: http://omawww.sat.gob.mx/ExpoFeriaServiciosDigitales/Paginas/documentos/EvolucionFirmaElectronica.pptx

9 **Código Fiscal de la Federación**, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de Diciembre de1981, véase en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/8_090120.pdf , *consultado en agosto del 2020, a letra el artículo 29. Cuando las leyes fiscales establezcan la obligación de expedir comprobantes fiscales por los actos o actividades que realicen, por los ingresos que se perciban o por las retenciones de contribuciones que efectúen, los contribuyentes deberán* ***emitirlos mediante documentos digitales a través de la página de Internet del Servicio de Administración Tributaria.*** *Las personas que adquieran bienes****,*** *disfruten de su uso o goce temporal, reciban servicios o aquellas a las que les hubieren retenido contribuciones deberán solicitar el comprobante fiscal digital por Internet respectivo*.

Este nuevo modelo de trabajo llevó a la elaboración de la norma jurídica *denominada Ley de Firma Electrónica Avanzada* [10], publicado en el Diario Oficial de la federación el 11 de enero de 2012, dando una *vacatio legis* de 120 días hábiles siguientes al de su publicación para entrar en vigor, fue una tarea extraordinaria el implementar esta medida por parte del Congreso de la Unión, pero dio comienzo a la fase de la digitalización en materia fiscal en México.

En conclusión, la expedición de Comprobantes Fiscales Digitales por Internet y la Firma Electrónica Avanzada nos demuestra dos grandes hechos, el primero es que gracias a estos mecanismos podemos darnos cuenta de la magnitud de la actividad económica que existe en nuestro país, ya que a septiembre de 2018, se habían emitido 4,976.5 millones de CFDI`s[11], es decir cada minuto se realizaron 211 actos preponderantemente económicos entre particulares que tuvieron una implicación fiscal en nuestro país. El segundo gran hecho, es que, de manera intrínseca, la digitalización de la firma autógrafa y la facturación ha disminuido la brecha para la persecución e investigación de infracciones y delitos, así como el ahorro cuantitativo en recursos económicos para el Servicio de Administración Tributaria, y, en consecuencia, lo han vuelto más eficiente.

7. DECLARACIÓNES, CONTABILIDAD ELECTRÓNICA, NOTIFICACIÓN Y OBLIGACIÓN DEL BUZÓN TRIBUTARIO

La actividad de contribuir al gasto público por parte del contribuyente tal y como lo señala el artículo 31, fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos[12], es un acto técnico, jurídico y complejo previo, pero, a su vez, es un acto que es analizado y aprobado u observado durante el primer momento de la trilogía de la actividad financiera del Estado, siendo este el primero por el cual se obtienen los ingresos, sigue el manejo de estos hasta llegar a su erogación de estos recursos.

Esto es así, porque en el primer momento de la actividad financiera estatal, es decir, en la obtención de los recursos, no solo se centra en recibir estos, sino

10 **Ley de Firma Electrónica Avanzada**, publicado el 11 de enero de 2012 en el Diario Oficial de la Federación, véase en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfea.htm, consultado en agosto del 2020. (énfasis añadido) al respecto se estipula dentro de la normatividad el cambio de los requisitos que se refiere con respecto a la obligación fiscal con la comprobación de las transacciones que se realizan.

11 SALDÍVAR BELÉN. **México emite 211 facturas por minuto.** México. 2018. Véase en: https://www.eleconomista.com.mx/economia/Mexico-emite-211-facturas-electronicas-por-segundo-20181031-0148.html, consultado en agosto de 2020.

12 **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,** publicada en el Diario Oficial de la Federación el 05 de febrero de 1917, a letra dice el artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos: … IV.-Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como de los Estados, de la Ciudad de México y del Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes." Dentro de dicho artículo es fundamentación para dar ese deber a los mexicanos a contribuir con el gasto públicos con las estipulaciones determinadas en el mismo.

de determinar que se hayan calculado, comprobado y enterado de la manera y mediante los medios que prevé la Ley respectiva, en este caso, obligación que descansa en el artículo 6, párrafo tercero del Código Fiscal de la Federación[13], concentrando el total de los actos y procedimientos que suceden para declarar y enterar una contribución, todo esto, para cumplir con nuestras obligaciones como parte fundamental dentro de la actividad financiera del Estado.

Gracias a los avances tecnológicos, estos actos celebrados ante la autoridad o los que esta misma realiza se han vuelto más sencillos, tienen un costo menor, y están al alcance de cualquier persona que tenga un dispositivo con acceso a internet. De tal manera, en los últimos años hemos sido testigos de la transición del modelo de comunicación, así como del cumplimiento de obligaciones entre el Servicio de Administración Tributaria y los contribuyentes; es decir, hemos pasado de un modelo escrito o en papel, a la utilización de medios electrónicos para presentar nuestra contabilidad, realizar alguna declaración respecto de una contribución, o en su caso para recibir notificaciones mediante el buzón tributario, entre otros actos.

Este nuevo modelo permite, tanto a la autoridad como al Contribuyente, la posibilidad de interactuar de manera remota entre sí; es decir, por una parte los gobernados pueden dar cumplimiento a sus obligaciones y en algunos casos, hacer valer sus excepciones; por otro lado, la autoridad tiene la certeza de observar que los actos de los particulares en calidad de contribuyentes se lleven a cabo conforme a lo establece la ley, sin la necesidad de apersonarse en el lugar donde se ubica el domicilio fiscal.

Esto implica un avance considerable en la celeridad de los procedimientos de fiscalización del Servicio de Administración Tributaria, puesto que, gracias a la contabilidad electrónica, en ocasiones, resulta innecesario realizar una visita domiciliaria o revisión de gabinete para determinar si se causó y se enteró de manera correcta o incorrecta una contribución.

Si bien es cierto que desde la década pasada (2000) se inició la comunicación entre el Servicio de Administración Tributaria y el Contribuyente mediante el uso del internet gracias a la utilización de la Firma Electrónica Avanzada y la Presentación de Declaraciones mediante el portal de dicho órgano desconcentrado, no implicaba el uso obligatorio del Buzón Tributario. Este Buzón viene a suplir la comunicación escrita entre la autoridad fiscalizadora y los contribuyentes o aquellos que tengan una relación jurídica con el fisco,

13 **Código Fiscal de la Federación**, publicado en el Diario Oficial de la Federación, ídem, *a letra el artículo 06 dice: "*Corresponde a los contribuyentes la determinación de las contribuciones a su cargo, salvo disposición expresa en contrario. Si las autoridades fiscales deben hacer la determinación, los contribuyentes les proporcionarán la información necesaria dentro de los 15 días siguientes a la fecha de su causación".

ya que en términos del Código Fiscal de la Federación[14], este será el sistema de comunicación vía electrónica entre Contribuyentes y autoridad.

El buzón tributario, con el paso de los años se volvió el medio de comunicación de mayor importancia entre los Contribuyentes y el Servicio de Administración Tributaria, puesto que mediante este, tanto personas físicas como morales, podrán entablar conversación con la autoridad fiscalizadora y a su vez, recibir todo tipo de notificaciones e información relevante para dar cumplimiento a las obligaciones fiscales que apliquen según sea el caso.

De acuerdo con la Primera Resolución de Modificaciones a la Resolución Miscelánea Fiscal 2020, 2ª versión anticipada[15], será aplicable y obligatorio el uso del buzón tributario para personas morales a partir del 30 de septiembre de 2020 y para personas físicas a partir del 20 de noviembre de 2020, siendo opcional su uso únicamente para personas que tributen bajo el régimen de Sueldos y Salarios, así como para quienes se encuentren inscritos bajo el Régimen de Incorporación Fiscal, su inobservancia resulta alarmante para el contribuyente desobligado, pues por una parte no conocería de la información que el Servicio de Administración Tributaria le tuviese que notificar por dicho medio y, en segundo término, pero igual de relevante, se actualizaría una infracción con consecuencias económicas para el infractor en términos del referido Código[16].

14 *Ibid*, en el cual se estipula en el artículo 17-K. "Las personas físicas y morales inscritas en el registro federal de contribuyentes tendrán asignado un buzón tributario, consistente en un sistema de comunicación electrónico ubicado en la página de Internet del Servicio de Administración Tributaria, a través del cual: I.- La autoridad fiscal realizará la notificación de cualquier acto o resolución administrativa que emita, en documentos digitales, incluyendo cualquiera que pueda ser recurrido. II.- Los contribuyentes presentarán promociones, solicitudes, avisos, o darán cumplimiento a requerimientos de la autoridad, a través de documentos digitales, y podrán realizar consultas sobre su situación fiscal." Contemplando dentro de la norma este medio de comunicación entre los contribuyentes y la autoridad.

15 **RESOLUCIÓN Miscelánea Fiscal para 2020 y sus anexos 1 y 19, publicada en el Diario Oficial de la Federación** el 28 de diciembre de 2019, reformando el artículo Cuadragésimo Séptimo de la Resolución Miscelánea Fiscal para 2020, para quedar como sigue: **Cuadragésimo Séptimo**. **"**Para los efectos de lo dispuesto en los artículos 17-K, tercer párrafo, y 86-C del CFF, contenido en el Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta, de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios y del Código Fiscal de la Federación publicado en el DOF el 9 de diciembre de 2019, será aplicable para personas morales a partir del 31 de marzo de 2020 y para las personas físicas a partir del 30 de abril de 2020.
No obstante, lo anterior, el uso obligatorio del buzón tributario tendrá el carácter de opcional cuando se trate de contribuyentes comprendidos en el Título IV, Capítulo I, de la Ley del ISR". Teniendo una modificación con la fecha del cambio de la obligación publicada en SEGUNDA Resolución de Modificaciones a la Resolución Miscelánea Fiscal para 2020 y su Anexo 1, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de Julio del 2020, en la cual dentro de su Cuadragésimo Séptimo modifica la aplicación de lo siguiente: "será aplicable para personas morales a partir del 30 de septiembre de 2020 y para las personas físicas a partir del 30 de noviembre de 2020, excepto para aquellos contribuyentes del régimen de asimilados a salarios a que se refiere el artículo 94 de la Ley del ISR, cuyos ingresos por ese concepto en el ejercicio inmediato anterior hubieren sido iguales o superiores a $3´000,000.00 (tres millones de pesos 00/100 M.N.)." dando esta modificación de la entrada de vigor a dicho buzón tributario.

16 **Código Fiscal de la Federación**, Vigente, Artículo 86-C. Se considera infracción en la que pueden incurrir los contribuyentes conforme lo previsto en el artículo 17-K de este Código, el no habilitar el buzón tributario, no registrar o no mantener actualizados los medios de contacto conforme lo previsto en el mismo.

Los medios de comunicación permitirán tanto a los contribuyentes como a la autoridad fiscalizadora mantenerse en contacto de manera más eficiente, transparente y expedita, esto se puede traducir en una mayor capacidad y facilidad de cumplir con nuestras obligaciones como sujetos responsables, o en su caso, la rapidez de acción con la que la autoridad podrá determinar errores y omisiones en el cumplimiento de dichas obligaciones.

La contabilidad electrónica, la presentación de declaraciones y el buzón tributario como medio de comunicación primario para recibir información y notificaciones del Servicio de Administración Tributaria es el comienzo de la digitalización de la Administración Pública.

8. SERVICIOS DIGITALES SUJETOS A IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

La prestación de servicios digitales de transporte, de acceso a contenido multimedia y de servicio a domicilio, así como la renta de una casa para vacacionar, mediante plataformas o aplicaciones del internet ha revolucionado el mercado a nivel mundial, gracias a la facilidad con la que el cliente puede adquirir estos servicios, aunado al bajo costo con el que se adquieren.

Lo anterior ha provocado que la compra de bienes y servicios a través del internet o comercio electrónico[17], genere cada vez más y mejor rendimiento frente al comercio tradicional. La capacidad de distribución, la poca necesidad de infraestructura y la sustitución de la relación laboral por relaciones mercantiles entre oferentes y prestadores del servicio, son algunos de los factores que han permitido un desarrollo desmedido del comercio electrónico.

Sin embargo, uno de los grandes factores por los que el *e-commerce* se volvió más rentable, se debe a que esta actividad no se encontraba prevista en disposición fiscal alguna, por lo que el valor de los bienes y de la prestación de servicios que se brindaban a través de las plataformas digitales en la mayoría de los casos no se estipula este ingreso a dicha actividad. La Unión Europea y los Estados Unidos de Norte América, entre otros países, emprendieron la ruta por legislar sobre esta materia, toda vez que, si bien dicha actividad genera rentabilidad y empleo, lo cierto es que también podría llevar al colapso económico del mercado tradicional.

Por citar un ejemplo, recordemos a la empresa Blockbuster, el gigante en el

17 También conocido como *e-commerce* por su traducción al inglés, la definición se puede concebir como "para mejorar la información y los servicios ofrecidos a los ciudadanos, orientar la eficacia y eficiencia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y la participación de los ciudadanos", se encuentra en la "Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico" de Pucón (Chile) de 1° de junio de 2007 (aprobada en la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de administración pública y Reforma del Estado). http://old.clad.org/documentos/declaraciones/carta-gobelec.pdf.

mercado de la renta de contenido multimedia en formato VHS, posteriormente en DVD y Blu Ray, se declaró en quiebra el 23 de septiembre de 2010; uno de los principales factores para el cese de operaciones de esta fue Netflix, misma que ofrece a sus clientes contenido multimedia a través de una plataforma en internet con el pago de una membresía mensual.

La facilidad de acceder a un bien y/o servicio desde cualquier lugar mediante un dispositivo que cuente con acceso a internet, frente a la necesidad de tener que dirigirte a un establecimiento para adquirir ese mismo bien y/o servicio nos demostraron que, si no se regulaba la operación de estas empresas, veríamos caer a otras tantas debido a que no pueden competir en precios, en gastos de operación, en capital humano y en la disponibilidad de los servicios que brindan.

Por ello, vislumbrar un colapso económico en el sector turístico, en el restaurantero, y en el transporte público no es descabellado, pues estos sectores comerciales se ven acotados frente a la prestación de estos servicios mediante plataformas digitales, gracias a las lagunas legales en las que se escudaban Uber, Netflix y Airbnb, por mencionar algunas.

En México, la contraposición del mercado tradicional con el mercado digital es notoria, según la Encuesta Nacional de Consumo de Contenidos Audiovisuales 2018, el 60% de los hogares que no cuentan con sistema de televisión de paga argumentan que el precio del servicio es la principal razón para no contratarlo y el 33% de las personas que ven contenidos por internet pagan una suscripción periódica, principalmente para ver películas, videos musicales y series[18].

El Impuesto al Valor Agregado es una contribución que se ha venido aplicando desde el 01 de enero de 1980; después de 40 años de la entrada en vigor del mismo, el pasado 01 de junio de 2020, la prestación de servicios digitales por residentes en el extranjero sin establecimiento en México se encuentra gravada por este, a causa del paquete de reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 09 de diciembre de 2019, lo que implica que los consumidores de los servicios de entrega a domicilio, transporte y de distribución de contenido multimedia, entre otros, de empresas extranjeras mediante plataformas digitales causen este tipo de contribución.

Prever este tipo de actos económicos, y de manera consecuente, gravarlos con un impuesto al consumo, genera un marco de igualdad entre los oferentes de los mismos bienes y/o servicios que se ofrecen de manera distinta, ya sea mediante una plataforma digital o de manera tradicional; no olvidemos que

18 Instituto Federal de Telecomunicaciones. **Encuesta nacional de consumo de contenidos audiovisuales 2018**. México. Disponible en: http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/medios-y-contenidos-audiovisuales/encca18nacional.pdf.

la competencia entre estos dos tipos de comercio en un marco de desigualdad ante la ley puede ocasionar un desequilibrio en ventas, en servicio y que incluso, puede ocasionar el cese de operaciones de algunas empresas.

En consecuencia, gravar el consumo de servicios digitales también es un acto de equidad y justicia que obliga a establecer condiciones de sana competencia, que genera una oferta con mayores beneficios para el consumidor final.

En conclusión, el libre mercado permite que la oferta de bienes y servicios sea mayor, el Estado tiene que garantizar que la regulación de esta actividad no contribuya a disminuir la operación, crecimiento o ingresos del comercio tradicional frente al comercio por internet.

9. LA TRANSFORMACIÓN DE LA TECNOLOGÍA EN LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

La tecnología ha ayudado al avance dentro de ciertas áreas y sin quedar fuera en el campo del Derecho Administrativo la implementación de los medios digitales dentro del juicio contencioso administrativo y se logra obtener mediante la digitalización, este un proceso dentro del Sistema Federal Fiscal en México, favoreciendo un cambio hacia la revolución de la tecnología, la incursión del Juicio en Línea que a través de este se puede sustanciar los procesos jurisdiccionales a través de los medios electrónicos sin estar presente dentro de un recinto judicial, es el giro que tomo este procedimiento dando la formalidad y las características particulares a dicho juicio.

Dando comienzo al cambio a través del uso del documento digital, ya que, a través de esa forma de presentación de promociones y solicitudes se puede recabar información a través de las dependencias y organismos de la Administración Pública Federal con la partida de lo que tenemos actualmente y siendo la visión del nuevo siglo al cambio de la digitalización, determinando conceptos que en ese momento no se concebían, no se estimaba hacia dónde se podía llegar.

En octubre de 2005 se estableció el sistema "Solución integral para la administración tributaria" anteriormente expuesto, se desarrolló la manera de cómo los contribuyentes se acercaron con la autoridad a través del internet, implementaron las formas de las obligaciones y facultades de los sujetos dentro de esta relación, tales como comprobantes fiscales, devoluciones, compensaciones, contabilidad electrónica, orientación fiscal, firma electrónica, entre otros servicios.

Esta forma de agilización para establecer el juicio en línea en materia administrativa se da para promover, substanciar y resolver de esta manera, los actos o resoluciones que emita de manera definitiva la autoridad administrativa,

así como seguir el procedimiento. Dando la definición de lo que se entiende por sistema de justicia en línea que se contempla un "sistema informático establecido por el Tribunal a efecto de registrar, controlar, procesar, almacenar, difundir, transmitir, gestionar, administrar y notificar el procedimiento contencioso administrativo que se sustancie ante el Tribunal."[19] Este paso a la virtualidad se dio con base en ciertos objetivos, los cuales son: Utilizar la integración de los expedientes de una manera virtual y la implementación de un Sistema de Justicia en Línea por parte del Tribunal para llevar acabo la substanciación del Juicio en Línea

La Justicia es primordial y ante las situaciones de emergencia que se han presentado a raíz de la pandemia, los medios electrónicos permiten continuar con ella, ya que de esta manera no se interrumpiría este proceso judicial, el acceso puede ser considerado por medio de un aparato que puede utilizar internet, considerando una eficientización de tiempo dentro de este proceso de la impartición de la justicia.

Las implicaciones que ha provocado el juicio en línea en materia Administrativa son: la apertura del cambio hacia la tecnología dando un giro hacia la digitalización de los documentos para intervenir de esta manera, así como las claves de acceso para acceder, y si bien se presenta dentro de proceso los problemas tecnológicos referentes a la falta de luz o de internet cuando estemos en una audiencia o el término fatal para presentar el medio que corresponda, se empiezan a establecer una serie de soluciones para afrontar dichos problemas.

Con esta modificación en las disposiciones generales se contemplan un cambio en la terminología referente a la tecnología, tales como: acuse de recibo, archivo, aviso, documento, expedientes electrónicos, el acceso de la plataforma es por clave y la contraseña para la identificación de la persona dentro de dicho tribunal, generando una dirección de correo electrónico institucional, todo esto se deriva de la creación de la implementación de la firma electrónica avanzada.

La creación dentro del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, del juicio de Línea se dio un plazo de 18 meses después de su publicación para llevarse dentro de una sala especializada la tramitación del juicio misma que tiene su jurisdicción dentro de la Ciudad de México, dando paso a la era de la digitalización,

En materia Administrativa se considera a la justicia el medio para revertir los actos de las autoridades fiscales, ya sea que se haya afectado su interés por un acto u omisión de la administración pública, considerando "instrumentos

19 **Ley Federal de Procedimiento Contencioso- Administrativo**, publicada en el Diario Oficial de la Federación, 27 de enero de 2017, véase en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPCA_270117.pdf, consultada en agosto de 2020.

legítimos de los particulares frente a la actividad de la administración pública o de la conducta en materia administrativa de cualquier autoridad, por medio de los cuales se resuelven los conflictos que se producen entre la administración y los administrados"[20].

En México la justicia administrativa se presenta con un modelo francés, considerando que la justicia se imparte por un sistema mixto, ya que en la primera instancia, las controversias en materia administrativa serán interpuestas ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, y aquellos recursos o juicio de Amparo serán mediante el Poder Judicial de la Federación, ya que este "es un sistema que ha demostrado su funcionalidad: los órganos jurisdiccionales ejerciendo el control de la legalidad, y los judiciales como titulares del control de constitucionalidad de los actos de la autoridad administrativa"[21].

El juicio en línea inicia con la presentación de la demanda de nulidad y sigue el proceso hasta llegar a la notificación de la sentencia. Dentro del proceso, la plataforma del juicio en línea es amigable para presentar los datos que se requieren así como subir los archivos que forman parte del expediente electrónico, dando la autenticación tanto de la autoridad como del contribuyente que presentan la acción de ejercitar sus derechos, otorgando un acuse de recibo de la demanda, que contiene el número de expediente, promoción, identificación de las partes del juicio, así como a la sala a la que se remite esa demanda, mencionado quién es el magistrado instructor, el Secretario de acuerdos, indicando la fecha y hora de recepción para la contabilización de los plazos y se hace constan también el número de archivos que se adjuntaron, autentificando esto por un código de barras y una cadena de validación. Se sigue el mismo procedimiento y plazos que en el juicio ordinario y sumario, la diferencia es que este se tramita por medio del uso de internet y se tendrá que verificar de manera electrónica el proceso que se sigue dentro de este juicio, es un cambio de formato hacia la era de la digitalización, que se puede valorar con aspecto al ahorro de tiempo de traslado, economía en la cuestión de impresión de documentos, de espacio para resguardo los expedientes y del otro lado de la moneda se podrá observar el miedo o inseguridad de la información que se maneja a través de los medios electrónicos por ataques cibernéticos, la inestabilidad de la conexiones hacia la red y depender del suministro de energía eléctrica.

La Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa establece que es un órgano jurisdiccional con autonomía para emitir sus fallos con plena

20 FIX-ZAMUDIO; "Concepto y contenido de la justicia administrativa", en Cienfuegos Salgado David y López Olvera Alejandro (Coords.) **Estudio en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho procesal**, UNAM-IIJ, México, 2005, p 149.

21 BÉJAR RIVERA, Luis José. "EL juicio ordinario administrativo y el juicio contencioso administrativo" en Jorge Fernández Ruiz y Filiberto Otero Salas (Coords.), **Justicia Contenciosa administrativa**. Congreso Internacional, UNAM-IIJ, México, 2013, pág. 614.

jurisdicción[22], dando la posibilidad al contribuyente de elegir la tramitación de la vía del juicio ya sea de manera tradicional o a través del juicio en línea, manifestando en el escrito de la demanda, pero al momento de tomar la opción ya no se podrá modificar y en caso de no expresar la opción se considera que es vía tradicional, cuando se ejerza la vía del sistema de justicia en línea deberá de proporcionar la dirección del correo electrónico para recibir notificaciones, misma que se deberá de ejercer un control tanto para el fisco como para el tribunal y demás autoridades; En caso que el demandante no ha señalado una dirección de correo electrónico, se hará saber por medio de lista y el boletín procesal Tribunal para dar conocer el cambio del procedimiento del juicio de línea a tradicional por la falta del requisito señalado.

Otro cambio que se observa dentro, es la forma de cómo se desahoga la prueba testimonial debido a que deberá ser por medio video conferencia. La manera de manifestar el consentimiento de ingresar al Sistema de Justicia en Línea del Tribunal será por medio de la obtención del registro y autorización para generar la clave de acceso y contraseña que se proporciona por medio de la firma electrónica avanzada, considerando que Juicio de línea tiene una forma peculiar al establecer que son hábiles las 24 horas de los días que se encuentre abiertas al público las oficinas de las salas de tribunal con las horas señaladas para el desahogo del proceso.

El inconveniente de llevar el juicio en línea, se da en que si se procede a una instancia como el juicio de amparo o el recurso de revisión ante el Poder Judicial, se tendrá que realizar la impresión del archivo del expediente electrónico y certificar las copias del juicio para ir a los Juzgados de Distrito y Tribunal Colegiado, ya sea que el Secretario General de Acuerdos del Tribunal, Secretarios Adjuntos de Sección y los Secretarios de la Sala superior y de las Salas Regionales, pero se podrá resolver esta situación a través de la solicitud de la información a través de medios electrónicos para acceder al expediente electrónico.

Se contempla dentro del Sistema de Justicia en línea interrupciones de los plazos por cuestiones de caso fortuito, fuerza mayor o fallas técnicas, siendo que el titular de la unidad administrativa del tribunal dará esta constancia de la interrupción del servicio debiendo de mencionar la causa y el tiempo de que dura dicha falla, se harán constar dentro del expediente electrónico y el computo se recorre de los plazos que se tiene para las presentaciones de las acciones dentro de dicho proceso.

22 **Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa**, publicada el 18 de julio de 2016, en el Diario Oficial de la Federación, dentro de su artículo 1 en segundo párrafo, establece a la letra: "El Tribunal Federal de Justicia Administrativa es un órgano jurisdiccional con autonomía para emitir sus fallos y con jurisdicción plena.", véase en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOTFJA.pdf, consultada en agosto del 2020.

Para llevar a cabo el juicio en línea en materia contenciosa Administrativa, se dio la creación de la Secretaría Operativa de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones[23], dando con esto una forma de establecer la normatividad del procedimiento que a través de este se logra el objetivo de hacer más eficiente y ágil el desempeño jurisdiccional y administrativo que permite esta interacción con el órgano jurisdiccional de manera a distancia, debe ser aprobados por la Junta quien es el órgano que le compete establecer las medidas para la aplicación de dicha Secretaría.

Dentro del marco jurídico del Reglamento de Vigilancia del Desempeño Jurisdiccional y Administrativo para las Salas Regionales, Especializadas, Auxiliares y/o Mixtas del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa para la reglas acerca del Tribunal Federal de Justicia Administrativa tenemos el proceso de Visita que se define como " el instrumento esencial del Sistema de Vigilancia del Desempeño Jurisdiccional y Administrativo de Salas Regionales, Especializadas, Auxiliares y/o Mixtas"[24] que se crea por la necesidad de una regularidad dentro de la actividad jurisdiccional y para dar cumplimiento al código de Ética dentro de las salas que se desempeñan dentro del tribunal y señalar la inconsistencia u omisiones que se puedan resurgir.

El Tribunal para dirimir las controversias que se suscitan y los acuerdos que se emiten, le compete a la Junta de Gobierno y Administración, a la cual le compete expedir los lineamientos dentro del ámbito administrativo para tal efecto, en particular en el tema que abordamos del Sistema de Justicia en Línea del Tribunal, por tal emite las directrices tanto técnicas como formales para llegar la sustanciación de este.

A través de este acuerdo se debe contener un glosario tanto jurídico como tecnológico especificando términos como lo son: spam, internet, intranet, virus, web, entre los cuales se establecen como concepto dentro de normas legales para dar una seguridad con respecto a esos términos, señalando la manera de cómo ingresar a través de las claves de accesos para los usuarios que accedan a esta plataforma, quienes pueden hacerlo dentro de un proceso y los requisitos para la identificación de los mismos, siendo que para la creación y la cancelación de los usuarios de esta se necesita apersonar para obtener dentro del Módulo de Registro, teniendo la facultad de dar cancelación de la clave de acceso y contraseña y en caso de que la información proporcionada no sea

23 **Acuerdo SS/16/2020** por el que se da conocer el Reglamento Interior del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 17 de Julio del 2020, véase en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5596945&fecha=17/07/2020, consultado en agosto del 2020.

24 **Reglamento de Vigilancia del Desempeño Jurisdiccional y Administrativo para las Salas Regionales, Especializadas, Auxiliares y/o Mitas, del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa**, acuerdo E/JGA/14/2013, publicado en Diario Oficial de la Federación el 15 de julio de 2013, véase en: http://marcojuridico.tfja.gob.mx/pdf/rvdja.pdf, consultado en agosto del 2020.

fidedigna se proceda a la cancelación de dicho usuario.

Dentro del Juicio en Línea se estableció una comunidad de control y vigilancia jurisdiccional que señala que ellos son los que facilitan el software dentro del diseño de la construcción de la plataforma tanto para que los magistrados, personal jurisdiccional, como el personal administrativo tengan las herramienta informáticas para poder hacer las revisiones correspondientes, tener un canal de coordinación en el cual acceso a la información se establezca de forma directa, oportuna, clara y flexible dentro de la interacción del Magistrado, los visitadores y de los visitados, señalando de manera electrónica las observaciones preventivas para el buen desarrollo del juicio, teniendo con esto un foro de discusión, de mensajes —ya sean por tableros o correos electrónicos— para que exista una comunicación efectiva y todo este proceso de vigilancia sea de para todas las salas en las que se divide en el Tribunal.

Los lineamientos antes expuestos para el funcionamiento del Tribunal Federal de Justicia Administrativa se hacen con el fin de poder garantizar entre otros la seguridad, inalterabilidad, autenticidad, integridad y durabilidad de los expedientes electrónicos que integran al Sistema de Justicia en línea, dando con esto una integración formal dentro de este procedimiento por medio de la transformación hacia la era virtual.

10. CONSIDERACIONES FINALES

La Administración Pública es el puente de unión entre el gobierno y los gobernados siendo pertinente que realice correctamente sus acciones, por eso consideramos que una de las características fundamentales es ejercer una buena Administración, concepto que arroga dentro de esta época por la exigencia del cumplimiento de esta hacia nosotros.

Vemos como este paso se dio en parte al establecer los lineamientos para incorporar la tecnología dentro de esta área, viendo la forma de implementar estrategias que ayuden al fortalecimiento de esta y en la obtención de los resultados, este reto se logra con el cambio ideológico y el aprovechamiento de la tecnología.

El punto de partida para este cambio dentro de la Administración Pública en el área de la fiscalización se dio a través del proceso del cambio de la firma electrónica avanzada que permite girar hacia la digitalización.

Se ha dado paso para regular varias situaciones tales como el comercio electrónico que no se encontraba regulado, existiendo la laguna que culmina con el establecimiento de normas jurídicas referente a la prestación de servicios, presentando aquí un candado para la realización de esta actividad, considerando esto con un principio de la distribución de la riqueza dando igual

por parte de los mismos derechos a estas actividades que se ejercen.

Esto ha logrado imperar hasta la manera de impartir justicia, viendo este cambio dentro de la Sala Especializada que le compete ver el Juicio en Línea y llegar a resolver de esta manera con la optimización de los recursos económicos, ambientales que pueden existir con esta medida. Se tendrá que ir modificando hacia el control de esta vía debido a que si se procede un medio defensa ante el Poder Judicial que no considera esta opción todavía, se seguirá llevando de forma tradicional, de manera que se requiere un cambio para establecer los lineamientos necesarios para incorporar las nuevas tecnologías.

BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ Ascencio, Esmeralda. **El juicio fiscal en línea y el juicio fiscal en vía sumaria.** 2013, INDETEC. Guadalajara, México.

BÉJAR RIVERA, Luis José. "EL juicio ordinario administrativo y el juicio contencioso administrativo" en Jorge Fernández Ruiz y Filiberto Otero Salas (Coords.), Justicia Contenciosa administrativa. Congreso Internacional, UNAM-IIJ, México, 2013.

DEL CARMEN PARDO, María (2013). El rediseño institucional rediseña la administración pública. Buen Gobierno, (14), 80-92. ISSN: 1874-4271. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=5696/569660533004.

DEL GIORGIO SOLFA, Federico y GIROTTO, Luciana Mercedes **Aportes conceptuales para la gestión pública: Temas vinculados a la función administrativa del Estado.** Revista Cambios y Permanencias, vol. 7, 2016, ISSN 2027-5528, https://www.aacademica.org/del.giorgio.solfa/133.

FIX-ZAMUDIO; Concepto y contenido de la justicia administrativa, en Cienfuegos Salgado David y López Olvera Alejandro (Coords.) Estudio en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho procesal, UNAM-IIJ, México, 2005.

GONZÁLEZ SANMIGUEL, Nancy Nelly. El Derecho protección y la regulación del uso de las nuevas tecnologías desde el Derecho Administrativo, Revista Eletrônica do curso de Direito da UFSM – Qualis A1, volumen 14, año 2019, ISSN 1981-3694.

NACLERIO, Alejandro y TRUCCO, Pablo. Construir el desarrollo con políticas públicas: asociatividad, tecnología e innovación productiva: El caso del programa Sistemas Productivos Locales. 2015, n.24.

RIASCOS ERAZO, Sandra Cristina. **Modelo para la evaluación de la efectividad de la tecnología informática en el entorno empresarial.** Bogotá: Revista Ingeniería e Investigación Vol. 28 No. 2, agosto de 2008.

SALAZAR REBOLLEDO, Grisel. María José Canel, La comunicación de la administración pública. Para gobernar con la sociedad, México, Fondo de Cultura Económica, 2018.

TELLEZ VALDES, Julio. **Derecho Informatico**, Mc Graw Hill ,4ª ed.,México, 2008.

Legislación

Acuerdo SS/16/2020 por el que se da conocer el Reglamento Interior del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 17 de Julio del 2020, véase en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5596945&fecha=17/07/2020, consultado en agosto del 2020.

Código Fiscal de la Federación, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de1981, véase en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/8_090120.pdf **, consultado en agosto del 2020.**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 05 de febrero de 1917.

Ley de Firma Electrónica Avanzada, publicado el 11 de enero de 2012 en el Diario Oficial de la Federación, véase en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfea.htm, consultado en agosto del 2020.

Ley Sobre el Uso de Medios Electrónicos Y Firma Electrónica para el Estado de Guanajuato y sus Municipios, publicada en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado número 110, segunda parte, de fecha 9 de julio del 2004, véanse en : http://segob.guanajuato.gob.mx:8088/files/FRAC_1/LEY_LOCAL/LEY_SOBRE_EL_USO_DE_MEDIOS_ELECTRONICOS_Y_FIRMA_ELECTRONICA_PARA_EL_ESTADO_DE_GUANAJUATO_Y_SUS_MUNICIPIOS_JUN_2013.pdf, consultado en agosto del 2020.

Ley Federal de Procedimiento Contencioso- Administrativo, publicada en el Diario Oficial de la Federación, 27 de enero de 2017, véase en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPCA_270117.pdf, consultada en agosto de 2020.

Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, publicada el 18 de julio de 2016, en el Diario Oficial de la Federación. véase en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOTFJA.pdf, consultada en agosto del 2020.

Reglamento de Vigilancia del Desempeño Jurisdiccional y Administrativo para las Salas Regionales, Especializadas, Auxiliares y/o Mitas, del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, Acuerdo E/JGA/14/2013, publicado en Diario Oficial de la Federación el 15 de julio de 2013, véase en: http://marcojuridico.tfja.gob.mx/pdf/rvdja.pdf, consultado en agosto del 2020.

Relación de Entidades Paraestatales de la Administración Pública Federal, publicado el 15 de agosto del 2019 en el Diario Oficial de la Federación, véase en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5568027&fecha=15/08/2019,

consulta agosto del 2020.

RESOLUCIÓN Miscelánea Fiscal para 2020 y sus anexos 1 y 19, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de diciembre de 2019, reformando el artículo Cuadragésimo Séptimo de la Resolución Miscelánea Fiscal para 2020, para quedar como sigue: **Cuadragésimo Séptimo**.

SEGUNDA Resolución de Modificaciones a la Resolución Miscelánea Fiscal para 2020 y su Anexo 1, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de Julio del 2020, en la cual dentro de su Cuadragésimo Séptimo.

Páginas electrónicas

"Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico" de Pucón (Chile) de 1° de junio de 2007 (aprobada en la IX conferencia Iberoamericana de Ministros de administración pública y Reforma del Estado). Véase en: http://old.clad.org/documentos/declaraciones/cartagobelec.pdf.

Comisión Intersecretarial para el Desarrollo del Gobierno Electrónico. GOBIERNO SIN PAPEL, México. Véanse en: https://www.gob.mx/cidge/acciones-y-programas/gobierno-sin-papel-17162, consultado en agosto del 2020.

Instituto Federal de Telecomunicaciones. ENCUESTA NACIONAL DE CONSUMO DE CONTENIDOS AUDIOVISUALES 2018. México. Disponible en: http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/medios-y-contenidos-audiovisuales/encca18nacional.pdf.

Saldívar Belén. **MEXICO EMITE 211 FACTURAS POR MINUTO.** México. 2018. Véase en: https://www.eleconomista.com.mx/economia/Mexico-emite-211-facturas-electronicas-por-segundo-20181031-0148.html.

Servicio de Administración Tributaria. LA EVOLUCIÓN DE LA FIRMA ELECTRONICA. México. Disponible en: http://omawww.sat.gob.mx/ExpoFeriaServiciosDigitales/Paginas/documentos/EvolucionFirmaElectronica.pptx.

9. PROCESSO ADMINISTRATIVO ELETRÔNICO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: COMO O PROCESSAMENTO DE LINGUAGEM NATURAL PODE AUXILIAR A ELABORAÇÃO DE DECISÕES ADMINISTRATIVAS

Eduardo André Carvalho Schiefler

Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Integrante do GEDIP/UFSC e do DR.IA/UnB. Autor do livro "Processo Administrativo Eletrônico" (2019). Advogado. E-mail: eduardo@schiefler.adv.br.

Fabiano Hartmann Peixoto

Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB). Líder do Grupo de Pesquisa DR.IA. Coordenador do Projeto Victor (IA-STF) e do Projeto Mandamus (IA-TJRR).

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Processo administrativo eletrônico e a administração pública digital; 3. Inteligência artificial: uma breve introdução aos seus conceitos; 4. O processamento de linguagem natural (NLP) e a contribuição ao processo de elaboração de decisões administrativas; 5. Considerações finais. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A partir da década de 1990, a ciência do Direito Administrativo passou a se transformar em um ritmo muito maior do que aquele visto no passado mais distante. Um dos motivos para esse fenômeno foi a necessidade de acompanhar as mudanças que a sociedade vem enfrentando desde a inserção massiva das tecnologias no cotidiano do ser humano.

Com o advento dessas tecnologias e a familiarização do seu uso em grau cada vez mais elevado por parte da sociedade, as relações jurídicas se tornaram mais complexas — e, naturalmente, o mesmo ocorreu com as relações jurídico-administrativas.

Nesse sentido, é certo que o Direito Administrativo contemporâneo disciplina relações jurídicas inseridas em uma sociedade digital, altamente tecnológica, comunicativa e informacional, cujos cidadãos-destinatários demandam agilidade, transparência, qualidade, impessoalidade, eficiência, responsividade e motivação na atuação administrativa — em especial quando da prestação de serviços públicos e da tomada de decisões administrativas.

O ordenamento constitucional, surgido com a Constituição de 1988, confere integral legitimidade a esses anseios e atribui à administração pública brasileira o dever precípuo de satisfazê-los. Isto é, a administração deve satisfazer os direitos dos cidadãos e atender ao interesse público[1] como forma de conferir legitimidade à sua própria existência.

Dado que a forma de relacionamento público-privado, ou seja, a maneira com que os cidadãos se relacionam com o Estado em busca da satisfação de seus direitos e de acesso a informações de interesse público, foi fundamentalmente impactada pela transformação digital que permeou a sociedade (em especial após o advento e universalização da *internet*), é inevitável defender que a administração pública precisa, a todo momento, atuar de forma organizada e ordenada, o que significa que a atividade administrativa deve ocorrer por intermédio de processos administrativos.

Por óbvio, o processo administrativo é necessário para que os atos praticados pela administração pública sejam válidos perante o ordenamento jurídico brasileiro e, mais do que isso, para que possuam legitimidade frente aos seus destinatários. É dizer: o processo administrativo é o caminho que a administração deve percorrer até que o ato administrativo se concretize — tenha ele natureza decisória ou não.

Se a necessidade de que as decisões administrativas (ou atos em geral) sejam produzidas após a tramitação de um processo administrativo não é novidade para a ciência secular do Direito Administrativo, o mesmo não se pode afirmar sobre a adoção, pela administração pública, de tecnologias facilitadoras da atividade administrativa, que apenas recentemente é que começou a ser discutida e implementada.

O que se observa é que a administração pública passou, de forma gradativa e por questões de necessidade, a adotar processos administrativos eletrônicos em sua atividade. Na realidade, a administração pública brasileira está vivenciando um momento de eletronização[2] da sua atuação, que vem ganhando força na última década e, recentemente, foi alavancado pela pandemia de Covid-19.[3]

A questão é que esse movimento de digitalização da administração

1 Sobre o conceito de interesse público e a sua pertinência para o estudo da função da administração pública brasileira, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015.

2 Estes autores também utilizam a expressão "digitalização" para se referir ao fenômeno da eletronização da administração pública, consistente na alteração do *locus* de prestação dos serviços públicos, do meio analógico ao digital.

3 Sobre a pandemia de Covid-19 e os seus impactos no processo de digitalização da administração pública, ver: SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. **Covid-19 e a importância da administração pública digital**. JOTA, 18 mar. 2020.

pública permitiu a discussão, no Brasil, do desenvolvimento do conceito de uma administração pública digital, a qual, em um contexto de transformações tecnológicas e de preocupação com os direitos fundamentais dos cidadãos, faz uso das tecnologias mais modernas, como a inteligência artificial, para aumentar a eficiência, a transparência, a participação social, o controle, a simplificação da burocracia, a agilidade, a impessoalidade e a publicidade da atividade administrativa e da prestação dos serviços públicos.

Nesse cenário de administração pública digital, que atua por intermédio de processos administrativos eletrônicos, entende-se que é plenamente possível e recomendável a utilização de ferramentas de inteligência artificial, em razão dos benefícios e das fronteiras que se abrem em prol do interesse público.

Sem, no entanto, ignorar a existência de barreiras próprias dos movimentos de inovação que envolvam direitos fundamentais dos cidadãos, e nem a necessidade de haver o devido planejamento por parte da administração pública, estes autores vislumbram a inteligência artificial como sendo uma tecnologia disruptiva capaz de revolucionar a atividade administrativa, levando-se em conta a definição de *machine learning* (aprendizado de máquina) e a grande quantidade de dados e informações que a administração pública dispõe — obtidas em razão da sua própria natureza de prestadora de serviços públicos e de garantidora de direitos.

Esse breve trabalho, portanto, pretende abordar a adoção do processo administrativo eletrônico e da inteligência artificial pela administração pública brasileira do século XXI e analisar especificamente o conceito de processamento de linguagem natural (NLP), a fim de investigar de que forma a inteligência artificial pode auxiliar o processo de elaboração de decisões administrativas.

2. PROCESSO ADMINISTRATIVO ELETRÔNICO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIGITAL

Levando-se em conta que o ordenamento jurídico brasileiro, em especial após o advento da Constituição de 1988 e da legislação posterior, estabeleceu que a administração pública brasileira possui o dever precípuo de garantir e satisfazer os direitos fundamentais dos cidadãos, o que deve ser realizado, necessariamente, por meio de processo administrativo organizado e ordenado, tem-se que o poder público precisou se adequar aos novos, legítimos e cada vez mais constantes anseios da sociedade.

Esse dever de adaptação decorre do fato de que, nas lições de Joel de Menezes Niebuhr, o Direito Administrativo deve sempre avançar, assim como todas as ciências, o que significa rediscutir e criticar o que está de certa forma consolidado, de modo que a administração pública precisa

desenvolver novas ferramentas para responder às demandas enfrentadas, oferecendo "instrumentos jurídicos para que ela possa alcançar seus objetivos em meio a um ambiente tão dinâmico e com relações econômicas e políticas tão complexas".[4]

Defende-se, nessa toada, que o Direito Administrativo deve ser visto sob uma nova ótica, que não desvie da lógica de que a atuação administrativa deve, a todo momento, prezar pela participação social efetiva e pelo acesso à justiça,[5] assim como deve direcionar permanentemente a sua atuação à satisfação dos direitos dos cidadãos.

Assim, considerando que o "caminho" a ser percorrido pelo ato ou decisão administrativa possui especial importância para a sua concretização, é oportuno trazer mais elementos para compreender a questão do processo administrativo eletrônico e a importância que ele tem para a utilização da inteligência artificial por uma administração pública digital — cuja adoção constitui resposta ao dever de adaptação à nova realidade tecnológica.

Na mesma linha do que defende Pedro de Menezes Niebuhr,[6] Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari,[7] a professora Odete Medauar entende que conhecer o processo que formou o ato administrativo permite verificar de que forma a decisão administrativa foi tomada, de modo que o processo administrativo atribui um maior grau de objetividade à atuação administrativa, surgindo-se uma visão mais dinâmica da atividade da administração, enfatizada no processo de formação do ato e nos seus vínculos instrumentais.[8] Esse entendimento também é compartilhado por Gustavo Justino de Oliveira.[9]

É assim que se observa que, em um cenário de universalização da

4 NIEBUHR, Joel de Menezes. Prefácio. In: SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de manifestação de interesse (PMI)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

5 SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. **Administração Pública Digital e o Acesso à Justiça**: a simbiose entre o Código de Processo Civil de 2015, o processo administrativo eletrônico e a inteligência artificial. I Encontro Virtual do CONPEDI, Acesso à justiça II. p. 63-83. Florianópolis: CONPEDI, 2020. p. 72.

6 Para Pedro de Menezes Niebuhr, a atividade administrativa se desenvolve por meio de um processo administrativo predeterminado, que tem, para além de natureza formal, "dimensão também material e cujos objetivos vão desde servir como técnica de decisão e organização administrativa até a garantia de direitos e interesses dos particulares envolvidos". Cf. NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Processo Administrativo Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 56.

7 Para Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, o processo administrativo é muito mais do que simplesmente um caminho para a produção dos atos administrativos, mas um instrumento que garante os direitos dos particulares em face de outros particulares, e principalmente em face da própria administração pública. Cf. FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 26-31.

8 MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 288-289.

9 Para Gustavo Justino de Oliveira, a verdadeira democratização administrativa, cuja instituição foi pretendida pela Constituição de 1988, depende da participação popular na administração pública e, principalmente, da participação por meio de processos administrativos. Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 20.

tecnologia e da *internet*, no qual os cidadãos dos Estados democráticos e respeitadores das liberdades individuais passaram a se relacionar mais livremente a estar mais próximos do agir administrativo (por conta da divulgação em massa de informações e notícias, com fácil acessibilidade pela população em geral), a administração pública brasileira começou a sentir a necessidade de se tornar mais dialógica[10] e de tornar a sua atuação mais eficiente e transparente. Essa realidade levou a administração pública — e continua levando, em larga medida por conta da pandemia de Covid-19 — à adoção gradativa de processos administrativos eletrônicos, os quais têm um potencial superior aos processos físicos no que diz respeito à acessibilidade, publicidade, participação dos interessados, transparência, etc.

Conceitualmente, os processos administrativos eletrônicos podem ser definidos em sentido amplo como "processos administrativos em que os documentos que o formam estão disponibilizados eletronicamente, de preferência na internet, com amplo acesso pelos interessados, os quais podem se manifestar independentemente de comparecimento presencial".[11]

Os benefícios decorrentes da tramitação eletrônica dos processos administrativos podem ser visualizados na sua capacidade de acelerar a tramitação processual, uma vez que proporciona, por exemplo, a celeridade na expedição de intimações e no protocolo de petições, a diminuição do tempo ocioso do processo, a eliminação de tarefas repetitivas, a tomada de decisões mais célere e o trâmite simultâneo em mais de um órgão público. Isso permite, por exemplo, a execução paralela dos atos administrativos processuais, o acesso remoto e a participação de terceiros interessados.[12]

Além disso, é importante salientar que o processo administrativo eletrônico se apresenta "como o primeiro passo rumo ao desenvolvimento de uma administração pública moderna e tecnológica, atenta aos anseios da sociedade da informação do século XXI, aos direitos fundamentais dos cidadãos e à prestação de serviços públicos digitais com qualidade".[13]

Surge-se, então, o processo de transformação da administração pública tradicional, de natureza analógica, para um modelo digital, que atua necessariamente por intermédio de processos administrativos eletrônicos e com o uso de modernas tecnologias (como a inteligência artificial), prezando pela

10 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. SCHWANKA, Cristiane. A Administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 104. p. 303-322. jan./dez. 2009. p. 309.

11 SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. **Processo Administrativo Eletrônico**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 43.

12 SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. **Processo Administrativo Eletrônico**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 49.

13 SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. **Processo Administrativo Eletrônico**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 157.

prestação de serviços públicos digitais de qualidade e com caráter universal.

Assim, ao modificar o *locus* de formação do ato administrativo clássico para o ambiente eletrônico, a administração pública digital se fundamenta em pilares eminentemente digitais, com vistas a trazer eficiência ao agir administrativo e a transformar a maneira com que os cidadãos se relacionam com o Estado:

> No âmbito público, a aplicação de tecnologias na atuação estatal visa a melhor gestão dos serviços e da gestão pública em geral. Essa atuação, comumente designada por "e-Governança" tem como áreas: (i) a e-Administração Pública, que pressupõe a melhoria dos processos governamentais e do trabalho interno do setor público com a utilização das TICs; (ii) os e-Serviços Públicos, que têm como objetivo a melhoria na prestação de serviços ao cidadão; e (iii) a e-Democracia, que visa maior e mais ativa participação do cidadão, por meio do uso das tecnologias de informação e comunicação no processo democrático.[14]

O processo administrativo eletrônico, cuja existência e adoção estão intrinsicamente relacionadas ao desenvolvimento de uma administração pública digital, também possui potencial de servir como plataforma para as tecnologias mais modernas que existem atualmente, a exemplo da inteligência artificial. Explica-se: naturalmente, as ferramentas tecnológicas somente podem ser desenvolvidas e aproveitadas nos ambientes em que as atividades são executadas de forma minimamente digital e em que as informações e dados estejam à disposição da máquina — daí a importância de que a atividade administrativa seja desempenhada por intermédio de processos administrativos eletrônicos.

3. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA BREVE INTRODUÇÃO AOS SEUS CONCEITOS

Antes de se abordar especificamente o objeto deste trabalho — utilização de ferramentas de linguagem natural no processo de elaboração de decisões administrativas —, é imperioso trazer algumas definições sobre a tecnologia que torna isso possível, ou ao menos almejável: a inteligência artificial.

Sem rodeios, a inteligência artificial há muito tempo vem interagindo com as mais variadas áreas do conhecimento, de modo a permitir o desenvolvimento de muitas soluções tecnológicas, "utilizando conceitos, por exemplo, do *machine learning*, para a realização de tarefas repetitivas, complexas que demandariam uma utilização de esforços humanos com uma

14 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; DE SOUSA, Thanderson Pereira. Governo Digital na Implementação de Serviços Públicos para a Concretização de Direitos Sociais no Brasil. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 84, p. 209-242, abr. 2020. p. 218.

acurácia superior e em tempo e custo inferiores".[15]

Acontece que a definição do conceito de inteligência artificial não é unânime perante os especialistas. Apesar da possível percepção inicial de que a ausência de consenso seria algo prejudicial ao desenvolvimento da tecnologia, o dissenso é, na realidade, encarado positivamente, uma vez que "a falta de limitação conceitual possibilitou o exercício da criatividade e o desenvolvimento da área". Assim, uma boa maneira de se entender a inteligência artificial é "como um termo guarda-chuva: que abriga uma série de aplicações e tecnologias diferentes".[16]

Para a finalidade que se quer dar à inteligência artificial nesse trabalho (auxílio na elaboração de decisões), é importante ressaltar a imprescindibilidade de análise de um grande volume de dados,[17] tendo em vista que, como o processamento de linguagem natural (NLP) pode se apoiar no conceito de *machine learning* (aprendizado de máquina), é com essa análise que a sua função se potencializa.

A título de informação e antecipando a compreensão do próximo tópico, que se dedicará ao processamento de linguagem natural (NLP), o *machine learning* "é a área da IA responsável por grande parte das conquistas do campo nos últimos anos, para o que se chama de primavera da Inteligência Artificial". Especificamente:

> [...] *machine learning* como um conjunto de métodos que pode detectar padrões em dados de forma automática, e posteriormente usar esses padrões para prever dados futuros ou desempenhar outras formas de tomada de decisão. [...]
>
> Chama-se de *machine learning* a habilidade de sistemas de IA de adquirir conhecimento próprio ao extrair padrões de dados não processados. Essa tecnologia possibilitou que computadores pudessem lidar com problemas que exigem conhecimento do mundo real e tomar decisões que aparentam subjetividade. [...]
>
> Para saber como um algoritmo de *machine learning* se desempenhará quando submetido ao mundo real, é preciso que este desempenhe suas tarefas em dados que não conhece para que sua performance seja medida. Assim, a performance é medida usando um conjunto de dados separados do que

15 HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; MARTINS DA SILVA, Roberta Zumblick. **Inteligência Artificial e Direito**. 1. ed. v. 1. Curitiba: Alteridade Editora, 2019. p. 17.

16 HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; MARTINS DA SILVA, Roberta Zumblick. **Inteligência Artificial e Direito**. 1. ed. v. 1. Curitiba: Alteridade Editora, 2019. p. 84.

17 Não raramente a esse grande volume de dados é atribuído o termo *Big Data*, o qual, embora ainda exista muita discussão sobre a sua definição, pode-se entender basicamente como sendo "um conjunto de dados de grande 'volume', adquiridos em alta 'velocidade' e com informações de alta 'variedade' de formatos". Cf. VICTORINO, M. C.; SHIESSL, M.; OLIVEIRA, E. C.; ISHIKAWA, E.; HOLANDA, M. T.; HOKAMA, M. L. Uma proposta de ecossistema de big data para a análise de dados abertos governamentais concetados. **Informação & Sociedade**: Estudos, João Pessoa, v. 27, n. 1, p. 225-242, jan./abr. 2017. p. 231.

foi usado para o treinamento da máquina.[18]

Harry Surden, outro estudioso do tema, entende que *machine learning* se refere a um subcampo da ciência da computação que se preocupa com programas de computador capazes de aprender a partir da experiência e, com isso, aperfeiçoar o seu desempenho ao longo do tempo. Para Harry Surden, a expressão "computadores aprendem" — e daí é que vem o conceito "aprendizado de máquina" — é uma metáfora e não significa que os sistemas computacionais estão replicando artificialmente os sistemas avançados de cognição humana, mas que esses algoritmos estão aprendendo num sentido funcional: são capazes de modificar o seu comportamento a partir da experiência.[19]

Adentrando-se à questão de utilizar ferramentas de inteligência artificial para prestar auxílio ao campo processual, é imperioso ressaltar, como um dos autores deste texto já teve a oportunidade de o fazer, que o processo judicial é um ambiente propício para o seu uso, porque, em razão de sua "complexidade e quantidade das demandas postas ao Judiciário, seria ilógico, contraproducente e até mesmo cruel com seus servidores, magistrados ou não, bloquear o acesso a soluções de conforto e qualidade apresentados pela IA atualmente":

> Há um bom tempo que os fluxos de tarefas administrativas, tanto para direcionamento do processo judicial em si quanto para desenvolver serviços de apoio à atividade jurisdicional tomam grande quantidade de esforços, tempo, recursos e outros elementos preciosos ao serviço público. Também não é de hoje que esses fluxos estão a cada momento mais precisos e produzem muitos elementos de métricas de eficiência e eficácia. Há, portanto, um bom substrato para aplicação e aferição dos ganhos em IA homologada e implementada.[20]

Essa mesma lógica também pode ser aplicada aos processos administrativos, tendo em vista a grande quantidade de informações e dados gerados com o desempenho de suas atividades. Esse grande volume de dados, quando produzidos originariamente no âmbito de um processo administrativo eletrônico, ou quando migrado a ele, permite o desenvolvimento de ferramentas de inteligência artificial capazes de realizar a devida leitura e de tornar mais célere e efetiva a atuação administrativa[21] — e, evidentemente, o processo de elaboração das decisões administrativas.

A afirmação de que a inteligência artificial pode trazer celeridade

18 HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; MARTINS DA SILVA, Roberta Zumblick. **Inteligência Artificial e Direito**. 1. ed. v. 1. Curitiba: Alteridade Editora, 2019. p. 87-91.

19 SURDEN, Harry. **Machine Learning and Law**. University of Washington. School of Law. Washington Law Review, Volume 89, Number 1, 2014. p. 89.

20 HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; MARTINS DA SILVA, Roberta Zumblick. **Inteligência Artificial e Direito**. 1. ed. v. 1. Curitiba: Alteridade Editora, 2019. p. 118-120.

21 SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. **Administração Pública Digital e o Acesso à Justiça**: a simbiose entre o Código de Processo Civil de 2015, o processo administrativo eletrônico e a inteligência artificial. I Encontro Virtual do CONPEDI, Acesso à justiça II. p. 63-83. Florianópolis: CONPEDI, 2020. p. 77.

e efetividade para a atuação administrativa se fundamenta na ideia de que essa tecnologia é capaz de contribuir para a execução de funções repetitivas e mecânicas, cuja complexidade não se exalta ao serem desempenhadas por seres humanos — como é o caso de sugestão de palavras durante a escrita de um texto, de correção de termos, ou mesmo de transcrição de audiências ou de textos digitalizados em formato de imagem.

Sobre essa última funcionalidade, a inteligência artificial permite o desenvolvimento da tecnologia OCR (*optical character recognition*), que possibilita "o reconhecimento de caracteres de texto em imagens, transformando-os em texto passível de edição", estando apta até mesmo a reconhecer imagens que contenham textos manuscritos. Com efeito, as ferramentas de inteligência artificial também possuem a capacidade de aproveitar os dados não estruturados (grosso modo, dados "desorganizados" dos quais a máquina não consegue tirar conclusão alguma).

Utilizar a inteligência artificial para aproveitar dados não estruturados significa dizer que ela pode auxiliar o processo de estruturação de dados, inclusive por meio de algoritmos de organização, a fim de formar "estruturas orientadas por sua função, finalidade e condições para armazenamento (clássicos vetores, listas, filas, pilhas, árvores, etc.)".[22] Assim, seja pela tecnologia OCR, seja por algoritmos de organização, os dados não estruturados podem se tornar combustível para o trabalho da máquina, mitigando a necessidade de que um ser humano execute essas tarefas de caráter eminentemente repetitivo e mecânico.

Apenas a título de exemplo, tem-se que, no âmbito de processos administrativos, alguns dos dados não estruturados mais comuns que os servidores públicos podem se deparar são gravações em áudio (cuja transcrição depende do processamento de linguagem natural), textos contidos em arquivos de imagens, dados em geral que não estejam organizados e que precisam ser tratados (planilhas, atas, termos, etc.), entre outras situações que, em razão da dinâmica própria da atividade administrativa, são constantemente levadas para apreciação dos funcionários e autoridades dos órgãos e entidades públicas.

E é com a assistência dessas funcionalidades da inteligência artificial que se entende que esta tecnologia também pode contribuir com a administração pública em seu processo de elaboração de despachos e decisões administrativas.

Insistindo-se nos exemplos, é plenamente possível e sustentável, na visão destes autores, implementar ferramentas de inteligência artificial que auxiliem esse processo com a sugestão de uma tese jurídica, indicação de uma doutrina,

22 HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; MARTINS DA SILVA, Roberta Zumblick. **Inteligência Artificial e Direito**. 1. ed. v. 1. Curitiba: Alteridade Editora, 2019. p. 120-121.

um simples argumento, ou mesmo a sugestão de palavras. Imagine-se, ainda, uma funcionalidade de inteligência artificial que sugira uma ordem de urgência mais apurada na apreciação dos processos administrativos ou alerte em caso de potencial erro grosseiro pelo servidor ao redigir uma decisão, cujo conteúdo escrito possui um teor atípico se comparado a processos semelhantes.

Mais concretamente, estes autores já tiveram a oportunidade de realizar pesquisa sobre o uso da inteligência artificial para o desenvolvimento de uma Central de Jurisprudência Administrativa,[23] em que as novas tecnologias podem ser utilizadas no âmbito da gestão de informações sobre precedentes em matéria administrativa. Na hipótese, esta Central seria alimentada por todos os órgãos e entidades públicas do Brasil e estaria acessível por todos os interessados, sejam provenientes da esfera pública (servidores e autoridades administrativas), sejam da esfera particular, os quais teriam à disposição um amplo acervo de decisões administrativas para potencializar a segurança jurídica[24] de suas respectivas atuações.

Tratam-se de exemplos de funcionalidades desta tecnologia que são possíveis de serem implementadas em práticas rotineiras da administração pública. A inteligência artificial pode contribuir em todo o processo de elaboração de decisões administrativas, desde a redação da decisão propriamente dita até a atividade de pesquisa, passando, inclusive, pela organização do acervo administrativo e dos fluxos processuais.

Ademais, é importante observar que a estruturação de dados é uma etapa considerada de suma importância para o desenvolvimento de funcionalidades de inteligência artificial capazes de contribuir com a atividade administrativa. A existência de dados estruturados, para além de simplesmente facilitar e potencializar o desempenho da máquina, também se presta a mitigar os riscos de que a máquina "aprenda" de maneira errada.[25] Segundo Geoff Horrell, é preciso uma estrutura organizada:

> Ensinar uma máquina a aprender requer alimentá-la com informações de maneira organizada e estruturada. Usar uma abordagem sistemática

23 SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. A inteligência artificial aplicada à criação de uma Central de Jurisprudência Administrativa: o uso das novas tecnologias no âmbito da gestão de informações sobre precedentes em matéria administrativa. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 50, p. 18-34, jan./abr. 2020.

24 Para a relação entre as soluções de inteligência artificial e a ampliação da segurança jurídica das decisões, ver: HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; DEZAN, Matheus Lopes. Soluções de inteligência artificial como forma de ampliar a segurança jurídica das decisões jurídicas. **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**, Florianópolis, v. 1, n. 18, p. 178-190, 2019.

25 Cita-se, a título ilustrativo, o episódio em que Tay, o *chatbot* desenvolvido pela Microsoft, que foi projetado para responder perguntas e conversar com internautas na plataforma Twitter. Contudo, o plano fracassou, pois em questão de apenas um dia a tecnologia foi "corrompida" pelas mensagens recebidas por todos os lados, não tendo sido capaz de filtrar injúrias racistas, piadas e comentários dos mais diversos. Cf. CANO, Rosa Jiménez. **O robô racista, sexista e xenófobo da Microsoft acaba silenciado**. El País, 25 mar. 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/24/tecnologia/1458855274_096966.html. Acesso em: 9 set. 2020.

> é essencial para medir se o resultado entregue pela máquina é forte o suficiente para ser aproveitado. Por fim, o sucesso de qualquer recurso de aprendizado de máquina está diretamente relacionado à obtenção e à qualidade dos dados de treinamento desde o início. Se esses dados estiverem incorretos, você terá uma situação de "lixo dentro, lixo fora". Até mesmo o recurso mais inteligente será incapaz de processar uma massa aleatória de sequências de texto não verificadas e tabelas de log para fornecer uma resposta significativa. Ou pior ainda, os recursos processarão esses dados sujos e fornecerão uma resposta completamente equivocada.[26]

Como antecipado, e mesmo que aparente ser uma ideia futurista, acredita-se que o uso da inteligência artificial no processo de elaboração de decisões administrativas pode ser implementado nos dias atuais por meio de um processo de análise de um grande volume de dados, correlacionando-os de acordo com a similaridade de diversas características passíveis de serem encontradas nos processos administrativos, independentemente de sua espécie (ambientais, disciplinares, licitatórios, sancionadores, etc).

É o caso, por exemplo, da identidade dos litigantes e a sua natureza jurídica (pessoa natural ou jurídica), do assunto do requerimento ou ato administrativo que originou o processo, dos pedidos formulados pelas partes envolvidas, dos valores relacionados à controvérsia, dos precedentes judiciais ou administrativos colacionados nas manifestações, da legislação invocada pelas partes, do rol de documentos, da data de instauração do processo administrativo, dentre outras informações que podem ser extraídas dos autos.

Levando-se em conta as funcionalidades proporcionadas pelas tecnologias modernas, a era dos sistemas cognitivos permite que os seres humanos aproveitem os benefícios que a inteligência artificial oferece a fim de alcançar resultados mais expressivos e mais rapidamente. O caminho para atingir esse cenário pode ser facilitado pela aliança entre as habilidades humanas e as funcionalidades das máquinas, as quais, em algumas situações, superam as habilidades do ser humano — seja porque executam funções em grau quantitativo superior, seja porque possuem uma maior capacidade de desempenho qualitativo.

Hoje em dia, as ferramentas de análise da linguagem possuem a habilidade de identificar automaticamente os argumentos constantes de um texto. Essa capacidade faz surgir um novo paradigma: o da computação cognitiva (*cognitive computing*), que prima pela colaboração entre máquina e humano para solucionar problemas — e não, como se pode equivocadamente imaginar, o desenvolvimento de um sistema de inteligência artificial que "pensa" ou que

26 HORRELL, Geoff. **With artificial intelligence, there's nothing sexy about dirty data**. Thomson Reuters, 12 Sep. 2017. Disponível em: https://blogs.thomsonreuters.com/answerson/artificial-intelligence-theres-nothing-sexy-dirty-data/. Acesso em: 9 set. 2020

desempenha atividades cognitivas próprias dos humanos.[27]

Finalmente, antes de se adentrar ao processamento de linguagem natural (NLP), faz-se necessário salientar que não se está a defender, neste trabalho, a substituição do agente administrativo tomador de decisões por robôs. O que se defende é a utilização de ferramentas de inteligência artificial capazes de contribuir com o processo de elaboração de decisões administrativas, seja pelo auxílio em funções secundárias (como a pesquisa de elementos aptos a fundamentar a decisão), seja pelo auxílio em funções principais de redação (como a sugestão de palavras durante o processo de redação, ou mesmo minutas de decisões).

A ideia é que a inteligência artificial pode reduzir a necessidade de que servidores desempenhem tarefas repetitivas, de modo possam ser destacados para outras funções, em que a capacidade técnica do ser humano seja mais bem aproveitada. Mesmo na hipótese de auxílio em funções principais, a necessidade de que um ser humano analise e revise o trabalho da máquina é requisito de legitimidade e, também, fundamental para o processo decisório administrativo.

De qualquer forma, somente é possível ventilar as hipóteses de auxílio da inteligência artificial no processo de elaboração de decisões administrativas se houver a aplicação de ferramentas de processamento de linguagem natural (NLP), que é acrescida — e por vezes figura até como condição ao desenvolvimento — às funcionalidades descritas neste tópico (a exemplo da tecnologia OKR e dos algoritmos de organização).

4. O PROCESSAMENTO DE LINGUAGEM NATURAL (NLP) E A CONTRIBUIÇÃO AO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DE DECISÕES ADMINISTRATIVAS

Vencida a introdução sobre a temática da inteligência artificial e das funcionalidades que ela pode proporcionar à atividade administrativa, é certo que uma das grandes questões atuais sobre a compatibilização de sistemas de inteligência artificial com o direito é a possibilidade de apropriação da complexidade dos arranjos processuais jurídicos por uma solução de *machine learning*. Agora, será abordado o processamento de linguagem natural (NLP), que possui importância central nesse processo de compatibilização.

A título de referência e compreensão do tema, cita-se pesquisa profunda realizada sobre predição de decisões para a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), cujo objetivo principal foi demonstrar as possibilidades

27 ASHLEY, Kevin D. **Artificial Intelligence and Legal Analytics**: New Tools for Law Practice in the Digital Age. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 12.

do processamento de linguagem natural (NLP) para prever automaticamente decisões da Corte. Em essência, esse trabalho é feito pela aplicação de uma análise quantitativa com base em palavras e conjuntos de palavras associadas utilizadas em processos da CEDH e, realizada essa análise, ensina-se o computador a prever a decisão.[28] Entretanto, esse caminho não é fácil.

O estudo realizado passa pela constatação de que as informações jurídicas são escritas em linguagem natural, embora bastante específica, sendo que na maioria das vezes não se apresenta de forma estruturada (ou seja, dados não estruturados).[29] Por essas características, a pesquisa optou em utilizar *machine learning* supervisionada,[30] pela qual o computador receberá informações textuais de um grande volume de processos já existentes, com sentenças reais para treinamento, rotuladas, identificando padrões associados a cada tipo de veredicto. Para fins de testagem, a avaliação é feita fornecendo um caso que ainda não foi julgado.[31]

O *dataset* da pesquisa é composto por dados semiestruturados divididos em fatos, argumentos e decisões. A intenção apontada foi a de fornecer os fatos ao programa de *machine learning* e prever as decisões, isto é, alcançar uma identidade com o rótulo da fase de treinamento. A pesquisa optou por utilizar uma base algorítmica de *Support Vector Machine (SVM)* — classificador linear que, por meio de dados rotulados, busca estabelecer a forma de equação mais simples para separar pontos de dados diferentes um do outro, com a menor taxa de erro possível.

Na ocasião, utilizou-se sistema em que o algoritmo SVM decide o melhor hiperplano (linha em várias dimensões, para separar os dados). Os vetores de

28 MEDVEDEVA, Masha; VOLS, Michel; WIELING, Martijn. **Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights**. Springer. 26 June, 2019. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/334051389_Using_machine_learning_to_predict_decisions_of_the_European_Court_of_Human_Rights. Acesso em 16 set. 2020.

29 Vide tópico anterior.

30 O exemplo dos cães e gatos é muito interessante para se compreender a dinâmica do aprendizado supervisionado: suponha que o desejo seja criar um sistema que reconheça cães e gatos. Primeiro, precisa-se de um banco de dados de imagens de cães e gatos, onde cada um tem um rótulo. Após, apresenta-se ao sistema uma a uma as imagens de cães e gatos devidamente rotuladas, permitindo que o sistema observe características de cada animal e (quando for suficiente) reconheça as características (p.ex. caudas longas, pelos curtos ou longos, formato da cabeça, olhos). Essa é a fase de treinamento ou configuração do modelo. No teste ou avaliação, apresenta-se uma foto sem o rótulo para perceber se o programa acerta a classe. (MEDVEDEVA, Masha; VOLS, Michel; WIELING, Martijn. **Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights**, Springer. 26 June, 2019).

31 A pesquisa relata experimentos muito interessantes que podem ser realizados com textos escritos por homens ou mulheres em que o programa consegue analisar o estilo do que foi escrito. Apresenta referenciais de pesquisa em dados de mídia social que, ao treinar modelos, conseguem geralmente identificar que mulheres usam mais pronomes enquanto homens xingam com mais frequência.
Percebe-se presente no estudo um dos requisitos mais importante para pesquisa com inteligência artificial no Direito: um problema específico claramente definido. Para o estudo, escreveu-se um programa de computador que analisa textos de sentenças de casos da CEDH disponíveis no site do Tribunal e prevê se algum artigo específico da CEDH foi violado. (MEDVEDEVA, Masha; VOLS, Michel; WIELING, Martijn. **Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights**. Springer. 26 June, 2019. p. 243).

suporte são os pontos de dados mais próximos dessa linha e o objetivo do algoritmo será escolher a posição com a maior margem possível em relação aos pontos, refletindo concretamente uma maior chance de separação de classes mais correta (classificação correta). Após o treinamento SVM, um conjunto separado de casos (*dataset* de teste), que não foram usados no treinamento, é utilizado para testes comparativos.

O contexto da pesquisa está circunscrito à decisão judicial da CEDH, que possui uma estrutura relativamente estável e está relacionada a possíveis violações de 9 artigos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Em geral, as decisões judiciais da CEDH que foram analisadas possuem a seguinte estrutura: introdução (título, data, Câmara, Seção da Corte e sua composição), procedimento, fatos (circunstâncias sobre o autor e os eventos causadores da controvérsia, assim como dispositivos infralegais ou legais que não estejam dispostos na Convenção Europeia), fundamentos jurídicos e a decisão da Corte propriamente dita (referente a cada uma das violações alegadas).[32]

Dois experimentos específicos feitos pela ferramenta de processamento de linguagem natural (NLP) foram usados, inicialmente, para verificar a possibilidade de utilizar palavras e frases para predição de decisões e, em seguida, fazendo uso das abordagens realizadas inicialmente, para estimar o potencial de prever casos futuros. Foi realizada uma configuração de pré-processamento no material textual, isto é, foram removidos alguns elementos irrelevantes para o objetivo, bem como elementos facultativos das decisões, que consistem nas decisões citadas e opiniões concordantes dos textos de julgamento (grosso modo, o elemento argumentativo que apresenta jurisprudência e doutrina em um ou outro sentido). Isso confere ao material textual mais identidade argumentativa com o prolator da decisão. Ao final, o *dataset* foi composto da seguinte forma: procedimento, circunstâncias e dispositivos infralegais ou legais que não estejam dispostos na Convenção Europeia (e os dois juntos, compondo os fatos) e, depois, todos juntos (procedimento + fatos).[33]

No *dataset*, uma questão essencial é determinar como identificar elementos úteis e seus valores para cada caso. É possível fazer uma combinação de elementos manuais com seleções automaticamente realizadas que dão algum resultado interessante e vão desde palavras separadas até pequenas sentenças textuais ou sequências de palavras, as quais devem ou não estar presentes para determinado objetivo. Assim, o programa de *machine learning* determinará quais dessas palavras, sequências ou sentenças são mais características de uma

32 MEDVEDEVA, Masha; VOLS, Michel; WIELING, Martijn. **Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights**. Springer. 26 June, 2019. p. 245.

33 MEDVEDEVA, Masha; VOLS, Michel; WIELING, Martijn. **Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights**. Springer. 26 June, 2019. p. 249.

"violação" ou "não violação" específica.[34]

Esse modelo de predição é mais facilmente perceptível quando se está diante do trabalho de redação de um *e-mail* e a máquina consegue prever e sugerir a continuação de uma sentença — o que, como salientado, é uma funcionalidade perfeitamente aplicável e possível de ser aproveitada pela administração pública nos processos de elaboração de decisões administrativas.

Isso ocorre porque ela reconhece palavras e sequências de palavras anteriores típicas de alguma construção e, portanto, ela apresenta essa possível construção. Assim se faz em sistemas mais usuais de *speech recognition* (reconhecimento de fala) e *gramatical error correction* (correção gramatical). Sistemas probabilísticos sobre sequências de palavras são genericamente chamados LMs (*language model*). LM para frases e sequências de palavras é n-grama, isto é, uma sequência de N palavras. A intuição do modelo n-grama é que, em vez de calcular a probabilidade de uma palavra, levando-se em conta o texto inteiro, é possível considerar apenas as últimas palavras apresentadas nos componentes do n-grama.[35]

Além disso, as probabilidades do n-grama também podem ser úteis para estimar semelhanças de palavras ou frases que se repetem em um texto,[36] ou mesmo para realizar correções gramaticas com alto grau de eficiência.[37] Tratam-se de funcionalidades que podem, facilmente, contribuir com o processo de elaboração de decisões administrativas.

Assim, o raciocínio humano — referindo-se especialmente ao raciocínio jurídico — pode ser captado pelo *machine learning*, destacadamente sobre três parâmetros. Primeiro, pela identificação de elementos claros como objetivos de comparação, isto é, parâmetros de identificação de situações determinadas, a exemplo do sistema de violação/não violação de artigos; segundo, pela delimitação de *dataset* para treinamento e teste, a exemplo da identificação de referenciais nos elementos (procedimento e/+ fatos); e terceiro, a possibilidade de referenciais em palavras e sequências de palavras para formar prognose.

Ato contínuo, como última frente de abordagem, torna-se imperioso

34 Uma sequência contígua de uma ou mais palavras em um texto é formalmente chamada de n-grama. Palavras únicas são chamadas unigramas, sequências de duas palavras consecutivas são chamadas de bigramas e de três palavras consecutivas, trigramas. (MEDVEDEVA, Masha; VOLS, Michel; WIELING, Martijn. **Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights**. Springer. 26 June, 2019. p. 249).

35 JURAFSKY, Daniel; MARTIN, James H. **Speech and Language Processing**. Chapter 3: N-gram Language Models. October 2, 2019. p. 2. Disponível em https://web.stanford.edu/~jurafsky/slp3/3.pdf. Acesso em 16 set. 2020.

36 MCKEOWN, Kathy. N-Grams and Corpus Linguistics. CS 4705: Introduction to Natural Language Processing. Columbia University. Fall 2009. p. 48. Disponível em http://www.cs.columbia.edu/~kathy/NLP/ClassSlides/Class3-ngrams09/ngrams.pdf. Acesso em 17 set. 2020.

37 AHMED, Farag; DE LUCA, Ernesto William; NÜRNBERGER, Andreas. **Revised N-Gram based Automatic Spelling Correction Tool to Improve Retrieval Effectiveness**. Disponível em http://www.scielo.org.mx/pdf/poli/n40/n40a7.pdf. Acesso em 17 set. 2020.

repetir que não se está defendendo a substituição do agente administrativo no processo de elaboração de decisões, até porque este é imprescindível para que a administração pública consiga, com segurança, garantir o desempenho de suas atividades e a função que a Constituição de 1988 lhe atribuiu.

Por esse motivo, é muito importante que a administração pública, ao adotar ferramentas de inteligência artificial, em especial aquelas que atuam pelo conceito de *machine learning*, implemente sistemas de auditoria algorítmica (*algorithmic auditing systems*), para servir como mais um fator de revisão de potenciais vieses prejudiciais aos cidadãos e riscos de segurança de dados,[38] por exemplo. Estes sistemas podem, eventualmente, superar a caixa preta (*black box*) da inteligência artificial e torná-la analisável e compreensível, de modo que a administração e os particulares poderão conhecer o caminho que determinada "decisão robótica" percorreu e quais dados foram utilizados para alcançar o resultado.[39]

O conhecimento dos dados que foram utilizados pela ferramenta para redigir uma decisão administrativa e a existência de mecanismos de controle do algoritmo são condições para a adoção da tecnologia pela administração pública, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro considera a motivação expressa das decisões administrativas um requisito formalístico dos atos administrativos.[40] É dizer que o registro formal dos motivos de fato e de direito que orientaram o processo de elaboração da decisão é medida *sine qua non* para a atividade administrativa, permitindo-se o controle jurídico e social sobre a administração pública.[41]

É dizer: "Seja uma decisão administrativa manualmente redigida, seja uma decisão eletrônica ou, ainda, seja uma decisão robótica, elas devem apresentar motivação suficiente, sem escusas para o contrário, sob pena de serem inválidas".[42] Não à toa, recentemente, foi aprovado na I Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal o Enunciado 12, segundo o qual "A decisão administrativa robótica deve ser suficientemente motivada, sendo a sua opacidade motivo de invalidação".

38 HAGER, Gregory D.; DROBNIS, Ann; FANG, Fei; GHANI, Rayid; GREENWALD, Amy; LYONS, Terah; PARKES, David C.; SCHULTZ, Jason; SARIA, Suchi; SMITH, Stephen F.; TAMBE, Milind. **Artificial Intelligence for Social Good**. Washington, DC. March 2017. p. 1-23. Disponível em: https://arxiv.org/abs/1901.05406. Acesso em 11 set. 2020.

39 SILBERG, Jake; MANYIKA, James. **Notes from the AI frontier: Tackling bias in AI (and in humans)**. McKinsey Global Institute, June 2019. p. 4-5. Disponível em: https://www.mckinsey.com/~/media/McKinsey/Featured%20Insights/Artificial%20Intelligence/Tackling%20bias%20in%20artificial%20intelligence%20and%20in%20humans/MGI-Tackling-bias-in-AI-June-2019.ashx. Acesso em: 17 set. 2020.

40 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 408.

41 SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Diálogos público-privados**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 175.

42 SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; DEZAN, Matheus Lopes. **A decisão administrativa robótica e o dever de motivação**. Jota, 01 set. 2020.

Nesse sentido, é forçoso reconhecer a importância da transparência, da *accountability* e da possibilidade de interpretação dos caminhos que levaram a máquina a redigir determinada decisão administrativa por meio do processamento de linguagem natural (NLP). Não apenas porque os destinatários do conteúdo decisório podem discordar com o resultado obtido, mas também porque existe um risco real de que esse desconhecimento possa ser utilizado por agentes mal intencionados, movidos por anseios pessoais em detrimento do interesse público. Somente assim, com o implemento de mecanismos de controle e de auditoria, é que a inteligência artificial poderá ser utilizada pela administração pública em favor da sociedade, com a garantia de mitigação de riscos aos direitos dos cidadãos.[43]

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise empreendida neste trabalho levou em conta que o Direito Administrativo contemporâneo disciplina relações jurídicas inseridas em uma sociedade digital, altamente tecnológica, comunicativa e informacional, cujos cidadãos-destinatários demandam agilidade, transparência, qualidade, impessoalidade, eficiência, responsividade e motivação na atuação administrativa — em especial quando da prestação de serviços públicos e da tomada de decisões administrativas.

Nesse contexto, a administração pública precisou se modernizar, surgindo-se o conceito de administração pública digital, que atua por intermédio de processos administrativos eletrônicos e faz uso de ferramentas tecnológicas, como a inteligência artificial, para desempenhar as suas funções constitucionais em prol do interesse público.

Especificamente, a inteligência artificial é vista como uma tecnologia disruptiva capaz de revolucionar a atividade administrativa, em especial com a atuação por meio do *machine learning* e em razão da grande quantidade de dados e informações que a administração pública dispõe.

A inteligência artificial pode trazer celeridade e efetividade para a atividade administrativa e, no tocante ao processo de elaboração de decisões, atuando por meio do conceito de processamento de linguagem natural (NLP), pode servir como ferramenta de sugestão de palavras durante a escrita de um texto, de correção de termos, ou mesmo de transcrição de audiências ou de textos digitalizados em formato de imagem. Além disso, vislumbra-se a possibilidade de que a inteligência artificial sugira, nesse processo, teses jurídicas, indique doutrinas ou simples argumentos jurídicos, sugira uma ordem de urgência na

43 HAGER, Gregory D.; DROBNIS, Ann; FANG, Fei; GHANI, Rayid; GREENWALD, Amy; LYONS, Terah; PARKES, David C.; SCHULTZ, Jason; SARIA, Suchi; SMITH, Stephen F.; TAMBE, Milind. **Artificial Intelligence for Social Good**. Washington, DC. March 2017. p. 16.

apreciação dos processos administrativos ou alerte em caso de potencial erro grosseiro pelo servidor ao redigir uma decisão, cujo conteúdo escrito possui um teor atípico se comparado a processos semelhantes.

Ou seja, defende-se que a inteligência artificial pode contribuir com o processo de elaboração de decisões administrativas, seja pelo auxílio em funções secundárias, seja pelo auxílio em funções principais de redação. É claro, contudo, que não se ignora os obstáculos que precisam ser enfrentados para que a administração pública possa fazer uso dessa tecnologia, o que deve ser feito com o competente planejamento.

Por exemplo, ao adotar ferramentas de inteligência artificial, em especial aquelas que atuam pelo conceito de *machine learning*, é essencial que a administração pública implemente sistemas de auditoria algorítmica (*algorithmic auditing systems*), para servir como mais um fator de revisão de potenciais vieses prejudiciais aos cidadãos e riscos de segurança de dados. Não apenas porque os destinatários do conteúdo decisório podem discordar do resultado obtido, mas também porque, somente assim, com o implemento de mecanismos de controle e de auditoria, é que se terá a garantia de mitigação do risco de que indivíduos mal-intencionados façam uso da inteligência artificial para violar direitos dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

AHMED, Farag; DE LUCA, Ernesto William; NÜRNBERGER, Andreas. **Revised N-Gram based Automatic Spelling Correction Tool to Improve Retrieval Effectiveness**. Disponível em http://www.scielo.org.mx/pdf/poli/n40/n40a7.pdf. Acesso em 17 set. 2020.

ASHLEY, Kevin D. **Artificial Intelligence and Legal Analytics**: New Tools for Law Practice in the Digital Age. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

CANO, Rosa Jiménez. **O robô racista, sexista e xenófobo da Microsoft acaba silenciado**. El País, 25 mar. 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/24/tecnologia/1458855274_096966.html. Acesso em: 9 set. 2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; DE SOUSA, Thanderson Pereira. Governo Digital na Implementação de Serviços Públicos para a Concretização de Direitos Sociais no Brasil. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 84, p. 209-242, abr. 2020.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

HAGER, Gregory D.; DROBNIS, Ann; FANG, Fei; GHANI, Rayid; GREENWALD, Amy; LYONS, Terah; PARKES, David C.; SCHULTZ, Jason; SARIA, Suchi; SMITH, Stephen F.; TAMBE, Milind. **Artificial Intelligence for Social Good**. Washington, DC. March 2017. p. 1-23. Disponível em: https://arxiv.org/abs/1901.05406. Acesso em 11 set. 2020.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; DEZAN, Matheus Lopes. Soluções de inteligência artificial como forma de ampliar a segurança jurídica das decisões jurídicas. **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**, Florianópolis, v. 1, n. 18, p. 178-190, 2019.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; MARTINS DA SILVA, Roberta Zumblick. **Inteligência Artificial e Direito**. 1. ed. v. 1. Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

HORRELL, Geoff. **With artificial intelligence, there's nothing sexy about dirty data**. Thomson Reuters, 12 Sep. 2017. Disponível em: https://blogs.thomsonreuters.com/answerson/artificial-intelligence-theres-nothing-sexy-dirty-data/. Acesso em: 9 set. 2020.

JURAFSKY, Daniel; MARTIN, James H. **Speech and Language Processing**. Chapter 3: N-gram Language Models. October 2, 2019. Disponível em https://web.stanford.edu/~jurafsky/slp3/3.pdf. Acesso em 16 set. 2020.

MCKEOWN, Kathy. N-Grams and Corpus Linguistics. **CS 4705**: Introduction to Natural Language Processing. Columbia University. Fall 2009. Disponível em http://www.cs.columbia.edu/~kathy/NLP/ClassSlides/Class3-ngrams09/ngrams.pdf. Acesso em 17 set. 2020.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEDVEDEVA, Masha; VOLS, Michel; WIELING, Martijn. **Using machine learning to predict decisionsof the European Court of Human Rights**. Springer. 26 June, 2019. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/334051389_Using_machine_learning_to_predict_decisions_of_the_European_Court_of_Human_Rights. Acesso em 16 set. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Prefácio. In: SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho.

Procedimento de manifestação de interesse (PMI). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Processo Administrativo Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. SCHWANKA, Cristiane. A Administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 104. p. 303-322. jan./dez. 2009.

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. **Covid-19 e a importância da administração pública digital**. JOTA, 18 mar. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/covid-19-e-a-importancia-da-administracao-publica-digital-18032020. Acesso em 6 set. 2020.

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. **Processo Administrativo Eletrônico**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. A inteligência artificial aplicada à criação de uma Central de Jurisprudência Administrativa: o uso das novas tecnologias no âmbito da gestão de informações sobre precedentes em matéria administrativa. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 50, p. 18-34, jan./abr. 2020. Disponível em: https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/14981. Acesso em: 14 set. 2020.

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. **Administração Pública Digital e o Acesso à Justiça**: a simbiose entre o Código de Processo Civil de 2015, o processo administrativo eletrônico e a inteligência artificial. I Encontro Virtual do CONPEDI, Acesso à justiça II. p. 63-83. Florianópolis: CONPEDI, 2020.

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; DEZAN, Matheus Lopes. **A decisão administrativa robótica e o dever de motivação**. Jota, 1 set. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/a-decisao-administrativa-robotica-e-o-dever-de-motivacao-01092020. Acesso em 17 set. 2020.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Diálogos público-privados**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SILBERG, Jake; MANYIKA, James. **Notes from the AI frontier: Tackling bias in AI (and in humans)**. McKinsey Global Institute, June 2019. p. 4-5. Disponível em: https://www.mckinsey.com/~/media/McKinsey/Featured%20Insights/Artificial%20Intelligence/Tackling%20bias%20in%20artificial%20intelligence%20and%20in%20humans/MGI-Tackling-bias-in-AI-June-2019.ashx. Acesso em: 17 set. 2020.

SURDEN, Harry. **Machine Learning and Law**. University of Washington. School of Law. Washington Law Review, Volume 89, Number 1, 2014.

VICTORINO, M. C.; SHIESSL, M.; OLIVEIRA, E. C.; ISHIKAWA, E.; HOLANDA, M. T.; HOKAMA, M. L. Uma proposta de ecossistema de big data para a análise de dados abertos governamentais concetados. **Informação & Sociedade**: Estudos, João Pessoa, v. 27, n. 1, p. 225-242, jan./abr. 2017.

10. PROCURACIÓN E IMPARTICIÓN DE JUSTICIA Y EL USO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS: VALIDEZ Y EFICACIA DE LA *E-JUSTICIA* EN LOS ESTADO DE EMERGENCIA

Guadalupe Friné Lucho González

Profesora de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Coordinadora programas en la asociación Paso de Esperanza AC. Licenciada en Filosofía y Humanidades. Maestra en Ciencias Políticas. Doctora en Derecho Constitucional y gobernabilidad en la Universidad Autónoma de Nuevo León. Coordinadora del Centro de Investigación Martínez Arrieta. Correo: frinelucho@gmail.com.

Guillermo Cienfuegos Galindo

Catedrático de la Universidad Autónoma de Nuevo León y de distintas Universidades, es divulgador científico, realizó sus estudios de maestría en derecho laboral así como en astrofísica y tecnologías afines, actualmente es doctorante de la UANL. Actualmente miembro de la academia mexicana del trabajo y de la previsión social, representante del turismo científico del desarrollo económico y social regional basado en el conocimiento.

Sumario: 1. Consideraciones iniciales; 2. El paso obligado a nuevas tecnologías en un contexto de emergencia sanitaria; 3. La omisión que existió al ser considerada la procuración de justicia como actividad esencial sin los medios para llevarla a cabo; 4. Tecnologías en la aplicación de justicia en México; 5. La *e-justicia* y el estado de emergencia en México: validez y eficacia; 6. Retos de la *e-justicia* en la *Nueva Normalidad*; 7. Consideraciones finales; Bibliografía.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

Son muchas las conceptualizaciones que se han incorporado en la realidad jurídica y que antes sólo estaban vinculadas al uso de la tecnología, términos como Cibersociedad, *homo digitalis*, comunidades virtuales o redes telemáticas parecían nociones ajenas a la actividad judicial del Estado y de la propia administración de justicia, estos son términos que en sí mismos representan las nuevas tecnologías denominadas (TIC´s) del progreso electrónico[1] y que han llegado no sólo para impactar nuestra vida, sino para quedarse.

En 1996 en el libro *Camino al futuro*, se vaticinó que llegaría un día en que seríamos

> capaces de dirigir negocios, de estudiar y explorar el mundo, sus culturas,

1 GARCÍA BARRERA, M. E., "Juzgado sin papel, un paso más de la justicia electrónica", en **Revista IUS**, 12(41), 2018, pp. 133-154.

> de hacer surgir algún gran entretenimiento, hacer amigos, asistir a mercados locales, enseñar fotografías a parientes lejanos sin abandonar nuestra mesa de trabajo o nuestro sillón. No abandonaremos nuestra conexión a la red, ni la dejaremos en la oficina o en el aula. Esta red será algo más que un objeto que portamos, o un dispositivo que compremos. Será nuestro pasaporte para un modo de vida nuevo y mediático[2].

El futuro vaticinado nos alcanzó, pero nos tomó desprevenidos, la situación que se vive a nivel mundial por la pandemia de COVID-19 vino a trastocar toda actividad y modo de vivir, es por ello que en este artículo abordaremos la problemática en torno a cómo pueden llevarse a cabo la administración de justicia y cómo los procesos ya existentes han tenido que adaptarse en tiempos del COVID-19, ya que el confinamiento prolongado y las medidas de seguridad y salubridad, impiden el encuentro físico.

Nos enfrentamos entonces a un mundo que por la propia pandemia debería de mantener distancia social, pero en el cual las conductas ilícitas se siguen dando, por lo que para atender esto en tanto que la administración y procuración de justicia se consideran actividades esenciales del Estado, deben de seguirse procurando por medio del teletrabajo definido por el Diccionario de la Real Academia Española (RAE) como aquél que se realiza desde un lugar fuera del lugar habitual utilizando las redes de telecomunicación para cumplir con las tareas asignadas.

Las herramientas digitales son estratégicas para lograr promover un cambio de perspectiva en el sistema de justicia, aunque su desarrollo en América Latina es aún muy limitado en comparación con algunos otros países como lo son Estados Unidos de América y Europa. Por tanto, la implementación de la justicia electrónica o *e-justicia* en México y América Latina es una gran oportunidad tecnológica para consolidar la eficiencia y eficacia en cuanto a los procesos judiciales, para estrechar un vínculo de permanencia del Estado fomentado la participación ciudadana en todos los procesos judiciales y transparentar toda la información pública como arma contra la ilegalidad y corrupción.

Dentro de las innovaciones propias de este cambio de paradigma se encuentra el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC´s) como la fuente principal de la comunicación y, que hoy en día son parte fundamental de la *nueva normalidad*, en tanto permiten mantener actividades que se consideran esenciales en marcha. Pese a ello debemos de tener en cuenta que si bien estas TIC´s existían antes de la pandemia, se ha potencializado su uso en virtud de las propias necesidades, necesidades que obligaron a todo un sistema de procuración de justicia a tomar resoluciones que permitieran continuar con su labor.

2 GATES, Bill., MYHRVOLD, N., RINEARSON, P., & CHAPARRO, F. O., **Camino al futuro,** Mc-Graw-Hill, Santafé de Bogotá, 1995, p. 236.

El sistema jurídico mexicano ha cambiado y desde antes de la situación de emergencia presentado, dio apertura a diferentes métodos de interpretación y de procuración de justicia, pero a pesar de ello, este sistema se ha mantenido de cierta forma igual, ya que la estructura de todo proceso judicial, incluyendo los propios de la materia administrativa, se han mantenido rigurosos, en parte por querer garantizar los derechos fundamentales, el principio *pro hommine* y las garantías procesales.

A raíz del distanciamiento social, el cierre de juzgados presenciales y la *nueva normalidad*, se tuvo que introducir el uso más amplio de las TIC´s en cuanto a la administración y procuración de justicia, ya que las nuevas tecnologías permiten a las personas accesibilidad del proceso en línea, más eficacia en el proceso y que esta actividad esencial del Estado continúe.

La contingencia ha obligado al cambio y representa el inicio de una nueva era donde los sistemas de tecnología permitirán modificaciones de manera inevitable, para unos esto algo importante y para otros es algo que representará una dificultad al momento de habituarse a su uso, ya que se aferraban a la idea de que era una burda futurología que existiese un cambio que es hoy una realidad y que será parte de nuestra vida cotidiana.

Como se mencionó anteriormente, la pandemia por el virus denominado SARS-CoV-2, ha logrado estragos en la población en lo general y dada estas circunstancias ha forzado a los sistemas procesales y judiciales a cambiar el método de instancias judiciales, notificaciones e incluso implementar juicios en línea, amparos electrónicos y audiencias virtuales y si bien, existía un tímido intento de uso de las TIC´s, esta inmersión en su uso dentro de este rubro, representó un reto para el cual no estaba preparada la mayoría.

Está claro, que existe cierta incertidumbre, propia de la poca habituación del uso de las TIC´s con respecto a cómo se están estableciendo los procesos y que uno de los grandes retos será establecer con una mayor efectividad la administración y procuración de justicia, sin embargo las Nuevas Tecnologías de la Información (TIC´s), nos brindan la posibilidad de que con un solo clic logremos realizar trámites de una forma pronta y expedita según los términos que establece nuestra legislación, por ejemplo.

Ahora bien, la utilización constante de las TIC´s, implica desarrollo en la actividad laboral, en metas de producción y calidad de los trabajos, pues supone la automatización de labores, la construcción de bases de datos, encriptaciones, protección y facilidades en la comunicación de las personas, esto se irá transformando en beneficios para la administración de justicia[3].

3 CERRILLO, A., "Las tecnologías de la información y el conocimiento al servicio de la justicia iberoamericana en el siglo XXI" en **IDP. Revista de Internet, Derecho y Política**, (4), 2007, pp. 2-12.

Este cambio completo en la administración de justicia es un reto para las grandes masas de litigantes que hoy en día nos enfrentamos a los cambios constantes que presenta el sistema, y por los cuales estaremos obligados a contar con diplomados y cursos que permitan adquirir las herramientas necesarias para poder participar en diversos temas judiciales, y es que, insistimos, a lo largo de los años nunca se imaginó la pronta implementación o más bien la obligada disposición de las TIC´s, ya que las primeras implementaciones de ellas en el derecho fueron los tribunales virtuales concebidos de forma evolutiva, y a los cuales los mismos litigantes se fueron adaptando lentamente, pero pese a los retos de evolución forzada, se vislumbran también beneficios en la propia administración y procuración de justicia digital, por ejemplo, la relación más pronta y expedita que se tendrá entre las partes y los juzgados, la cual cambiará las perspectivas de análisis jurídico y que tendrá como consecuencia ciertas modificaciones a los tiempos procesales que en México se han mantenido de cierta forma iguales.

2. EL PASO OBLIGADO A NUEVAS TECNOLOGÍAS EN UN CONTEXTO DE EMERGENCIA SANITARIA

Dentro de las reformas procesales el sistema de regulaciones para trámites e información judicial se ha mantenido de cierta forma igual a los años anteriores, solo que con el paso del tiempo, se ha inmerso en la innovación y la tecnología de manera tímida, y si bien México se preparaba para tener una evolución tecnológica, derivado del asunto mundial de la emergencia sanitaria, el país se vio obligado a forzar la maquinaria y darse prisa para entrar de lleno al mundo tecnológico, por lo que un sistema que no estaba preparado, entró un poco a oscuras a la justicia digital.

Y si bien, la justicia digital tiene como objetivo que existan procesos más ágiles y expeditos donde subsistan las garantías procesales y los principios de los que emana el derecho, para que se dé de manera justa y que pueda contener la protección a los justiciables salvaguardando la información que puede llegar a estar vulnerable por el propio uso de las TIC´s, ciertas situaciones propias del contexto de pandemia han representado condiciones desfavorables en su aplicación ante el impacto psicológico de la pandemia y del confinamiento, con sentimientos y emociones relacionadas con el miedo, la ansiedad, la angustia, el estrés, la soledad, la tristeza, o la falta de concentración[4] que tienen impacto también en cómo adoptamos cambios en las formas y medios de trabajo.

En los últimos años, el sistema judicial mexicano de todos los niveles, cuenta con un problema, que es la lenta evolución en la difusión y aplicación de las

4 MARTÍNEZ, G. V., "Justicia restaurativa digital, conectividad y resonancia en tiempos del COVID-19" en **Revista de Victimología/Journal of Victimology**, (10), 2020, p. 9.

nuevas tecnologías en materia procesal y administrativa, sin duda, un problema anterior a esto es el propio acceso de la población a la computadora y al internet, según datos recolectados por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) que datan del 2005, en México, aproximadamente el 28.5% de la población utilizaba las computadoras, y solamente el 17.7% utilizaba el Internet. Lo que nos permite aseverar que el acceso a las TIC´s ha sido paulatino, ya que si hay poco acceso a estos medios, es más complicado que se tenga, por ejemplo, el conocimiento necesario para acceder a una carpeta de la cual se desprende un asunto sin tener que acudir al juzgado.

En lo que respecta a México, la implantación de un sistema totalmente digital requeriría una inversión de 8,500 millones de dólares al año entre los años del 2013 al 2020 para poder alcanzar a los países desarrollados de acuerdo con estimaciones de la Asociación Iberoamericana de Centros de Investigación y Empresas de Telecomunicaciones (AHCIET), y debido a que esta inversión no ha sido una realidad, la propia pandemia encontró un sistema de comunicaciones endeble, que tiene aún muchas áreas de oportunidad y muchos cambios que realizar para que la *e justicia* sea una realidad.

Pero es de verse, el esfuerzo que se ha realizado pese a las limitaciones para mantener un derecho justo y equitativo con un sistema de administración y procuración de justicia digital, que nos invita a tener procesos más concretos y más estables que permitan por ejemplo, mantener una base de datos encriptada donde se almacene información que está al alcance de las partes.

En este contexto se tendrá en todo tipo de ambiente la aplicación de las nuevas tecnologías como herramientas fundamentales que serán de uso cotidiano, pero por lo previsto, no se había logrado completar esta tarea, y debido a los problemas que se han suscitado hoy en día, estamos obligados a adaptarnos a una nueva realidad de la cual no estábamos tan lejos, esto quiere decir que en su momento ya se habían elaborado las notificaciones electrónicas que permiten al usuario en todo momento darse cuenta de los procesos judiciales y que ahora toman fuerza obligatoria.

El uso de herramientas como los dispositivos móviles, tabletas y computadoras se potencializó para poder llevar a cabo las labores que normalmente se realizaban en papel, además la utilización de firmas electrónicas ha permitido un método de identificación virtual para los usuarios que realizan algún trámite, este obligado proceso de aplicación permitirá no sólo desarrollar nuevas tecnologías, sino la eficiencia y eficacia de los procesos ya existentes, en donde, por ejemplo a través del uso de firmas electrónicas portables, el usuario como los litigantes, podrán con solo introducir un código o hasta utilizar su "*smartphone*" y su huella dactilar, activar códigos cifrados que puedan llevarte hasta los expedientes, informes, solicitudes, revisiones,

sentencias y demás términos procesales.

Las posibilidades son infinitas, las audiencias virtuales, una realidad y esto nos invita a pensar en las leyes y las formalidades del derecho y de los propios procesos, que se tornan un poco caóticas, ya que tienden a ser modificables y a dejar áreas de oportunidad para el establecimiento de nuevas formalidades que permitan salvaguardar el debido proceso.

3. LA OMISIÓN QUE EXISTIÓ AL SER CONSIDERADA LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA COMO ACTIVIDAD ESENCIAL SIN LOS MEDIOS PARA LLEVARLA A CABO

El 30 de marzo, el Consejo de Salubridad Pública, declaró en México emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, y se decretaron acciones extraordinarias para atender la contingencia sanitaria, entre ellas se encontraba una suspensión inmediata del 30 de marzo al 30 de abril del 2020 de todas las actividades no esenciales en el Estado, por lo que se ordenó la suspensión de actividades con excepción de las siguientes consideradas esenciales:

> **a)** Las que son directamente necesarias para atender la emergencia sanitaria, como son las actividades laborales de la rama médica, paramédica, administrativa y de apoyo en todo el Sistema Nacional de Salud. También los que participan en su abasto, servicios y proveeduría, entre las que destacan el sector farmacéutico, tanto en su producción como en su distribución (farmacias); la manufactura de insumos, equipamiento médico y tecnologías para la atención de la salud; los involucrados en la disposición adecuada de los residuos peligrosos biológicos-infecciosos (RPBI), así como la limpieza y sanitización de las unidades médicas en los diferentes niveles de atención;
>
> **b)** Las involucradas en la seguridad pública y la protección ciudadana; en la defensa de la integridad y la soberanía nacionales; la procuración e impartición de justicia; así como la actividad legislativa en los niveles federal y estatal;
>
> **c)** Las de los sectores fundamentales de la economía: financieros, el de recaudación tributaria, distribución y venta de energéticos, gasolineras y gas, generación y distribución de agua potable, industria de alimentos y bebidas no alcohólicas, mercados de alimentos, supermercados, tiendas de autoservicio, abarrotes y venta de alimentos preparados; servicios de transporte de pasajeros y de carga; producción agrícola, pesquera y pecuaria, agroindustria, industria química, productos de limpieza; ferreterías, servicios de mensajería, guardias en labores de seguridad privada; guarderías y estancias infantiles, asilos y estancias para personas adultas mayores, refugios y centros de atención a mujeres víctimas de violencia, sus hijas e hijos; telecomunicaciones y medios de información; servicios privados de emergencia, servicios funerarios y de inhumación, servicios de almacenamiento y cadena de frío de insumos esenciales; logística (aeropuertos, puertos y ferrocarriles), así como actividades cuya suspensión

pueda tener efectos irreversibles para su continuación;

d) Las relacionadas directamente con la operación de los programas sociales del gobierno, y

e) Las necesarias para la conservación, mantenimiento y reparación de la infraestructura crítica que asegura la producción y distribución de servicios indispensables; a saber: agua potable, energía eléctrica, gas, petróleo, gasolina, turbosina, saneamiento básico, transporte público, infraestructura hospitalaria y médica, entre otros más que pudieran listarse en esta categoría[5].

El hecho de que en el inciso b) de este acuerdo se estableciera la procuración e impartición de justicia como actividad prioritaria del Estado, llevó a la necesidad de ajustar los procedimientos y los mecanismos a través de los cuales se podía acceder al sistema judicial, en tanto que, por las propias medidas sanitarias era imposible sostener el trabajo presencial ante el riesgo de contagio por el virus, en ese tenor los procesos judiciales debían de llevarse a cabo, pero existía la necesidad de establecer protocolos adecuados poder llevar un equilibrado proceso judicial estableciendo las modalidades del sistema que fueran necesarias y que fueran de la mano con lo solicitado por la autoridad sanitaria.

En materia judicial fue necesario establecer protocolos y planes de acción enfocados en desahogar el cúmulo de asuntos, evitando la aglomeración de personas, el ingreso de asuntos nuevos y prioritarios para lo que se llevó a cabo un complejo plan de innovación tecnológica el cual permitió el desarrollo de las etapas que son importantes para poder implementar la procuración e impartición de justicia en línea, lo que implicó ciertas adecuaciones al proceso.

Y si bien, la procuración e impartición de justicia fueron consideradas actividades esenciales por parte del Estado, el acuerdo 4/2020 del Consejo de la Judicatura Federal estableció suspensión total de sus labores y por ende suspensión de plazos y términos procesales, con la excepción de los denominados asuntos urgentes, afectando e impactando a toda la jurisdicción y la propia la procuración e impartición de justicia, en tanto que prácticamente todos los asuntos quedaron detenidos afectando también el derecho humano de acceso a la justicia.

Ante este panorama el Consejo de la Judicatura Federal tuvo que modificar sus acciones, pues no era sostenible que al 23 de abril sólo se estuvieran admitiendo un número de asuntos urgentes muy pequeño, por lo que su actuar se ajustó en tres sentidos: "(i) ampliar la descripción del concepto de casos urgentes; (ii) establecer medidas de apoyo a los órganos de guardia; y (iii) aumentar el número de órganos de guardia y reemplazar a la mayoría"[6],

5 *ACUERDO por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2.*

6 *ACUERDO General 21/2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a la reanudación de plazos y al regreso escalonado en los órganos jurisdiccionales ante la contingencia por el virus*

sin embargo estas medidas no fueron suficientes por lo que se activó el *Primer paso de reactivación: abatimiento de rezago y tramitación de juicios en línea,* a través del cual el 27 de abril del 2020 se estableció en el Acuerdo General 8/2020:

> un nuevo esquema de contingencia en los órganos jurisdiccionales que mantuviera la atención a casos urgentes a partir de un catálogo nuevo, y agregando la posibilidad de resolver asuntos listos para sentencia que se hubieran sustanciado físicamente, así como la de tramitar y resolver asuntos mediante el esquema de "juicio en línea"[7].

El 8 de junio del 2020 se comienza con el *Segundo paso de reactivación: abatimiento de rezago y apertura total de juicios en línea* a través del Acuerdo General 13/2020, en este segundo paso se apertura totalmente el juicio en línea a la tramitación de nuevos asuntos. Ante la prolongación de la contingencia sanitaria, el 31 de julio del 2020 se da inicio a una tercera etapa en la cual se reactivan los plazos procesales y la tramitación en físico "de solicitudes, demandas, incidentes, recursos y demás promociones"[8], subsistiendo las medidas sanitarias dictadas para la nueva normalidad y:

> y se insiste en la utilización de tecnologías de la información y de las comunicaciones, el trabajo a distancia y el máximo aprovechamiento de las capacidades productivas de los órganos jurisdiccionales. Así, en esta tercera etapa se adopta un esquema de trabajo en el cual el Poder Judicial de la Federación cumplirá en su totalidad con la prestación del servicio público de impartición de justicia, aunque con algunos ajustes que requerirán de un inevitable proceso de asimilación por parte del personal jurisdiccional y de las personas justiciables[9].

Pese a esta reapertura, se mantuvo la apertura total del juicio en línea, el uso de los expedientes a través del Portal de Servicios en línea y la tramitación de la firma electrónica, esperando que estos fueran el eje principal de esta nueva normalidad en la procuración y administración de justicia.

A pesar de la disposición de los órganos jurisdiccionales de establecer mecanismos a través de los cuales se pudieran seguir llevando la administración y procuración de justicia durante la contingencia, lo cierto es que existió una gran la presión por parte de los litigantes acerca de los trámites que estaban pendientes y la negativa a aceptar asuntos nuevos, ya que el hecho de tener un proceso del cual depende de estancias y términos, y ver estos suspendidos, nos demostró que la formulación del proceso judicial no estaba preparado para poder manejar esta situación y esto se agravó debido a los problemas técnicos que se presentaron en los sistemas judiciales con base en las tecnología de la información que se aplican hoy en día, a lo que se sumó la falta de capacitaciones

COVID-19.
7 *Ibidem*.
8 *Ibidem*.
9 *Ibidem*.

a los servidores, así como a los justiciables acerca del funcionamiento de las plataformas, además sin contar con la mala calidad de red de internet o el nulo acceso al internet por parte de los sectores más vulnerables de la población.

El derecho está revolucionando pero con mucha lentitud debido a que los sistemas regulatorios de información son totalmente nuevos y no cuentan con la aprobación total de acreditación legal debido a las regulaciones dentro de las leyes, ya que en el sistema judicial aún no se tenían implementados modelos exactos de cómo trabajar a distancia o cómo utilizar las plataformas.

Por lo que no se trata sólo de conseguir los permisos de las aplicaciones con las que se puede aplicar el teletrabajo dentro del sistema judicial, sino que aún falta por resolver los lineamientos correspondientes que permitan que esta modalidad se dé con certeza y formalidad, necesarias para proteger las garantías del proceso y los derechos[10]. A esto se suma la necesidad de ser rápidos en resolver estos problemas sin caer en omisiones como las que se vivieron en esta etapa de contingencia sanitaria, donde se tenía un proceso no tan regulado que perdía claridad en tanto que, por los temas sanitarios se tuvieron que modificar, creando una incertidumbre por momentos acerca de cómo llevar a cabo el quehacer jurídico, el respeto de las etapas procesales, los términos que no se sabía cuándo precluían o cuándo se entendía por notificado, e incluso problemas con las audiencias de las cuales se determinaban después de un largo mes para poder volver a involucrarse y poder llevar a cabo las sentencias y trámites correspondientes.

La propia incorporación de herramientas de videoconferencia como *Zoom* o *Microsoft Teams* en tanto formas de comunicarse y de llevar a cabo las audiencias, causó controversia, ya que la interacción por estos medios es distinta a la que se puede darse en un mismo espacio con las partes presentes.

4. TECNOLOGÍAS EN LA APLICACIÓN DE JUSTICIA EN MÉXICO

En México, el Juicio en Línea se implementó mediante decreto que adiciona diversas disposiciones a la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que aprobó la Cámara de Diputados, Gaceta Parlamentaria número 2725-II el 26 de marzo de 2009, esto fue el inicio de una evolución notable y que fue determinante para el creciente desarrollo que se obtuvo durante estos años, sin embargo, el uso de este medio no se dio de manera constante hasta la contingencia sanitaria al existir la necesidad de descongestionar el aparato jurisdiccional, dando origen a los diferentes Acuerdos antes mencionados que establecían el uso de las herramientas tecnológicas para la realización de los

10 AVONZA, B. P.; AÑORVE, J. R., "Las Tecnologías en la aplicación de la Justicia y los Derechos Humanos", en **Revista Iberoamericana de Producción Académica y Gestión Educativa**, 2015.

distintos juicios y procedimientos.

Utilizar ciertos métodos como los son el tratamiento de la información incrementa la transparencia de la justicia, alejando así la corrupción de las administraciones judiciales, gestión de los expedientes judiciales en los cuales se puede gestionar el gran volumen de documentos, incluyendo en la tramitación de los expedientes judiciales, relaciones entre los operadores jurídicos y toma de decisiones en lo que permite por último, organizar de manera precisa formularios de los cuales pueden crear una administración cómoda y además apegada a los lineamientos que surgen en todos los procesos.

La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, por ejemplo, diseño el programa "Prometea", creado por el Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial y por el cual se ha interesado el Ministerio de Justicia español, este sistema es incorporado a la administración de justicia de Argentina donde se encarga de resoluciones de casos menores, incluyendo accidentes de tráfico.

Otro de los sistemas de los cuales se puede tomar el ejemplo, es el caso de Colombia, donde la *e-justicia* busca ser una herramienta para la descongestión del proceso judicial y, por lo tanto, no solo busca la herramienta tecnológica, sino que busca un cambio de la forma de gestionar y ordenar la justicia, buscando nuevos planteamientos[11].

A esto se suman las nuevas herramientas como los son la notificaciones electrónicas de las cuales se deprende un cambio radical, ya que en ellas se presentan innovaciones, como la posibilidad de que desde la comodidad del hogar uno ya puede ser emplazado o citado a las audiencias; otros son las firmas electrónicas avanzadas, que son llaves criptográficas, el nuevo estilo de dar veracidad a la documentación, así como el expediente electrónico donde se utilizan aplicaciones responsivas las cuales actúan en pro del litigante.

A través de las tecnologías de la información, en cuanto a la impartición de justicia y trámites del ámbito administrativo, se puede observar la mejora de la gestión y el desempeño del sistema judicial, desde el vínculo con la sociedad civil hasta la organización judicial; mejorando el acceso a la justicia de manera pronta y expedita.

En México nos mantenemos en constante evolución, es así como las etapas procesales donde se pudieron realizar cambios a favor de las partes en ciertas materias, de tal forma que está preparado para poder implementar sistemas al igual que otros países o regiones, como en Singapur, donde el sistema es completamente virtual y la tendencia es que siga así para poder tener un proceso más eficaz, o como lo es para la Unión Europea, donde implementan

11 CASALLAS, L. Á., "Justicia electrónica" en Rev. Digital de Derecho Administrativo., 4, 2010, p. 43.

"*e.justice"* como una forma de llevar los procesos de forma virtual. Nos falta por aprender muchas cosas en torno a las bases de datos con encriptación, dar más y un mejor uso a las firmas electrónicas, así como a tecnologías de reconocimiento facial, entre otros mecanismos de seguridad que permitan una mejor factibilidad ante los procesos[12].

Para ciertos autores la Informática Jurídica es aquella que comprende el sistema de archivos y documentación jurídica, de asistencia en las tareas administrativas, de apoyo en las a las actividades jurídicas y la construcción de modelos para la compresión del sistema jurídico.

Dentro del cambio jurídico que se ha dado con la implementación de nuevas tecnologías, comenzamos a tener múltiples ejemplos de herramientas que son cada vez más utilizadas, como el contrato electrónico, donde se determina un bien y se realiza una forma de pago electrónico y servicios. De esta misma forma, es muy importante considerar soluciones a trámites relacionados a la protección de la información proporcionada por medios electrónicos, garantizar la protección de los derechos de la información exige que la ciberseguridad sea un precedente que no puede ser pasado por alto para asegurar a todos los usuarios que la información que a ellos se refiere, inclusive la información personal, no será conocida por personas no autorizadas, empleadas para fines ilícitos o convertida, mediante la manipulación de la información en otros sentidos.

A lo largo de los años, la implementación de medios digitales, nos ha llevado a considerar formas de evitar y confrontar el riesgo constante que representa el ciberdelito, hecho que se tendrá que combatir constantemente, y será menester para las nuevas generaciones contar con mejores recursos contra este problema, ya que como usuarios digitales estamos en riesgo constante de ser sujetos al "*hackeo*", hecho que es constante y común, de manera que la preparación para el cambio al mundo digital, debe ser con precaución y a la par debe conllevar mejoras en la seguridad y la protección de datos, y ver si efectivamente son eficientes en este rubro las herramientas utilizadas, como la firma digital, la cual es considera como indispensable para dar seguridad legal a todos los documentos y pruebas necesarias, colocándola en un plano de igualdad a la firma ológrafa o manuscrita[13].

La eficiencia de los trámites a través de la implementación de nuevas tecnologías en otras áreas, han demostrado que es un camino presenta ciertas complicaciones, pero que es posible desarrollar e impulsar, tal como lo ha sido la transferencia de fondos bancarios, que mantienen los efectos jurídicos que estos

12 MALDONADO SÁNCHEZ, A., **Justicia en línea. La regulación jurídica de las comunicaciones electrónicas y su aplicación en el ámbito judicial**, Tirant Lo Blanch, México, 2014.

13 RUIZ, A. D. L. Á. R., "La Justicia Electrónica en México: Visión Comparada con América Latina" **en Perfiles de las Ciencias Sociales**, 5(10), 2019.

generan, o el uso de cajeros automáticos, que facilitan el acceso a un servicio como lo es el retirar dinero de sus cuentas, hecho que no podría realizarse fuera del horario del banco. Esto nos demuestra que la implementación de nuevos recursos en el sistema jurídico, permitirá tener una mejor fluidez en cuanto a liberación de datos o cualquier otro trámite.

En el futuro próximo, se espera una era basada en las inteligencias artificiales, las cuales consisten en programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico y el aprendizaje profundo o machine *learning*, que permite la adaptación de ciertos algoritmos con la entrada de nuevos datos en su sistema que así lo determina el autor. Se espera que estos avances e innovaciones tecnológicas, puedan también colaborar en el mundo jurídico, que se puedan mejorar los procesos, y solucionar problemas que representen un obstáculo a los procesos, buscando que los trámites judiciales o administrativos, sean más eficientes y accesibles a todos los usuarios.

El mundo hoy en día nos impone estándares globalizados de los cuales nos vamos acoplando, donde tenemos un cambio al día a día, donde nos relacionamos con distintos lugares que tienen un estrecho vínculo con la idea del derecho, ya que el mercado actual, principalmente en las empresas y negocios, demanda asesores legales flexibles, pensantes, conscientes de la evolución de la tecnología y la innovación, que tengan la capacidad de ser proactivos y poder anticiparse a problemas que pueda tener el ámbito jurídico o visualizar oportunamente variables que pudiesen tener los marcos regulatorios y según lo determinado en la ley.

Las técnicas de unificación y armonización de normas, la contratación internacional, el comercio exterior, las nuevas tecnologías, el trabajo multidisciplinario y la constante capacitación, son elementos que no podemos desconocer ante el escenario que muestra la realidad regional, puesto que, si desconocemos esto, estamos ciegos ante el ABC que se avizora en nuestra profesión teniendo en cuenta que los factores digitales son una contribución a la agilidad en los procesos, pero esto puede llevar a la perdida de la autoridad ya que no son lugares físicos donde el usuario se establece como lo es en el caso de las audiencias, no obstante son desafíos que nos hace vencer y confrontar la nueva era tecnológica.

Esta parálisis de la administración de justicia impide el acceso de los ciudadanos a la misma, agravando por momentos su futuro y el de la sociedad en su conjunto. Es imperioso que los resortes del Estado aúnen esfuerzos no solo para dotarla de los medios personales y electrónicos necesarios y que recupere su normal funcionamiento, sino con objeto de prepararla para la

nueva "normalidad"[14].

5. LA *E-JUSTICIA* Y EL ESTADO DE EMERGENCIA EN MÉXICO: VALIDEZ Y EFICACIA

Queda claro que la expansión del virus COVID-19 vino a trastocar la realidad de todos y, a raíz de la misma, se han tenido que producir cambios importantes en lo tocante a la administración de justicia y el propio papel del gobierno al momento de enfrentar la emergencia sanitaria producto del fuerte número de contagios que se han dado a lo largo del mundo.

Pareciera que la emergencia tuvo como una de sus principales consecuencias, que los efectos que se preveían en cuanto a los avances tecnológicos, en específico con respecto a las comunicaciones digitales, se viera exponenciado, quien no sabía realizar una videollamada tuvo que rápidamente aprender a hacerlo con el fin de poder mantener comunicación fluida con seres queridos o por los propios requerimientos de sus puestos de trabajos.

Como se mencionó anteriormente, en México, el *Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia generada por el virus SARS COV2* publicado el 31 de marzo dio un vuelco a las actividades que se podían realizar dentro del Estado, y estableció dentro del numeral II, inciso b) que las actividades "involucradas en la seguridad pública y la protección ciudadana, en la defensa de la integridad y la soberanía nacional; la procuración e impartición de justicia; así como la actividad legislativa en los niveles federal y estatal"[15] eran actividades esenciales del Estado, lo que trastocó en gran medida el sistema de impartición de justicia, ya que obligaron a que un sistema que en gran parte se sostenía en actuaciones presenciales y expedientes en papel tuviera que migrar al uso de tecnologías de la información y la comunicación (TIC´s) acercándose más a la idea de *e-justicia*, impulsando comunicaciones electrónicas, el uso de videoconferencias en los juicios y el uso más eficiente de expedientes digitales, pero en este punto es prudente preguntarnos, ¿qué es la *e-justicia*?

Nos referimos a la *e-justicia* cuando hablamos del abanico infinito de oportunidades que tiene el Poder Judicial de llevar a cabo su labor de administrar y procurar justicia por medio de las TIC´s, digitalizando e informatizado el propio proceso de administración de justicia y dado que las TIC´s cambian de manera vertiginosa, hablamos de un sinfín de formas que puede adoptar la administración de justicia en un contexto de tecnologías de la información. Cuando se comenzó a desarrollar este concepto de *e-justicia*

14 GARCÍA BARRERA, M. E., "Juzgado sin papel, un paso más de la justicia electrónica" en **Revista IUS**, 12(41), 2018, pp. 133-154.

15 *ACUERDO por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2*.

y comenzaron a aparecer los primeros intentos de implementarlo fuera del papel, parecía que esta idea era una forma de dar una justicia de calidad más eficaz, independiente, cercana a los ciudadanos y transparente[16], en tanto que a través de las TIC´s el acceso a la información debería de facilitarse y el involucramiento de los propios ciudadanos se daría con más facilidad.

Podemos definir la *e-justicia* como "el gobierno electrónico especializado en temas jurídicos o la inclusión del uso de las tecnologías del conocimiento e información en la Administración de Justicia"[17] e implica una serie de factores entre los que se encuentran:

El uso de una pluralidad de instrumentos y canales tecnológicos a la hora de impartir justicia, que sean de libre acceso;

La introducción de las TIC´s en la Administración de Justicia para permitir una justicia de calidad y, al mismo tiempo, abierta, transparente y próxima al ciudadano;

Garantizar el acceso a la propia justicia, garantizando el acceso a los medios y herramientas necesarios por parte de los sectores más vulnerables de la población;

Procesos y procedimientos claros en donde se especifiquen los pormenores de los procesos vinculados a la *e-justicia*, como en el caso de las notificaciones, las etapas del juicio en línea, las audiencias, etc.

La *e-justicia* no es una novedad, ya en 2007 podemos encontrar intentos serios en Europa, en específico en España con comenzar la digitalización de expedientes, intento que tenía como principal objetivo descongestionar el gran volumen de asuntos manejados a diario por los juzgados y evitar que los procesos fueran tan largos y complejos dando un mayor acceso a la justicia por parte de los ciudadanos por medio de las TICs, para conseguir de este modo "una justicia profesional, ágil, clara, accesible para el ciudadano y prestada en tiempo razonable"[18].

La experiencia europea de la *e-justicia* empezó a encontrar retos a su aplicación entre los que se encuentran:

> 1. Mejorar el acceso a la justicia. Con la creación de un portal web a nivel europeo, con lo que mejora la forma de los administrados y profesionales con la justicia europea, a la vez que ofrece un canal de conocimiento a legislaciones de Derecho comparado para aplicar en casos de pleitos con carácter internacional privado.

16 ROJAS QUISPE, Teófilo Ramón, "LA NOTIFICACION VIRTUAL Y SU IMPLEMENTACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL PERÚ" en **Revista Jurídica Científica SSIAS, Vol. 7 Núm. 1: VOL. 7 / Nº 1, 2014.**

17 BUENO DE MATA, Federico, "E-justicia: Hacia una nueva forma de entender la justicia" en **Revista Internacion de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje**, N° 1, 2020, p. 3.

18 PLAN ESTRATÉGICO DE MODERNIZACIÓN DE LA JUSTICIA 2009-2012/ España.

> 2. Cooperación entre autoridades judiciales. Lo que se pretende lograr es un mayor intercambio de buenas prácticas a escala nacional y europea, es decir, favorecer las sinergias entre Estados Miembros, de la mano de las TIC para así demostrar de una forma ejemplar su creciente utilización.
>
> 3. Garantizar la eficacia de la propia justicia. Para ello debemos reforzar la coordinación europea y poner la e-Justicia al servicio de la construcción del espacio judicial europeo. Para esto deberíamos tener proyectos de coordinación dirigidos por operadores institucionales o privados europeos, valiéndose en primer lugar de Eurojust y los Redes Judiciales civil y penal[19].

En comparación, los intentos mexicanos de implementar la *e-justicia* habían sido tibios, apenas comenzaban a dar paso a algunas cuestiones, aun y cuando la figura de los juicios en línea estuviera establecida desde 2009, fue la propia emergencia sanitaria la que llevó a la búsqueda insipiente de adecuar un modelo que estaba muy lejos de los medios digitales y que se acercaba sólo en torno a los expedientes digitales y el uso de la Firma Electrónica Certificada del Poder Judicial de la Federación.

A la par de estos tibios intentos en México, el artículo 17 constitucional prevé una serie de características del propio derecho al acceso a la justicia, que ante una situación de emergencia como el que tuvimos en un primer momento, se vio fuera de la capacidad de las autoridades correspondientes e imposibles de cumplir, ya que se establece que la justicia debe ser pronta, completa, imparcial y gratuita, cumpliendo con:

> 1. El derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter;
>
> 2. La existencia de un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales;
>
> 3. El requisito de que sea la autoridad competente prevista por el respectivo sistema legal quien decida sobre los derechos de toda persona que lo interponga;
>
> 4. El desarrollo de las posibilidades de recurso judicial; y,
>
> 5. El cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso[20].

Ahora bien, tras toda una serie de medidas establecidas por medio de

19 BUENO DE MATA, Federico, *Op. Cit.*, pp. 6-7.

20 Tesis: VI.1o.A. J/2 (10a.), ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. LAS GARANTÍAS Y MECANISMOS CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 8, NUMERAL 1 Y 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, TENDENTES A HACER EFECTIVA SU PROTECCIÓN, SUBYACEN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

diferentes Acuerdos, el establecimiento de los juicios en línea, la oportunidad de nuevos asuntos, así como todas las medidas establecidas para cumplir con esta actividad prioritaria del Estado presentan un nuevo reto, que tiene que ver con la propia validez y eficacia de la *e-justicia*.

Tenemos claro, que la validez de una norma jurídica se da en tanto existe una voluntad general a la que corresponde un axioma colectivo, y claro, en este caso existe una voluntad de que se establezcan los medios a través de los cuales se procure la justicia por medios electrónicos y que la administración y procuración justicia sea una realidad, y que a su vez, existen los cambios y acuerdos ya referidos que nos permiten decir que existe validez de la misma en tanto existen las normas superiores necesarias para que esta sea una realidad y que también se cumple el supuesto de que al existir y tener validez "los hombres deben regular su conducta actuando conforme a lo que el prescribe"[21].

Ahora bien, teniendo en claro que existen los elementos de validez de la *e-justicia*, debemos de tener en cuenta que la misma afecta de manera directa la eficacia de la misma, ya que el logro de su realización, de su concreción se da en tanto que se materialice la realización de la finalidad que la norma persigue, y en torno a la cuestión de la *e-justicia* cabría preguntarnos, que si bien existe la validez jurídica, porque existen las normas anteriores y superiores necesarias para su existencia, y a su vez existen ordenamientos destinados a cumplir con los preceptos de la *e-justicia*, ¿la misma tiene eficacia?

6. RETOS DE LA *E-JUSTICIA* EN LA *NUEVA NORMALIDAD*

Hablar de la eficacia de los supuestos normativos nos lleva a hablar también de los retos vinculados a la *e-justicia* ante la nueva normalidad, en tanto que la aplicabilidad de la norma se vincula a las posibilidades reales de que la misma sea puesta en marcha. En ese sentido tal y como establecimos anteriormente, la noción de *e-justicia* tiene validez dentro de nuestro sistema jurídico, pero, su aplicación en la realidad ha quedado debiendo, debido en gran parte a la propia implementación de las TIC´s dentro de los procedimientos judiciales de manera abrupta, en ese sentido como menciona León Guevara, el Estado tiene:

> el deber fundamental de proporcionar y garantizar seguridad jurídica para la efectiva vigencia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de los miembros de la sociedad, sin embargo, ésta puede verse afectada por la evolución tecnológica que se ha venido generando en los últimos tiempos[22].

Con respecto a lo anterior hay una serie de retos presentes en la aplicabilidad

21 HIGAREDA LOYDEN, Yolanda, **Filosofía del Derecho**, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 67.
22 LEÓN GUEVARA, Olga Priscila, **La validez y eficacia jurídica de la certificación de documentos materializados y desmaterilizados autorizados por el notario público**, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2020, p. VIII.

de los supuestos normativos, el primero de ello vinculado a las enormes desigualdades que existen entre la población y el propio acceso a las TIC´s, así como a dispositivos adecuados para el acceso al internet, por ejemplo, en el punto más álgido de la pandemia, y cuando recién se comenzó la implementación de los juicios en línea y las audiencias por videoconferencia, sólo podían acceder a ellas aquellos que tuvieran el equipo adecuado y los medios necesarios para hacerlo, dejando de este supuesto a todas las personas que carecieran de ellos.

El siguiente reto tiene que ver con las Notificaciones electrónicas y la seguridad jurídica, cuando el sistema pasó a estar completamente por medios digitales, no existía la claridad de cuándo las notificaciones se consideraban recibidas o cuando existían fallos, lo que terminaba por vulnerar la seguridad jurídica las partes.

Otro de los retos está vinculado a las formalidades en el desahogo de pruebas que se realizan por medios electrónicos, esto involucra que las garantías del debido proceso se vean debidamente garantizadas y para ello deben de existir medios eficientes y claros a través de los cuales los implicados tengan certeza de qué es lo que ocurre y qué puede llegar a ocurrir en caso de algún problema técnico por cualquiera de las partes.

Otro de los grandes retos con respecto a la aplicación de la *e-justicia*, es el establecimiento de un "régimen de actos de comunicación procesal vigente" que tenga plena validez y eficacia jurídicas "en cuanto a las comunicaciones judiciales practicadas por medios electrónicos, informáticos y similares, lo que contribuye, sin duda, a reducir los tiempos de tramitación de los procedimientos y a acercar la justicia a los ciudadanos"[23].

El otro reto tiene que ver con los sistemas de identificación que se han establecido, ya que si bien existe la ya mencionada firma electrónica certificada del Poder Judicial, en un momento se apertura la opción de usar e-firma, propia del Servicio de Administración Tributaria.

7. CONSIDERACIONES FINALES

La pandemia que sigue aquejando al mundo, ha implicado que se haga o se busque un mejor aprovechamiento de las tecnologías, no obstante, esto no ha sido realizado como un alternativa eficiente y eficaz a la administración e impartición de justicia, sino que se ha visualizado únicamente como algo momentáneo y circunstancial, como algo que una vez que pase la pandemia, quedará nuevamente el olvido, y se le dará preponderancia a los medios y mecanismos tradicionales, por lo que habrá que hacer énfasis en que

23 MARTÍN GONZÁLEZ, Marina, "La modernización de la relación de los ciudadanos con la Administración de Justicia" en **Revista Internacional Jurídica y Empresarial,** Número 2, 2019, p. 38.

esto no es así ni debiera ser así, pues precisamente la pandemia demostró cuan rezagado se encontraba el sistema judicial en México, y en muchos otros países.

El sistema judicial no solamente debe recordar lo que fue la pandemia y la suspensión de actividades en México como algo anecdótico, debe tomarlo como un aprendizaje que redunde en un mayor interés en el aprovechamiento de las tecnologías disponibles que pueden mejorar y facilitar las tareas que implica la administración e impartición de justicia, así como también, de estar al tanto de las tecnologías que se encuentran en desarrollo, para identificar posibles formas de mejorar y anticipar un uso correcto y adecuado a los retos que se presentan en el mundo actual, basado en un interconectividad y en una búsqueda de mejores formas de aprovechar los recursos económicos y humanos, a la par que se aumenta la satisfacción de las necesidades del usuario y los operadores.

La *e-justicia* es un tema que independientemente de su relación intrínseca con el derecho, debe ser una constante preocupación de los sistemas judiciales para conocer las nuevas tecnologías, los nuevos recursos y herramientas que pueden mejorar las tareas propias de los operadores jurídicos, y los derechos de los usuarios, esto con el fin no solo de hacer más eficientes los procesos, sino también favorecer el acceso a la justicia a las personas más vulnerables y que por las regiones que viven, no puedan tener acceso a apersonarse fácilmente para interponer recursos.

Así mismo se ha demostrado que no bastan los ámbitos de validez del derecho, sino que debe de existir una voluntad para garantizar la *e-justicia* y el correcto uso de las TIC´s en la administración y procuración de justicia, recordando que esta labor permite a los ciudadanos ver protegidos y materializados sus derechos.

BIBLIOGRAFÍA

AVONZA, B. P.; AÑORVE, J. R., "Las Tecnologías en la aplicación de la Justicia y los Derechos Humanos" en **Revista Iberoamericana de Producción Académica y Gestión Educativa**, 2015.

BUENO DE MATA, Federico, "E-justicia: Hacia una nueva forma de entender la justicia" en **Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje**, N° 1, 2020.

CASALLAS, L. Á., "Justicia electrónica" en Rev. Digital de Derecho Administrativo., 4, 2010.

CERRILLO, A., "Las tecnologías de la información y el conocimiento al servicio de la justicia iberoamericana en el siglo XXI" en **IDP. Revista de Internet, Derecho y Política**, (4), 2007, pp. 2-12.

HIGAREDA LOYDEN, Yolanda, **Filosofía del Derecho**, Editorial Porrúa, México, 2003.

GARCÍA BARRERA, M. E., "Juzgado sin papel, un paso más de la justicia electrónica", en **Revista IUS**, 12(41), 2018, pp. 133-154.

GATES, Bill., MYHRVOLD, N., RINEARSON, P., & CHAPARRO, F. O., **Camino al futuro,** McGraw-Hill, Santafé de Bogotá 1995.

LEÓN GUEVARA, Olga Priscila, **La validez y eficacia jurídica de la certificación de documentos**

materializados y desmaterilizados autorizados por el notario público, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2020.

MALDONADO SÁNCHEZ, A., **Justicia en línea. La regulación jurídica de las comunicaciones electrónicas y su aplicación en el ámbito judicial**, Tirant Lo Blanch, México, 2014.

MARTÍN GONZÁLEZ, Marina, "La modernización de la relación de los ciudadanos con la Administración de Justicia" en **Revista Internacional Jurídica y Empresarial,** Número 2, 2019.

MARTÍNEZ, G. V., "Justicia restaurativa digital, conectividad y resonancia en tiempos del COVID-19" en **Revista de Victimología/Journal of Victimology**, (10), 2020.

PLAN ESTRATÉGICO DE MODERNIZACIÓN DE LA JUSTICIA 2009-2012/ España.

ROJAS QUISPE, Teófilo Ramón, "LA NOTIFICACION VIRTUAL Y SU IMPLEMENTACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL PERÚ" en **Revista Jurídica Científica SSIAS, Vol. 7 Núm. 1: VOL. 7 / Nº 1, 2014.**

RUIZ, A. D. L. Á. R., "La Justicia Electrónica en México: Visión Comparada con América Latina" **en Perfiles de las Ciencias Sociales**, 5(10), 2019.

Legisgrafía:

ACUERDO General 21/2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a la reanudación de plazos y al regreso escalonado en los órganos jurisdiccionales ante la contingencia por el virus COVID-19.

ACUERDO por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2.

Tesis: VI.1o.A. J/2 (10a.), ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. LAS GARANTÍAS Y MECANISMOS CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 8, NUMERAL 1 Y 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, TENDENTES A HACER EFECTIVA SU PROTECCIÓN, SUBYACEN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

PARTE 3

GRANDES CIDADES E ZONAS METROPOLITANAS

11. GRANDES CIUDADES Y ÁREAS METROPOLITANAS EN MÉXICO

Salvador Valencia Carmona

Ha sido investigador en la Universidad Nacional Autónoma de México y actualmente se desempeña como Investigador de Tiempo Completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.
Correo electrónico: svalencia@uv.mx

Sumario: 1. Consideraciones iniciales; 2. Grandes Ciudades y Municipios; 3. Sociedad Mexicana y Estructura Urbana; 4. Conurbación y Zonas Metropolitanas; 5. Las Diversas Zonas Metropolitanas; 6. Los Fondos Metropolitanos; 7. Ciudad de México: Nueva Entidad Federativa y Coordinación Metropolitana; 8. La Constitución Política de la Ciudad México; Bibliografía.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

Un fenómeno característico de las sociedades contemporáneas es su irrefrenable crecimiento urbano, mismo que ha tenido sensibles efectos en todos los ámbitos donde el mismo se da. Las sociedades contemporáneas enfrentan serios desafíos para su gobernanza y administración, particularmente en las grandes ciudades y las áreas metropolitanas, de ahí que se hayan propuesto diversos modelos para resolver la prestación de servicios ante realidades tan complejas. Todas las instancias del poder público, por su parte, están también interesadas en responder a los retos urbanos; tanto los gobiernos centrales, como las entidades sub nacionales y hasta los propios municipios, perciben la necesidad de coordinarse ante el fenómeno urbano y de encontrar soluciones eficaces para los próximos años.

Este trabajo se propone examinar, como lo indica su título, diversos aspectos relativos que suscita el fenómeno urbano en las grandes ciudades y áreas metropolitanas en México. Como se advertirá, después de un breve marco comparativo, a lo largo de esta colaboración se efectúan observaciones y juicios críticos que sirven a manera de conclusiones.

2. GRANDES CIUDADES Y MUNICIPIOS

En Latinoamérica, el fenómeno urbano ha revelado también un crecimiento intenso y ofrece experiencias que es preciso conocer, mismas que servirán también para comprender la realidad mexicana en el contexto regional.

Los gobiernos y administraciones subnacionales de Latinoamérica son sumamente heterogéneos. Entre los gobiernos intermedios, esto es, estados, provincias o departamentos, se observa que algunos poseen poblaciones y capacidades productivas que superan la de ciertos países, como ocurre con São Paulo y Buenos Aires, en cambio otros son pequeños y económicamente pobres. Por su parte, casi el 90% de los 16 mil municipios de América Latina tienen menos de 50 mil habitantes: algunos administran territorios muy amplios, otros son de tamaño exiguo. La mayoría enfrenta grandes dificultades financieras y restricciones de recursos humanos y técnicos para ejercer plenamente sus competencias. Para que la autonomía local opere efectivamente, la legislación de varios países establece bases mínimas para crear un municipio: un territorio de tamaño razonable; población suficiente; y capacidades económicas, sociales y políticas que aseguren una adecuada consistencia institucional. Sin embargo, es frecuente, que se establezcan municipios sin las bases económicas necesarias.

En tales condiciones, en varios países se ha producido la "atomización" municipal, que genera problemas tanto para la prestación de servicios municipales, como en la coordinación entre las instancias gubernativas intermedias y nacionales. En Brasil, por ejemplo, del total de 5.562 municipios, 1.485 se crean entre 1990 y 2001, que motivó una enmienda constitucional, la 15/96, para precisar los requisitos en la formación de dichas corporaciones. México tiene actualmente 2.465 municipios, en algunas entidades federativas se padece la atomización municipal, así en Oaxaca existen 570 municipios, en Puebla 217, en Veracruz 212 y 125 en el Estado de México.

En ciertos países unitarios también se observa fragmentación municipal. Así, Colombia tiene 1.099 municipios y Perú más de dos mil municipalidades provinciales y distritos. En Bolivia, a partir de la ley de Participación Popular (1994) se crean 198 nuevos municipios, con un total de 327 en todo el país.

Más de la mitad de la población latinoamericana habita en ciudades de más de un millón de habitantes. Existen 50 ciudades de ese tamaño y varias de ellas de ellas están entre las urbes metropolitanas más grandes del mundo: São Paulo (21,6 millones de habitantes), Ciudad de México (poco más de 20 millones), Buenos Aires (16,4 millones) y Río de Janeiro (13.2 millones). Otras tres urbes se acercan a los 10 millones (Bogotá, Lima y Santiago de Chile) y varias superan los 3 millones (Belo Horizonte, Salvador de Bahía, Fortaleza, Porto Alegre y Recife en Brasil; Caracas en Venezuela; Santo Domingo en República Dominicana; y Monterrey y Guadalajara en México). Hay también un gran número de ciudades de tamaño intermedio, entre 100 mil y un millón de habitantes, con un dinamismo demográfico y económico notables[1].

1 Véanse en línea: https://www.citypopulation.de/en/world/agglomerations/; también Resultados finales

Dado su gran tamaño, la mayoría de las grandes ciudades de América Latina y el Caribe abarca varios territorios municipales y, en algunos casos, más de un estado o provincia. Como más adelante precisaremos, la Ciudad de México y su Zona Metropolitana se extienden sobre 16 demarcaciones de la capital y municipios de los estados de México e Hidalgo. Buenos Aires cubre el territorio de la ciudad autónoma de Buenos Aires y el de 32 municipios de la provincia de Buenos Aires; el Gran Santiago (Chile) integra 39 municipios y São Paulo (Brasil) cuenta con 39 *prefeituras*.

La gestión territorial de las grandes ciudades constituye un problema mayor. Si bien varias ciudades capitales de Latinoamérica poseen regímenes especiales como Bogotá, Buenos Aires, Caracas, Lima, México o Quito, son pocas las que tienen un gobierno metropolitano para gestionar de modo integrado el territorio urbano. Entre estas últimas está la Municipalidad Metropolitana de Lima, dotada de un régimen especial con facultades y competencias de gobierno regional de la Provincia de Lima[2]; el Distrito Metropolitano de Quito, creado por ley en 1993, y el Distrito Metropolitano de Caracas, en 2000[3]. En Montevideo, el gobierno nacional crea recientemente un Consorcio Metropolitano que integra a las intendencias municipales de Canelones, Montevideo y San José, con 2 millones de habitantes. En la mayoría de las áreas metropolitanas sólo operan mecanismos de coordinación de incidencia limitada[4].

En América Central también existen algunas instituciones de coordinación como la Corporación del Área Metropolitana de San Salvador – COAMSS – y la Federación Metropolitana de Municipalidades de San José – FEMETROM – . Sus finalidades se limitan a la planificación y el ordenamiento territorial.

Dada la alta complejidad de los problemas urbanos y territoriales, varios países ensayan políticas de reordenamiento territorial. Otros como Argentina,

censo de población. Instituto Brasileiro de Geografía e Estadística (IBGE). En línea: https://www.ibge.gov.br/. Consultado el 25 de agosto de 2020; Dirección General de Estadística y Censos, Gobierno de la Ciudad de Argentina, en línea: https://www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc/?p=27882; Consultado el 25 de agosto de 2020.

2 La Región Metropolitana de Lima fue creada por el Art. 33º Ley Nº 27783 de Bases de la Descentralización. Ver también los artículos 65 y siguientes Ley Orgánica Nº 27867 de Gobiernos Regionales (modificada por la Ley Nº 27092), y el Art. 151 de la Ley Orgánica Nº 27972 sobre los Municipios. El alcalde de Lima Metropolitana ejerce como Presidente Regional, mientras que el Concejo Metropolitano de Lima, órgano ejecutivo, ejerce como Consejo Regional y la Asamblea Metropolitana de Lima, compuesta por un alcalde metropolitano, alcaldes de distrito y representantes de la sociedad civil y de organizaciones de base de la provincia de Lima, ejerce como consejo consultivo y de coordinación regional.

3 Quito cuenta con una configuración relativamente descentralizada, dotada de un consejo y un alcalde metropolitano con responsabilidad sobre la mayor parte del territorio. Caracas dispone de un sistema de gobierno municipal de dos niveles con un alcalde metropolitano y un consejo legislativo elegido, cubriendo las zonas del Libertador (el distrito federal de Caracas fue eliminado) y las municipalidades del vecino estado de Miranda.

4 Como el Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental y Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo en Buenos Aires o experiencias de cooperación interinstitucional como la Cámara ABC de São Paulo (Sto. André, São Bernardo, São Cayetano).

Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador y ciertas naciones de América Central promueven la creación de mancomunidades y otras formas asociativas para ayudar a resolver el problema del pequeño tamaño de muchos municipios, lo que limita su capacidad de respuesta efectiva a las demandas de sus comunidades y ciudadanos.

En Bolivia funcionan 70 mancomunidades municipales de desarrollo y prestación de servicios. En Argentina existen 72 entes intermunicipales que agrupan a 770 gobiernos locales en 22 provincias, orientadas a la promoción del desarrollo económico micro regional, el desarrollo turístico y la preservación del medio ambiente. En Ecuador operan 20 mancomunidades con más de 100 municipios[5] y se han establecido otro número similar de formas asociativas entre entes provinciales, regionales y micro regionales para impulsar el desarrollo. En Chile funcionan más de 60 asociaciones regionales, subregionales y sectoriales de municipios. En Colombia existen 44 asociaciones de municipios —que representan a 454 gobiernos locales— que trabajan conjuntamente en la prestación de servicios públicos, ejecutan obras o realizan funciones administrativas delegadas por los municipios asociados.

A tal punto son tales desafíos, que desde hace algunos años se empezó a hablar de la "crisis del municipalismo", en el sentido de que la corporación municipal tradicional, autárquica y desvinculada de su contexto, no puede funcionar en la compleja realidad urbana actual. En esta realidad, deben operar las modernas políticas de desarrollo, así como también hay que concebirla formando parte de un proceso general de planeación que necesariamente involucra a las demás instancias de gobierno.

3. SOCIEDAD MEXICANA Y ESTRUCTURA URBANA

La sociedad mexicana y la estructura urbana, como muchas otras del mundo, cambió de rural a urbana. Vivimos ahora en una sociedad predominantemente urbana; según los datos arrojados por el censo de 2010, la población de México ha superado los 119,938,473[6] de habitantes, distribuidos en 31,949,709[7] viviendas; el 78.8% residentes viven en localidades urbanas y el 22.2% restante en zonas rurales[8], en compensación, el ritmo de crecimiento de

5 Ejemplo en Ecuador: la Mancomunidad de Municipalidades para la Rehabilitación del Ferrocarril Ecuatoriano, creada mediante convenio suscrito en junio del 2005, por 33 municipalidades.

6 INEGI. **"Censos y Conteos de Población y Vivienda. Encuesta Intercensal 2015"**, [en línea]. México, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/temas/estructura/.

7 INEGI. **Censos y Conteos de Población y Vivienda. Encuesta Intercensal 2015**, [en línea]. México, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/temas/vivienda/.

8 INEGI. **Volumen y crecimiento. Población total según tamaño de localidad para cada entidad federativa. Población rural y urbana, 2010**, [en línea]. México, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/rur_urb.aspx?tema=P#:~:text=Poblaci%C3%B3n.,Rural%20y%20urbana&text=El%20n%C3%BAmero%20de%20habitantes%20que,m%C3%A1s%20de%202%20500%20personas.

la población ha continuado en descenso, situándose en el último lustro en 1.4% en promedio por año[9].

La estructura urbana de nuestro país está conformada de manera muy desequilibrada, que se traduce en una paradoja de concentración-dispersión. Se caracteriza por varias urbes con población superior del millón de habitantes, que después precisaremos; un buen número de ciudades que se ubican entre los quinientos mil y el millón de habitantes[10]; la mayoría de municipios se ubican de los 15 mil habitantes en adelante[11]; varios municipios que registran menos de 10 mil habitantes, aproximadamente el 11.6%.

A partir de la década de los 80, las zonas metropolitanas de México, Guadalajara y Monterrey, han venido observando una reducción en su ritmo de crecimiento, no así la de Puebla que continúa aumentando de manera espectacular. Por otra parte, en los últimos años las ciudades intermedias, ubicadas en el rango que va de los 100 mil a los 500 mil habitantes, han comenzado a captar buena parte de la población rural e interurbana, de ahí que se encuentren en una etapa de crecimiento acelerado.

Por tanto, la distribución de la población en el territorio nacional, afirman Landero y Limas "sigue una tendencia de concentración y crecimiento en grandes metrópolis y en ciudades medias. La relación pobreza-localidades rurales se ha mantenido desde mitad del siglo". A ello debe añadirse, la dificultad para generar polos de desarrollo regional que representen un atractivo para la población migrante, "en virtud de que cada entidad planea su política de desarrollo desvinculada de las grandes políticas nacionales, como la de la población"[12].

La nueva realidad urbana tiene, en primer lugar, un gran peso en nuestro sistema político, que demanda adaptarse a tales cambios demográficos. Para todos los partidos políticos y obviamente también para el propio gobierno, de dicha realidad surgen formidables retos que les plantean nuevas formas organizativas y de comunicación efectiva con los diversos grupos que integran la sociedad plural y la propia ciudadanía en general.

En esta nueva realidad, "procesos combinados de alfabetización,

9 INEGI. **Encuesta Intercensal 2015**, [en línea]. México, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/habitantes.aspx?tema=P

10 INEGI. **Encuesta Intercensal 2015. Principales resultados**, [en línea]. México, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/intercensal/2015/doc/eic_2015_presentacion.pdf

11 CONAPO, Catálogo de localidades con más de 15,000 habitantes según entidad federativa y municipio, 1960, 1970, 1980, 1990, 1995, 2000, 2005 y 2010, [en línea]. México, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: : http://www.conapo.gob.mx/en/OMI/Catalogo_de_localidades_con_mas_de_15000_habitantes_segun_entidad_federativa_y_municipio_1960_1970_1980_1990_1995_2000_2005_y_2010, consultado el 14 de agosto de 2020.

12 LANDERO Orduña, Mireya y LIMAS Magaña, H. Aydée, "La política de población en México, **Bien Común y Gobierno,** núm. 44, p. 119.

urbanización, industrialización, han conformado una ciudad política e ideológicamente compleja. No va a ser sencillo el encuadramiento institucional de esta realidad"; en una expresión plástica, constituyen una manifestación de "subversiones silenciosas" causadas por los cambios acumulados en los últimos años, "se trata de las mayorías del México urbano, sus clases medias, sus burguesías liberales; la sociedad de masas que se hacina en nuestras ciudades, movilizada por la desesperación y el empobrecimiento, atrapada por la dureza de su presente, pero ya sin arraigos ni nostalgia del México viejo, modelada más bien por el futuro, a la vez real e ilusorio, ofrecido por los medios de comunicación que la irrigan con el mismo vaho de expectativas y consumos"[13].

Pero la realidad urbana, además, tienen serias consecuencias para el desarrollo nacional y regional, como para el bienestar y calidad de vida de sus habitantes. Es imposible desvincular el desarrollo en cualquiera de sus ámbitos de la realidad poblacional, subrayan Toache y Pérez que "alcanzar un desarrollo sustentable implica el reconocimiento de los peligros que supone un crecimiento desmedido de la población". Efectivamente, "el acelerado crecimiento demográfico, las concentraciones urbanas y la sobreexplotación de los recursos naturales, al interactuar con la pobreza, los patrones de producción y consumo y las desigualdades sociales, ponen en riesgo el equilibrio ecológico". Es por ello que "las políticas de población requieren de la participación de los sectores público, privado y social, así como de la colaboración directa de las instancias gubernamentales, cuyas actividades repercuten de manera directa en los fenómenos demográficos y las condiciones socioeconómicas de la población"[14].

4. CONURBACIÓN Y ZONAS METROPOLITANAS

Para comprender la realidad urbana y el impresionante crecimiento de las ciudades se han empleado diversos términos. En este apartado sólo nos ocuparemos de los términos conurbación y zona metropolitana, términos ambos que se han recogido en nuestro orden normativo e institucional.

El vocablo conurbación[15], se puso en boga en nuestro país en la década de los 70 e incluso su concepto se recogió en la Constitución. Inicialmente en la Constitución el término conurbación con un sentido geográfico, por reforma constitucional de 1976, en el artículo 115 se introdujo la fracción V, misma que expresó: "cuando dos o más centros urbanos situados en

13 AGUILAR Camín, Héctor, **Subversiones silenciosas**, México, ed. Aguilar, 1993, pp. 211 y 212.
14 TOACHE Pérez, Gerardo y Pérez, Raquel, "Los retos de la población mundial en los inicios del siglo XXI", **Bien Común y Gobierno**, México, p. 130.
15 Este neologismo se origina en la obra de Patrick Geddes, **Cities in evolution**, 1915, quien trató de describir el crecimiento, como un conjunto de un grupo de ciudades, aunque después su uso fue un poco más amplio entre geógrafos y urbanistas.

territorios municipales de dos o más entidades federativas formen o tiendan a formar una continuidad geográfica, la federación, las entidades federativas y los municipios respectivos, en el ámbito de sus competencias, planearán y regularán de manera conjunta y coordinada el desarrollo de dichos centros con apego a la Ley Federal de la materia".

Más tarde, por modificación constitucional de 1983, la referida fracción V se convirtió en la VI, substituyéndose el término "geográfica" por "demográfica" se desarrolló el concepto en la Ley General de Asentamientos Humanos, de 1993, en el artículo 2, fracción IV, en la cual se indica que la conurbación consiste en "la continuidad física y demográfica que forman o tienden a formar dos o más centros de población".

Por su parte, la expresión zona metropolitana, más reciente que la anterior, tiene un contenido más amplio y complejo. Su noción implica una región o área urbana contemplada no sólo en el mero aspecto demográfico geográfico sino también según sus actividades socioeconómicas, de servicios, mercados de trabajo, necesidades culturales e incluso ecológicas[16].

Desde hace varios años, se viene utilizando la expresión zona metropolitana por el estado mexicano para efectos administrativos y presupuestarios. En este sentido, en el conocido documento *Delimitación de las zonas metropolitanas* que elaboran las dependencias SEDESOL-CONAPO-INEGI, se define la zona metropolitana como el

> conjunto de dos o más municipios donde se localiza una ciudad de 50 mil o más habitantes, cuya área urbana, funciones y actividades rebasan el límite del municipio que originalmente la contenía, incorporando como parte de sí misma o de su área de influencia directa a municipios vecinos, predominantemente urbanos, con los que mantiene un alto grado de integración socioeconómica. También se incluyen a aquellos municipios que por sus características particulares son relevantes para la planeación y política urbanas de las zonas metropolitanas en cuestión. Adicionalmente, se define como zonas metropolitanas a todos aquellos municipios que contienen una ciudad de un millón o más habitantes, así como aquellos con ciudades de 250 mil o más habitantes que comparten procesos de conurbación con ciudades de Estados Unidos de América[17].

16 A este respecto, véanse, entre otros: ESPEJEL Mena, Jaime, **"La Zona Metropolitana del Valle de México: arreglos formales y fragmentación"**, vol. 19, 2019, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-84212019000200241;SALINAS-Arreortua, **Gestión metropolitana en la Zona Metropolitana del Valle de México: entre la legalidad y la voluntad política**, vol. 23, 2017, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252017000100143; ARELLANO Ríos, Alberto. **"La gestión metropolitana. Casos y experiencias de diseño institucional"**, Capitulo Segundo, 2013, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12131; RAMIREZ DE LA CRUZ, Edgar, **"Instrumentos y Gobernanza Metropolitana. Una primera aproximación al caso de México"**, vol. 27, núm. 2, 2012, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0186-72102012000200491.

17 **Delimitación de las zonas metropolitanas de México 2010**, México, SEDESOL-CONAPO-INEGI,

Finalmente, se ha expedido la Ley General de Asentamientos Urbanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano, de 28 de noviembre de 2016, en la cual se han establecido directrices generales, competencias concurrentes entre los diferentes niveles de gobierno y precisiones conceptuales en las materias referidas.

De este modo, en el artículo 3 de la Ley, fracción IX, se mantiene el termino conurbación según se ha utilizado, entendido como "la continuidad física y demográfica que formen dos o más Centros de Población". En tanto que zona metropolitana, dice la fracción XXXVII del propio artículo, son "Centros de Población o conurbaciones que, por su complejidad, interacciones, relevancia social o económica, conforman una unidad territorial de influencia dominante y revisten importancia estratégica para el desarrollo nacional".

En cuanto a los niveles de gobierno, en el artículo 7, se subraya que se sustentarán en la concurrencia. En el referido precepto, se expresa "las atribuciones en materia de ordenamiento territorial, asentamientos humanos, desarrollo urbano y desarrollo metropolitano, serán ejercidos de manera concurrente por la Federación, las entidades federativas, los municipios y las Demarcaciones Territoriales, en el ámbito de la competencia que les otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y esta Ley, así como a través de los mecanismos de coordinación y concertación que se generen". En los artículos 8 a 11 se establecen las atribuciones para la federación, las entidades federativas y los municipios.

Se establecen también en la Ley diversos órganos instrumentos y programas para las materias que le están otorgadas.

Especial importancia tienen los órganos deliberativos y auxiliares, regulados en los artículos 14 a 21 de la Ley. Se menciona, en primero lugar, al Consejo Nacional de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano. En tanto que para los demás niveles de gobierno, se establecen Consejos Locales y Municipales de Ordenamiento Territorial, Desarrollo Urbano y Metropolitano.

El Sistema de Planeación en la materia está regulado en los artículos 22 a 46 de la Ley. Dentro de este Sistema, se mencionan los Programas Metropolitanos y de Zonas Conurbadas, que permiten, dispone el artículo 35, "el concurso de la Federación, las entidades federativas y los municipios o las demarcaciones territoriales respectivas, para planear y regular de manera conjunta y coordinada los programas metropolitanos y de zonas conurbadas". Por su parte, el artículo 32, señala que las instancias referidas, "deberán convenir la delimitación y constitución de una Zona Metropolitana

2012, p. 25. Asimismo, el numeral 4, inciso u), del Acuerdo por el que se emiten las Reglas de Operación del Fondo Metropolitano 2012, aclara que las demarcaciones territoriales del Distrito Federal y los asentamientos humanos pueden formar parte de las zonas metropolitanas.

o conurbada cuando sea procedente el estudio y planeación conjunta de dos o más Centros de Población, situados en el territorio de entidades federativas vecinas". Para las zonas metropolitanas y conurbaciones interestatales se constituye una comisión de ordenamiento con las partes interesadas.

Se dedica también varios preceptos a la Gobernanza Metropolitana. En el artículo 36, se subraya "Para lograr una eficaz gobernanza metropolitana, se establecerán los mecanismos y los instrumentos de carácter obligatorio que aseguren la acción coordinada institucional de los tres órdenes de gobierno y la participación de la sociedad", señalándose también las instancias a través las cuales debe hacerse la gestión de las zonas metropolitanas o conurbaciones. En los artículos 37 a 39 se regulan los requisitos que deben tener los programas para las zonas metropolitanas o conurbaciones, plazos, y forma de coordinarse.

5. LAS DIVERSAS ZONAS METROPOLITANAS

Se han elaborado diversas delimitaciones de las zonas metropolitanas en nuestro país. En el año 2000[18], se identificaron 55 zonas metropolitanas; en el año 2005[19], se señalaron 56 zonas metropolitanas; en 2010[20], se reconocieron 59 zonas metropolitanas. En fin, en 2015[21] se elevaron a 74 zonas metropolitanas en las 32 entidades federativas.

Entre 2010 y 2015 la variación en el orden por tamaño de zonas metropolitanas se mantuvo, las más grandes concentraciones son las siguientes: ***Valle de México***, con una población de 20.9 millones de habitantes, comprende 16 municipios[22] de la Ciudad de México, uno de Hidalgo[23], más 59 del Estado de México[24]; ***Guadalajara***, con 4.9 millones, integrada por 10 municipios[25]; ***Monterrey***, poblada por 4.7 millones de habitantes, abarcando

18 **Delimitación de las zonas metropolitanas de México**, México, SEDESOL-CONAPO-INEGI, 2004, pp. 23, 28 y 30.

19 **Delimitación de las zonas metropolitanas de México 2005**, México, SEDESOL-CONAPO-INEGI, 2007, pp. 26 y 31.

20 **Delimitación de las zonas metropolitanas de México 2010**, México, SEDESOL-CONAPO-INEGI, 2012, pp. 25.

21 **Delimitación de las zonas metropolitanas de México 2015**, México, SEDESOL-CONAPO-INEGI, 2015, pp. 20.

22 Azcapotzalco, Coyoacán, Cuajimalpa de Morelos, Gustavo A. Madero, Iztacalco, Iztapalapa, La Magdalena Contreras, Milpa Alta, Álvaro Obregón, Tláhuac, Tlalpan, Xochimilco, Benito Juárez, Cuauhtémoc, Miguel Hidalgo, Venustiano Carranza.

23 Tizayuca.

24 Acolman, Amecameca, Apaxco, Atenco, Atizapán de Zaragoza, Atlautla, Axapusco, Ayapango, Coacalco de Berriozábal, Cocotitlán, Coyotepec, Cuautitlán, Chalco, Chiautla, Chicoloapan, Chiconcuac, Chimalhuacán, Ecatepec de Morelos, Ecatzingo, Huehuetoca, Hueypoxtla, Huixquilucan, Isidro Fabela, Ixtapaluca Jaltenco, Jilotzingo, Juchitepec, Melchor Ocampo, Naucalpan de Juárez, Nezalcóyotl, Nextlalpan, Nicolás Romero, Nopaltepec, Otumba, Ozumba, Papalotla, La Paz, San Martin de las Pirámides, Tecámac, Temamatla, Temascalapa, Tenango del Aire, Teoloyucan, Teotihuacán, Tepetlaoxtoc, Tepetlixpa, Tepotzotlán, Tequixquiac, Texcoco, Tezoyuca, Tlalmanalco, Tlalnepantla de Baz, Tultepec, Tultitlán, Villa del Carbón, Zumpango, Cuautitlán Izcalli, Valle de Chalco Solidaridad, Tonanitla

25 Acatlán de Juárez, Guadalajara, Ixtlahuacán de los Membrillos, Juanacatlán, El Salto, Tlajomulco de Zúñiga, San Pedro Tlaquepaque, Tonalá, Zapopan, Zapotlanejo.

18 municipios[26]; ***Puebla-Tlaxcala***, habitada por 2.9 millones, compuesta de 39 municipios[27]; y ***Toluca***, con una demografía de 2.2 millones de habitantes, formada por 16 municipios[28].

Un segundo grupo de zonas metropolitanas, que también revelan considerable concentración demográfica son: ***Tijuana*** con 1,840,710 habitantes, compuesta por 3 municipios[29]; ***León*** poblada por 1,768,193 habitantes, integrada por 2 municipios[30]; ***Juárez*** habitada por 1,391,180 habitantes, abarcando 1 municipio[31]; ***La Laguna,*** 1,1,342,195 habitantes, 5 municipios[32]; ***Querétaro*** con 1,323,640 habitantes, integrado por 5 municipios[33]; ***San Luis Potosí***,159,807 habitantes, 3 municipios[34]; ***Mérida*** 1,143,041 habitantes, 11 municipios[35]; ***Aguascalientes*** 1,044,049 habitantes, 3 municipios[36]; ***Mexicali*** 988,417, 1 municipio[37]; ***Cuernavaca*** 983,365 habitantes, 8 municipios[38]; ***Saltillo*** 923,636 habitantes, 3 municipios[39]; ***Chihuahua*** 918,339 habitantes, 3 municipios[40], ***Tampico 916,854***, 5 municipios[41]; ***Veracruz*** 915,213 habitantes, 6 municipios[42]; ***Morelia*** con 911,960, 3 municipios[43]; ***Culiacán*** con 905,265 habitantes, 1 municipio[44]; ***Acapulco*** 886,975 habitantes, con 2 municipios[45]; ***Hermosillo*** con 884,273 habitantes, 1 municipio[46]; ***Villahermosa*** con 823,323 habitantes , 2 municipios[47]; ***Tuxtla Gutiérrez*** con 814,436 habitantes, 5 municipios[48];

26 Abasolo, Apodaca, Cadereyta Jiménez, El Carmen, Ciénega de Flores, García, San Pedro Garza García, General Escobedo, General Zuazua, Guadalupe, Juárez, Monterrey, Pesquería, Salinas Victoria. San Nicolás de los Garza, Hidalgo, Santa Catarina, Santiago

27 Acajete, Amozoc, Coronango, Cuautlancingo, Chiautzingo, Domingo Arenas, Huejotzingo, Juan C. Bonilla, Ocoyucan, Puebla, San Andrés Cholula, San Felipe Teotlalcingo, San Gregorio Atzompa, San Martín Texmelucan, San Miguel Xoxtla, San Pedro Cholula, San Salvador el Verde, Tepatlaxco de Hidalgo, Tlaltenango, Ixtacuixtla de Mariano Matamoros, Mazatecochco de José María Morelos, Tepetitla de Lardizábal, Acuamanala de Miguel Hidalgo, Natívitas, San Pablo del Monte, Tenancingo, Teolocholco, Tepeyanco, Tetlatlahuca, Papalotla de Xicohténcatl, Xicohtzinco, Zacatelco, San Jerónimo Zacualpan, San Juan Huactzinco, San Lorenzo Axocomanitla, Santa Ana Nopalucan, Santa Apolonia Teacalco, Santa Catarina Ayometla y Santa Cruz Quilehtla

28 Almoloya de Juárez, Calimaya, Chapultepec, Lerma, Metepec, Mexicaltzingo, Ocoyoacac, Otzolotepec, Rayón, San Antonio la Isla, San Mateo Atenco, Temoaya, Tenango del Valle, Toluca, Xonacatlán y Zinacantepec

29 Tecate, Tijuana y Playas de Rosarito.

30 León y Silao de la Victoría

31 Juárez

32 Francisco I. Madero, Matamoros, Torreón, Gómez Palacio y Lerdo.

33 Apaseo el Alto, Corregidora, Huimilpan, El Marqués y Querétaro.

34 San Luis Potosí, Zaragoza y Soledad de Graciano Sánchez

35 Acanceh, Conkal, Hunucmá, Kanasín, Mérida, Samahil, Timucuy, Tixkokob, Tixpéhual, Ucú y Umán.

36 Aguascalientes, Jesús María, San Francisco de los Romo

37 Mexicali

38 Cuernavaca, Emiliano Zapata, Huitzilac, Jiutepec, Temixco, Tepoztlán, Tlaltizapán y Xochitepec.

39 Arteaga, Ramos Arizpe y Saltillo.

40 Aldama, Aquiles Serdán y Chihuahua.

41 Altamira, Ciudad Madero, Tampico, Pánuco y Pueblo Viejo.

42 Alvarado, Jamapa, Boca del Río, Manlio Fabio Altamirano, Medellín y Veracruz.

43 Chao, Morelia y Tarímbaro.

44 Culiacán

45 Acapulco de Juárez y Coyuca de Benítez.

46 Hermosillo

47 Centro y Nacajuca

48 Berriozábal, Chiapa de Corzo, San Fernando, Suchiapa, Tuxtla Gutiérrez

Reynosa con 773,089 habitantes, 2 municipios[49], ***Xalapa*** 768,271 habitantes, 9 municipios[50]; ***Cancún*** 763,121, 2 municipios[51]; ***Celaya*** 731,667 habitantes, cuenta con 4 municipios[52]: ***Oaxaca*** 671,447 habitantes, 24 municipios[53]; ***Durango*** con 654,876 habitantes, 1municipio[54]; ***Pachuca*** 557,093 habitantes, 7 municipios[55]; ***Tlaxcala-Apizaco*** 540,273habitantes, 19 municipios[56]; ***Poza Rica*** 538,203 habitantes, 5 municipios[57]; ***Matamoros*** 520,367 habitantes, 1 municipio[58]; ***Mazatlán*** poblada por 502,547 habitantes, compuesta por 1 municipio[59].

Le siguen zonas metropolitanas que si bien revelan menor concentración demográfica, se encuentran en crecimiento; ***Ensenada*** con 486,639 habitantes, compuesta por 1 municipio[60]; ***Cuautla*** 475,441 habitantes, 6 municipios[61]; ***Tepic*** 471,026 habitantes, 2 municipios[62]; ***Orizaba*** 457,159 habitantes, 13 municipios[63]; ***Puerto Vallarta*** 425,890 habitantes, con 2 municipios[64]; ***Nuevo Laredo*** 399,431 habitantes, con 1 municipio[65]; ***Zacatecas – Guadalupe*** con 375,628 habitantes, con 5 municipios[66]; ***Minatitlán*** 372 habitantes, con 6 municipios[67]; ***Coatzacoalcos*** con 365,026 habitantes, con 3 municipios[68]; ***Monclova – Frontera*** 363,753 habitantes, con 4 municipios[69]; ***Colima – Villa de Álvarez*** 359,392 habitantes, con 5 municipios[70], ***Tapachula*** con 348,156 habitantes, integrada por 1 municipio[71]; ***Córdoba*** 347,647 habitantes, con 4 municipios[72]; ***Ciudad Victoria*** con 346,029

49 Reynosa y Río Bravo
50 Banderilla, Coacoatzintla, Coatepec, Emiliano Zapata, Xalapa, Xico, Jilotepec, Rafael Lucio y Tlalnelhuayocan.
51 Isla Mujeres y Benito Juárez
52 Celaya, Comonfort, Cortazar y Villagrán.
53 Magdalena Apasco, Nazareno Etla, Oaxaca de Juárez, San Agustín de las Juntas, San Agustín Yatareni, San Andres Huayápan, San Antonio de la Cal, San Bartolo Coyotepec, San Jacinto Amilpas, Animas Trujano, San Lorenzo Cacaotepec, San Pablo Etla, Villa de Etla, San Sebastián Tutla, Santa Cruz Amilpas, Santa Cruz Xoxocotlán, Santa Lucía del Camino, Santa María Atzompa, Santa María del Tule, Santo Domingo Tomaltepec, Soledad Etla, Tlalixtac de Cabrera, Villa de Zaachila
54 Durango
55 Epazoyucan, Mineral del Monte, Pachuca de Soto, Mineral de la Reforma, San Agustín Tlaxiaca, Zapotlán de Juárez y Zempoala.
56 Amaxac de Guerrero, Apetatitlán de Antonio Carvajal, Apizaco, Cuaxomulco, Chiautempan, Contla de Juan Cuamatzi, Panotla, Santa Cruz Tlaxcala, Tetla de la Solidaridad, Tlaxcala, Tocatlán, Totolac, Tzompantepec, Xaloztoc, Yauhquemecan, La Magdalena Tlaltelulco, San Damián Texoloc, San Francisco Tetlanohcan y Santa Isabel Xiloxoxtla
57 Cazones de Herrera, Coatzintla, Papantla, Poza Rica de Hidalgo y Tihuatlán
58 Matamoros
59 Mazatlán
60 Ensenada
61 Atlatlahucan, Ayala, Cuautla, Tlayacapan, Yautepec y Yecapixtla.
62 Xalisco y Tepic
63 Atzacan, Camerino Z. Mendoza, Huiloapan, Ixhuatlancillo, Ixtaczoquitlán, Maltrata, Mariano Escobedo, Nogales, Orizaba, Rafael Delgado, Río Blanco, San Andrés Tenejapan y Tlilapan
64 Puerto Vallarta y Bahía de Bandera.
65 Nuevo Laredo
66 Guadalupe, Morelos, Vetagrande, Zacatecas y Trancoso
67 Cosoleacaque, Chinameca, Jáltipan, Minatitlán, Otepan y Zaragoza.
68 Coatzacoalcos, Ixhuatlán del Sureste y Nanchital de Lázaro Cárdenas del Río.
69 Castaños, Monclova, San Buenaventura y Frontera.
70 Colima, Comala, Coquimatlán, Cuauhtémoc y Villa de Álvarez
71 Tapachula
72 Amatlán de los Reyes, Córdoba, Fortín y Yanga.

habitantes, 1 municipio[73]; ***Tehuacán*** con 344,603 habitantes, 2 municipios[74]; ***Chilpancingo*** con 324,422 habitantes, conformada por 2 municipios[75]; ***Campeche*** con 283,025 habitantes, 1 municipio[76]; ***La Paz*** 272,711 habitantes, 1 municipios[77]; ***Zamora*** 265,952 habitantes, con 2 municipios[78]; ***Tulancingo*** 256,662 habitantes, con 3 municipios[79]; ***La Piedad-Pénjamo*** 254,272 habitantes con 2 municipios[80]; ***Nogales*** con 233,952 habitantes, con 1 municipio[81]; ***Tula*** 225,219 habitantes, con 5 municipios[82]; ***Chetumal*** con 224,080 habitantes, con 1 municipio[83]; ***Guaymas*** 214,223 habitantes, con 2 municipios[84]; ***San Francisco del Rincón*** con 199,308 habitantes, con 2 municipios[85]; ***Tehuantepec*** 194,792 habitantes, con 3 municipios[86]; ***Piedras Negras*** 194,293 habitantes, con 2 municipios[87]; ***Delicias*** con 192,797 habitantes, 2 municipios[88]; ***Guanajuato*** con 184,239 habitantes, con 1 municipio[89]; ***Ocotlán*** 176,158 habitantes, con 2 municipios[90]; ***Tianguistenco*** 170,461 habitantes. con 6 municipios[91]; ***Tecomán*** 152,790 habitantes, con 2 municipios[92]; ***Ríoverde*** 135,452 habitantes, con 2 municipios[93], ***Teziutlán*** 131,786 habitantes, con 2 municipios[94]; ***Acayucan*** 120,340 habitantes, con 3 municipios[95]; ***Hidalgo del Parral*** 114,596 habitantes, 2 municipios[96]; ***Guanajuato*** 113,138 habitantes, con 1 municipios[97].

6. LOS FONDOS METROPOLITANOS

Desde el año 2006, en los diversos Presupuestos de Egresos de la Federación se han destinado recursos específicos para las zonas metropolitanas. Tales recursos se establecen en el denominado "Fondo Metropolitano", que se sujeta a las reglas generales y específicas que se establecen para los

73 Victoria
74 Santiago Miahuatlán y Tehuacán
75 Chilpancingo de los Bravo y Eduardo Nerí
76 Campeche
77 La Paz
78 Jacona y Zamora.
79 Cuautepec de Hinojosa, Santiago Tulantepec de Lugo Guerrero y Tulancingo de Bravo.
80 Pénjamo y la Piedad
81 Nogales
82 Atitalaquia, Atotonilco de Tula, Tlahuelilpan, Tlaxcoapan y Tula de Allende.
83 Othón P. Blanco
84 Empalme y Guaymas.
85 Purísima del Rincón y San Francisco del Rincón.
86 Salina Cruz, San Blas Atempa, San Pedro Huilotepec, Santa María Mixtequilla y Santo Domingo Tehuantepec.
87 Nava y Piedras Negras.
88 Delicias y Meoqui.
89 Guanajuato.
90 Jamay, Ocotlán y Poncitlán.
91 Alomoloya del Río, Atizapán, Capulhuacan, Xalatlaco, Texcalyacac y Tianguistenco.
92 Armería y Tecomán.
93 Ciudad Fernández y Ríoverde.
94 Chignautla y Teziutlán.
95 Acayucan, Oluta y Soconusco.
96 Hidalgo del Parral y San Francisco del Oro.
97 Guanajuato.

programas en dicho presupuesto, mismas que substancialmente han sido similares cada año, pero que se concretan en lineamientos que expide la Secretaría de Hacienda para su operatividad.

Cabe observar que los recursos destinados al Fondo Metropolitano han venido disminuyendo notablemente y hay también excesiva centralización en las decisiones por parte de los órganos federales. Estimamos que las entidades federativas y las propias zonas metropolitanas deben exigir mayor participación en el proceso de asignación y manejo de tales fondos. Está afirmación vale en general para el sistema de distribución fiscal entre la federación, los estados y los municipios, requiere revisarse a fondo para establecer mejores equilibrios entre los distintos niveles de gobierno.

Por lo que se refiere a los Fondos Metropolitanos, tomemos como ejemplo el presupuesto de 2012, los recursos se elevaron a 8,331 millones de pesos y se repartieron en 47 zonas metropolitanas[98]. Adviértase que los recursos destinados eran elevados y se daban a conocer de manera clara los montos y zonas metropolitanas que los recibiría. Dichos montos por zona fueron los siguientes: ***Valle de México*** 3,388,500,000; ***Guadalajara*** 880,200,000; ***Monterrey*** 758,000,000; ***la Laguna*** 401,300,000; ***León*** 350,000,000; ***Toluca*** 350,000,000; ***Puebla-Tlaxcala*** 302,000,000; ***Querétaro*** 165,000,000; ***Aguascalientes*** 105,000,000; ***Saltillo*** 100,000,000; ***Cancún*** 97,500,000mdp.; ***Tijuana*** 92,600,000mdp.; ***Pachuca*** 74,000,000; ***Mérida*** 73,900,00; ***Acapulco*** 67,000,000; ***Oaxaca*** 65,000,000; ***San Luis Potosí-La Soledad de G.S.*** 55,000,000; ***Veracruz*** 50,200,000; ***Tuxtla Gutiérrez*** 50,100,000; ***Tula*** 50,000,000; ***Monclova-Frontera*** 50,000,000; ***Villahermosa*** 45,300,000; ***Juárez*** 45,000,000; ***Cuernavaca*** 45,000,000; ***Puerto Vallarta*** 41,300,000; ***Colima-Villa de Álvarez*** 40,000,000, ***Reynosa-Río Bravo*** 40,000,000; ***Chihuahua*** 40,000,000; ***Coatzacoalcos*** 40,000,000; ***Piedras Negras*** 40,000,000; ***Tepic*** 35,000,000; ***Tlaxcala-Apizaco*** 35,000,000; ***Matamoros*** 35,000,000; ***Morelia*** 35,000,000; ***Zacatecas-Guadalupe*** 35,000,000, ***Mexicali*** 30,000,000; ***Ocotlán*** 29,000,000; ***Tehuacán*** 25,300,000; ***Tulancingo*** 25,000,000; ***Río Verde-Ciudad Fernández*** 24,000,000; ***Moroleón-Uriangato*** 24,000,000; ***Tecomán*** 24,000,000; ***Xalapa*** 20,000,000; ***Acayucan*** 18,700,000; ***La Piedad-Pénjamo*** 16,000,000; ***Cuautla*** 12,000,000; y ***la Laja-Bajío*** 9,000,000.

Todavía en los ejercicios fiscales posteriores a 2012, los recursos dedicados al Fondo Metropolitano fueron elevándose año con año. De esta manera, en el ejercicio fiscal del 2013, se elevaron a 8,616 millones de pesos;

98 Presupuesto de Egresos de la Federación Para el Ejercicio Fiscal 2012. DOF, publicado el 12 de diciembre de 2011. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/pef_2012/PEF_2012_abro.pdf. Reglas de Operación del Fondo Metropolitano. DOF, publicado el 26 de abril de 2012, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5250215&fecha=26/04/2012.

en 2014, a 9,943,468,314 millones; en 2015, a 10,381,546,235 millones; en 2016, a 10,400,284,715 millones.

Sin embargo, en el ejercicio fiscal de 2017, se aprobaron apenas 3,240,170,830 millones, una tercera parte aproximadamente de lo otorgado el año anterior. En 2018, hubo un cambio en la transparencia del destino de los recursos y un recorte más, se dedicaron al efecto 3,269 millones[99]. En fin, en 2019, se dedicaron 3,300 millones[100] y la misma cantidad en el año 2020.

Para el año 2020, se expidieron nuevas reglas para el Fondo Metropolitano[101], que se encuentran en el artículo 11 del Presupuesto de Egresos de la Federación del presente ejercicio fiscal[102], publicado el 11 de diciembre de 2019, así como los Lineamientos de Operación[103], publicados el 31 de enero de 2020.

En el artículo 11 del referido Presupuesto de Egresos, se expresa que los recursos federales del Fondo Metropolitano se aplicarán a través de un fideicomiso constituido por la Secretaría de Hacienda, la "aprobación de programas y proyectos de infraestructura propuestos por las entidades federativas estará a cargo del comité técnico del fideicomiso". Dicho Comité Técnico, estará integrado "por dos representantes de la Secretaría, dos representantes de la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano (SEDATU), y un representante de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) con derecho a voz y voto; así como la representación de la presidencia y una secretaría correspondiente al sector de la Comisión Legislativa de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, correspondiente al sector estos dos últimos con derecho solamente a voz". Por

99 **Presupuesto de Egresos de la Federación Para el Ejercicio Fiscal 2013**. DOF, publicado el 27 de diciembre de 2012, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/pef_2013/PEF_2013_abro.pdf; **Presupuesto de Egresos de la Federación Para el Ejercicio Fiscal 2014**. DOF, Publicado el 3 de diciembre de 2013, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/pef_2014/PEF_2014_orig_03dic13.pdf; **Presupuesto de Egresos de la Federación Para el Ejercicio Fiscal 2015**. DOF, Publicado el 1 de diciembre de 2014, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/pef_2015/PEF_2015_abro.pdf; **Presupuesto de Egresos de la Federación Para el Ejercicio Fiscal 2016**. DOF, Publicado el 27 de noviembre de 2015, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/pef_2016/PEF_2016_abro.pdf; **Presupuesto de Egresos de la Federación Para el Ejercicio Fiscal 2017**. DOF, Publicado el 30 de noviembre de 2016, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/pef_2017/PEF_2017_orig_30nov16.pdf; **Presupuesto de Egresos de la Federación Para el Ejercicio Fiscal 2018.** DOF, Publicado el 29 de noviembre de 2017, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/pef_2018/PEF_2018_orig_29nov17.pdf;

100 **Presupuesto de Egresos de la Federación Para el Ejercicio Fiscal 2019**. DOF, Publicado el 28 de diciembre de 2018, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio//abro/pef_2019/PEF_2019_abro.pdf

101 **Reglas de Operación del Fideicomiso Fondo Metropolitano**, publicado el 31 de enero de 2020, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5585349&fecha=31/01/2020

102 **Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2020**, publicado el 11 de diciembre de 2019, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/PEF_2020_111219.pdf

103 **Lineamientos de Operación del Fondo Metropolitano para el Ejercicio Fiscal 2020**, publicado el 31 de enero de 2020, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5585348&fecha=31/01/2020

su parte, agrega el artículo 21, que el Comité será presidido por un representante de la Secretaría de Hacienda, "por conducto de la UPCP, el cual tendrá voto de calidad"; la UPCP es la Unidad de Política y Control Presupuestario de la propia Secretaría del ramo.

Como se nota, la decisión final de los recursos del Fondo Metropolitano queda en manos de los órganos centrales particularmente de la Secretaría de Hacienda y en todo caso del Ejecutivo Federal, sin la menor participación de los gobernadores o de los municipios principales donde está asentada la zona metropolitana, tampoco se otorga participación alguna a órganos autónomos como pudieran ser el INEGI o el Consejo Nacional de Población.

En el propio artículo 11, se indica que los programas y proyectos de infraestructura se someten a consideración del Comité Técnico referido por "los gobiernos de las entidades federativas a través de su Consejo para el Desarrollo Metropolitano o el órgano equivalente de carácter estatal en los cuales deben de estar representados los municipios que integren las zonas metropolitanas". En tanto que en "los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, por conducto de sus representantes, podrán participar en las sesiones del Consejo de Desarrollo Metropolitano postulando programas y proyectos de infraestructura".

En cuanto al Consejo para el Desarrollo Metropolitano u órgano equivalente de carácter estatal, dice el artículo 24 de los Lineamientos Operativos, que estará integrado por las siguientes personas: a) gobernador, quien lo presidirá; b) Secretaría de Gobierno; c) Secretaría de Finanzas; d) Secretaría de Planeación y Desarrollo; e) Secretaría de Desarrollo Metropolitano; f) Secretaría de Movilidad; g) Secretaría de Bienestar; h) Secretaría de Medio Ambiente; i) Secretaría de Obras, y j) Comité Estatal para la Planeación del Desarrollo. Habrá también representantes federales de la SEDATU y de la SEMARNAT. En el caso de zonas metropolitanas que se encuentren en más de un Estado, la presidencia será rotativa con duración mínima de un año, o pudiendo acordar presidencia conjunta la cual no tendrá termino de duración.

En el artículo 6 de los Lineamientos, se hace precisiones importantes respecto de los rubros a que debe dedicarse los recursos del Fondo Metropolitano, mismos que son los siguientes: a) Programas y proyectos de infraestructura pública y su equipamiento en materia de servicios básicos, infraestructura vial, movilidad urbana, espacios públicos, entre otros rubros prioritarios de interés metropolitano, para contribuir al ordenamiento territorial; b) Elaboración de evaluaciones costo y beneficio o estudios de pre inversión, para determinar la conveniencia de llevar a cabo un programa o proyecto de infraestructura en el ámbito regional y urbano; c) Elaboración de programas de ordenamiento metropolitano, planes de desarrollo metropolitano y de otros instrumentos

de planeación establecidos en la Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano, y d) Apoyo, por única ocasión, para la creación y equipamiento de institutos de planeación metropolitana u organismos equivalentes, y no podrá incluir gastos de operación.

7. LA CIUDAD DE MÉXICO, NUEVA ENTIDAD FEDERATIVA Y COORDINACIÓN DE METROPOLITANA

Las entidades federativas en nuestro país son ahora 32, según el listado del artículo 43 constitucional, al erigirse la Ciudad de México como una nueva entidad federativa. Aunque el artículo 122 constitucional había experimentado varias modificaciones, la reforma a dicho precepto, publicada el 29 de enero de 2016, lo modifica de manera sustantiva y adecua también múltiples numerales de la norma primaria.

Se pretendió a través de esta reforma constitucional, según indica la exposición de motivos que la originó, "alcanzar tres grandes objetivos largamente buscados por sus habitantes: a) La transformación de la naturaleza constitucional de la Ciudad de México para transitar del modelo de un "Distrito Federal" al de una "Ciudad Capital", con autonomía constitucional, en condiciones similares al resto de las entidades federativas que integran el Pacto Federal; b) Mantener el carácter de la Ciudad de México como Capital de la República y sede de los poderes de la Unión bajo una nueva relación entre los poderes federales y los de la entidad federativa, y; c) Transformar el régimen constitucional de la Ciudad de México".[104] Para la nueva entidad federativa, se expidió la Constitución de la Ciudad de México, misma que se comentará en un apartado especial.

El nuevo artículo 122, expresa en su encabezado, que la Ciudad de México, "es una entidad federativa, que goza de autonomía en todo lo concerniente a su régimen interior y a su organización política y administrativa". Para subrayar su carácter de nueva entidad federativa, un escueto apartado D, dice: "Las prohibiciones y limitaciones que esta Constitución establece para los Estados aplicarán a la Ciudad de México".

A continuación, examinaremos los tres primeros apartados del artículo 122 constitucional, mismos que son los más extensos y establecen los lineamientos principales para la nueva entidad.

Apartado A: Gobierno de la Ciudad de México.

104 Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma política de la ciudad de México, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: **http://www.senado.gob.mx/comisiones/puntos_constitucionales/docs/RefPol_CDMX/RPCM_iniciativa2.pdf** , Consultada el día 12 de agosto de 2020.

En la Ciudad, dice la fracción I del apartado que se comenta, se observará el principio de la división de poderes; consecuentemente, tendrá sus poderes legislativo, ejecutivo y judicial propios, así como diversas potestades y reglas que la asimilan a cualquier Estado de la República, sin perder por ello su carácter de ciudad, aunque ahora con marcada autonomía.

Veamos ahora los demás aspectos del apartado A.

Poder Legislativo. – Se le dedica, principalmente, la fracción II, depositándose en la Legislatura de la Ciudad de México (debió decirse en el Congreso de la Ciudad, no en la Legislatura, que según el sucesivo mandato de los legisladores se califica por número). Sus integrantes se eligen por un periodo de tres años, mediante sufragio universal, libre, secreto y directo, según los principios de mayoría relativa y representación proporcional; podrán ser electos hasta por cuatro periodos consecutivos. A todos los grupos parlamentarios se les debe garantizar el acceso a los órganos de gobierno del Congreso local y, a los de mayor representación a la presidencia de los mismos. Le corresponde a la Legislatura, una vez expedida la Constitución, aprobar adiciones o reformas a la misma por el voto de las dos terceras partes de los diputados presentes. Corresponde también a la Legislatura la aprobación anual del Presupuesto de Egresos y la revisión de la cuenta pública, por conducto de su entidad superior de fiscalización.

Poder Ejecutivo. – Se regula en la fracción III. El titular se denomina Jefe de Gobierno, los requisitos que debe reunir y sus facultades se estipularán en la constitución local; se elige por votación directa y no podrá durar en su encargo más de seis años, tampoco podrá volver a ocupar ese cargo, así mismo se prohíbe su reelección de manera absoluta. Tendrá a su cargo el Jefe de Gobierno la administración pública de la entidad, que podrá ser centralizada y paraestatal. La hacienda pública y la administración de la ciudad serán unitarias, incluyendo los tabuladores de remuneraciones y percepciones de los servidores públicos; el régimen patrimonial de la administración también tiene carácter unitario.

Poder Judicial. – Su ejercicio, indica la fracción IV del Apartado, se deposita en el Tribunal Superior de Justicia, el Consejo de la Judicatura y los juzgados y tribunales que establezca la constitución de la Ciudad. Las leyes locales establecerán las condiciones para el ingreso, formación, permanencia y especialización de quienes integran dicho poder. Los magistrados durarán en su encargo el tiempo que establezca la norma constitucional local y podrán ser reelectos; tanto magistrados como jueces percibirán una remuneración adecuada e irrenunciable, que no podrá ser disminuida durante su encargo.

Al tribunal de Justicia Administrativa de la ciudad, se le dedica la fracción

VII, en el cual se indica que la Constitución establecerá las normas para su organización y funcionamiento, dotándolo de plena autonomía y tendrá a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública local y los particulares.

Demarcaciones Territoriales y Alcaldías. – En la fracción VI, se señala que en la Constitución se definirá la división territorial de la Ciudad de México, así como el número, la denominación y los límites de sus demarcaciones territoriales. El gobierno de las demarcaciones territoriales estará a cargo de las Alcaldías, la legislatura aprueba su presupuesto sujeto a las previsiones de ingresos de la hacienda pública de la ciudad. Las Alcaldías se integran por un Alcalde y un Consejo electos de manera directa para un periodo de tres años. Los integrantes de las Alcaldías se eligen por planillas, en ningún caso el número de Concejales puede ser menor de 10 y mayor a 15. Tanto Alcalde como Concejales pueden ser postulados por un periodo adicional Las demarcaciones territoriales no pueden contraer directa o indirectamente obligaciones o empréstitos.

Apartado B: Relaciones con los Poderes Federales.

En este apartado se indica de manera categórica que "los poderes federales tendrán respecto de la Ciudad, "exclusivamente las facultades que expresamente les confiere esta Constitución". Obvia es la semejanza con el artículo 124 constitucional que contiene la llamada Cláusula Residual.

Las principales reglas que establece este apartado son las siguientes: a) El gobierno de la Ciudad de México garantizará las condiciones necesarias para el ejercicio de las facultades constitucionales de los poderes federales; b) El Congreso tiene la facultad de expedir leyes que establezcan las bases para la coordinación entre los poderes federales y los poderes locales de la Ciudad de México; c) La Cámara de Diputados al dictaminar el Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación, analizará y determinará los recursos que se requieran para apoyar a la Ciudad de México; d) Corresponden al Jefe de Gobierno la dirección de las instituciones de la seguridad pública de la ciudad, así como nombrar y remover libremente al titular que ejerza el mando directo de la misma; sin embargo esta facultad tiene como limitación la facultad del Presidente establecida en el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 115, así como la posibilidad de remover al servidor público que ejerza el mando directo de la fuerza pública en la Ciudad por las causas graves que determine la ley; e) Los bienes inmuebles de la Federación ubicados en la Ciudad de México estarán exclusivamente bajo la jurisdicción de los poderes federales.

Apartado C: Coordinación de la Zona Metropolitana del Valle de México.

Se introduce por fin en este apartado, a nivel constitucional, la expresión zona metropolitana, que se había abierto paso hace muchos años en la legislación secundaria y en las actividades de la administración pública. Ojalá esta noción de zona metropolitana se extienda al artículo 115 constitucional y a otros preceptos relativos al municipio, que requieren adecuarse a las nuevas realidades urbanas del país.

En el primer párrafo del apartado C del artículo 122, constitucional, se establece la obligación para la Federación, la Ciudad de México y sus demarcaciones territoriales, así como los estados y los municipios conurbados en la zona metropolitana, de establecer mecanismos de coordinación administrativa en materia de planeación del desarrollo y ejecución de acciones regionales para la prestación de servicios públicos, en términos de la ley que emita el Congreso de la Unión. En dicha Ley, agrega el párrafo segundo del apartado referido, se fijarán las bases para la organización y el funcionamiento del Consejo Metropolitano, mismo que deberá tomar decisiones en muchas materias que son vitales para los distintos ámbitos metropolitanos.

En la propia ley, el Congreso establecerá la forma en que se tomarán las decisiones del Consejo de Desarrollo Metropolitano, mismas que podrán comprender: a) La delimitación de los ámbitos territoriales y las acciones de coordinación para la operación y funcionamiento de obras y servicios públicos de alcance metropolitano; b) Los compromisos que asuma cada una de las partes para la asignación de recursos a los proyectos metropolitanos; y c) La proyección conjunta y coordinada del desarrollo de las zonas conurbadas y de prestación de servicios públicos.

8. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA CIUDAD DE MÉXICO

En su carácter de nueva entidad federativa, con fecha de 5 de febrero de 2017[105], se expidió la Constitución Política de la Ciudad de México. Esta Constitución cuenta con setenta y un artículos, que se subdividen en ocho Títulos que en su orden cubren los siguientes rubros: Disposiciones Generales; Carta de Derechos; Desarrollo Sustentable de la Ciudad, Ciudadanía y el Ejercicio Democrático; Distribución del Poder; Buen Gobierno y Buena administración; Carácter de Capital de los Estados Unidos Mexicanos; Estabilidad Constitucional.

De manera general, se describirán los títulos referidos y se hará

105 Véanse: Constitución Política de la Ciudad de México, Gallardo Editores, 2019; Constitución Política de la Ciudad de México. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en línea: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5470989&fecha=05/02/2017,http://www.infodf.org.mx/documentospdf/constitucion_cdmx/Constitucion_%20Politica_CDMX.pdf Consultada el día 12 de agosto de 2020

especial hincapié en el titulo tercero, en virtud de que en él se regulan los instrumentos de planeación, el ordenamiento territorial y la coordinación metropolitana y regional.

Por lo que se refiere al Título Primero de Disposiciones Generales, artículos 1 a 3, se establecen los principios fundamentales que deben regir la estructura política y social, la función pública y el gobierno de la Ciudad de México. En el artículo 1, se indica que la Ciudad de México es una entidad integrante de la federación, pero al propio tiempo es sede de los poderes de la unión y capital de los Estados Unidos Mexicanos. En su carácter de ciudad es libre y autónoma en todo lo que concierne a su régimen interior, la soberanía popular la ejerce por conducto de sus poderes públicos y mediante las figuras de democracia directa y participativa. Por su parte, el artículo 2, se subraya la naturaleza intercultural, pluriétnica, plurilingüe y pluricultural de la Ciudad. En fin, En el artículo 3 se numeran los principios rectores que se asumen por la nueva entidad federativa.

La Carta de Derechos, que comprende de los artículos 4 al 14, puede considerarse como una sustancial aportación constitucional, en virtud de que establece amplia esfera de protección de los derechos humanos y una enumeración exhaustiva de los referidos derechos. En el Capítulo Primero, se señalan las normas y garantías de los derechos humanos, prescribiéndose en el artículo 4 los principios de interpretación y aplicación de los derechos humanos, en tanto que en el 5 la progresividad, exigibilidad, justiciabilidad y reparación integral de tales derechos. El Capítulo Segundo, que va de los artículos 4 a 14, está dedicado a enunciar, definir y precisar los alcances de los derechos humanos individuales, políticos, educativos y del conocimiento, de solidaridad, de salud y acceso a los servicios sociales, así como de seguridad e inclusión para todas las personas.

El Título Tercero se dedica al Desarrollo Sustentable de la Ciudad de México, abarca de los artículos 15 a 21, se comprenden en este Título los siguientes temas: Instrumentos de Planeación del Desarrollo; Ordenamiento Territorial; Patrimonio de la Ciudad; Coordinación Metropolitana y Regional; Ciudad Global; Hacienda Pública.

En el artículo 15 de la Constitución de la Ciudad, se describen el Sistema de Planeación Democrática e instrumentos que se aplicarán para lograrla. De manera muy puntual, se expresa que la planeación tendrá como instrumentos: "el Plan General de Desarrollo de la Ciudad de México, el Programa General de Ordenamiento Territorial y los de cada alcaldía; el Programa de Gobierno de la Ciudad de México; los programas sectoriales, especiales e institucionales; los programas de gobierno de las alcaldías; y los programas parciales de las colonias, pueblos y barrios originarios y

comunidades indígenas residentes".

El principal instrumento de la planeación es el Plan General de Desarrollo de la Ciudad de México, "al cual se sujetarán los planes, programas, políticas y proyectos públicos; la programación y ejecución presupuestal incorporará sus objetivos, estrategias y metas. Este Plan General será de carácter obligatorio para el sector público y regulatorio e indicativo para los demás sectores". De suma importancia para estas tareas, es el Instituto de Planeación Democrática y Prospectiva de la Ciudad de México, organismo público con autonomía técnica y de gestión, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, tiene a su cargo precisamente el Plan General de Desarrollo, así como el Programa General de Ordenamiento Territorial, procurando la participación de todos los sectores.

En cuanto al Ordenamiento Territorial, dice el artículo 16, consiste en "la utilización racional del territorio y los recursos de la Ciudad de México; su propósito es crear y preservar un hábitat adecuado para las personas y todos los seres vivos". En el Ordenamiento Territorial, se comprenden los siguientes aspectos: medio ambiente; gestión sustentable del agua; regulación del suelo; desarrollo rural y agricultura urbana; vivienda; infraestructura física y tecnología; espacio público y convivencia social; movilidad y accesibilidad; vulnerabilidad, resiliencia, prevención y mitigación de riesgos.

En el artículo 19 se establecen las bases para la Coordinación Metropolitana y Regional. Tienen la obligación las autoridades de la Ciudad de México de impulsar la coordinación con la Federación, los Estados y Municipios de la Zona Metropolitana del Valle de México y la Región Centro del país, coherente con el Sistema de Planeación Nacional y el Plan General establecido para la propia ciudad. Para tal efecto, participará la Ciudad de México en el Consejo de Desarrollo Metropolitano y en los organismos de coordinación que correspondan, podrá así mismo suscribir convenios y concertar con diversas instancias la ejecución y operación de obras, prestación de servicios públicos o realización de actividades conjuntas.

En el Titulo Cuarto se trata de la Ciudadanía y el Ejercicio Democrático, sus artículos van del 22 al 27. Los rubros de los referidos artículos son los siguientes: personas originarias, habitantes, vecinos y transeúntes; deberes de las personas en la ciudad; de la ciudadanía; democracia directa; democracia participativa; democracia representativa.

Se destaca el Titulo Quinto porque establece la "Distribución del Poder Público, sus artículos comprenden de los artículos 28 al artículo 60. Este título se subdivide en siete capítulos, que se refieren a los siguientes aspectos: Función Legislativa; Función Ejecutiva; Función Judicial; Seguridad Ciudadana y

Procuración de Justicia; Organismos Autónomos; Demarcaciones Territoriales y sus Alcaldías; Ciudad Pluricultural.

Se ha depositado el Poder Legislativo en el Congreso de la Ciudad de México, según indica el artículo 29, que se rige por los principios de parlamento abierto y mecanismos de audiencia de rendición de cuentas, para garantizar que sus integrantes respondan al electorado. Se integra por 66 diputaciones, 33 electas según el principio de mayoría relativa, mediante el sistema de distritos electorales uninominales, y 33 según el principio de representación proporcional. Se eligen cada tres años y por cada propietario se elegirá un suplente del mismo género.

El Poder Ejecutivo, señala el artículo 32 recae en una jefa o jefe de la Ciudad de México. Se le exige que la persona tenga su origen en la Ciudad de México o vecindad de por lo menos cinco años, así como tener treinta años cumplidos el día de la elección. Se prohíbe la reelección durante su mandato deberá residir en la Ciudad de México y puede estar sujeto a revocación de mandato.

En cuanto al Poder Judicial, expresa el artículo 35, se deposita en un Tribunal Superior de Justicia, que contará con una Sala Constitucional, un Consejo de la Judicatura y los Juzgados pertinentes. El Consejo de la Judicatura se integra por siete personas, que deberán contar con carrera judicial y se designan por el Consejo Judicial Ciudadano.

El Consejo Judicial Ciudadano, según el artículo 37, estará integrado por once personas de las que siete serán profesionales del derecho, deberán gozar de buena reputación y haberse distinguido por su honorabilidad e independencia. El cargo no será remunerado, será honorifico. Se designan los integrantes de este Consejo por el voto de las dos terceras partes del Congreso, mediante convocatoria pública a propuesta de instituciones académicas, civiles y sociales. Le corresponde a este órgano: designar a los Consejeros de la Judicatura; proponer a la Jefatura de Gobierno una terna de candidatos para la Fiscalía General de Justicia de la Ciudad de México, para que someta al Congreso la designación del titular; proponer al Congreso las ternas para elegir a los fiscales especializados en materia electoral y de combate a la corrupción.

De los organismos autónomos se ocupa el artículo 46 de la Constitución de la Ciudad. Tales organismos son los siguientes: a) Consejo de Evaluación de la Ciudad de México; b) Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México; c) Fiscalía General de Justicia; d) Instituto de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales; e) Instituto Electoral de la Ciudad de México; f) Instituto de Defensoría Pública; y g) Tribunal Electoral

de la Ciudad de México.

Las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México han sufrido transformaciones importantes y marchan hacia su democratización. A diferencia del Distrito Federal que dividía su territorio en delegaciones, la Ciudad de México lo hace a través de las Demarcaciones Territoriales, mismas que como lo establece la Constitución en su artículo 52, son la base territorial y de organización política administrativa de la Ciudad. En su gobierno, estas demarcaciones serán autónomas y estará a cargo de un órgano político administrativo denominado alcaldía. Las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México son 16 y corresponden a las anteriores delegaciones.

Las alcaldías son órganos políticos administrativos que, como lo menciona el apartado A del artículo 52, se integraran por un alcalde o alcaldesa, y un consejo. La elección tanto del alcalde o alcaldesa y del consejo será a través de voto directo, libre y secreto. El periodo de encargo de ambas figuras es de tres años y podrán ser reelectos hasta por un periodo más, siempre y cuando la postulación la realice el mismo partido o partidos integrantes de la coalición que les hubiere postulado anteriormente. Cabe subrayar que habrá también un Cabildo de la Ciudad de México, como dispone el artículo 54, que se integra por el consejo de alcaldes y alcaldesas, funcionará como un órgano de planeación, coordinación, consulta, acuerdo y decisión del Gobierno de la Ciudad de México y las personas titulares de las alcaldías.

Finalmente, habría que señalar que en los artículos 60 a 71 se encuentran los tres últimos títulos de la Constitución. En el Titulo Sexto, se establecen las reglas de buen gobierno y buena administración que comprende los aspectos siguientes: garantía del debido ejercicio y la probidad en la función pública; fiscalización y control interno; sistema anticorrupción. El Titulo Séptimo se refiere al régimen de capitalidad y a los acuerdos y convenios que pueden suscribir las autoridades locales. El Título Octavo, denominado de la estabilidad constitucional, se refiere a las reformas; progresividad constitucional; inviolabilidad constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ALBUQUERQUE, Francisco, "Desarrollo económico local y descentralización en América Latina"**, Revista de la CEPAL**, núm. 82, abril de 2004. Desarrollo Económico Local y Distribución del Progreso Técnico, 2006. ILPES/CEPAL, Santiago de Chile.

ARELLANO Ríos, Alberto. **"La gestión metropolitana. Casos y experiencias de diseño institucional"**, Capitulo Segundo, 2013, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12131.

City Population, "Major Agglomerations of the word" [fecha de consulta: 25 de agosto de 2020]. Disponible en línea: https://www.citypopulation.de/en/world/agglomerations/.

CONAPO, Catálogo de localidades con más de 15,000 habitantes según entidad federativa y mu-

nicipio, 1960, 1970, 1980, 1990, 1995, 2000, 2005 y 2010, [en línea]. México, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en : http://www.conapo.gob.mx/en/OMI/Catalogo_de_localidades_con_mas_de_15000_habitantes_segun_entidad_federativa_y_municipio_1960_1970_1980_1990_1995_2000_2005_y_2010, consultado el 14 de agosto de 2020.

Constitución Política de la Ciudad de México Gallardo Editores, 2019.

Constitución Política de la Ciudad de México. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en línea: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5470989&fecha=05/02/2017, http://www.infodf.org.mx/documentospdf/constitucion_cdmx/Constitucion_%20Politica_CDMX.pdf.

Delimitación de las zonas metropolitanas de México, México, SEDESOL-CONAPO-INEGI, 2004.

Delimitación de las zonas metropolitanas de México 2005, México, SEDESOL-CONAPO-INEGI, 2007.

Delimitación de las zonas metropolitanas de México 2010, México, SEDESOL-CONAPO-INEGI, 2012.

Delimitación de las zonas metropolitanas de México 2015, México, SEDESOL-CONAPO-INEGI, 2015.

Diario Oficial de la Federación. Publicado el 12 de diciembre de 2011, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://dof.gob.mx/index_111.php?year=2011&month=12&day=12.

Dirección General de Estadística y Censos, Gobierno de la Ciudad de Argentina, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020], disponible en línea: https://www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc/?p=27882.

ESPEJEL Mena, Jaime, **"La Zona Metropolitana del Valle de México: arreglos formales y fragmentación"**, vol. 19, 2019, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-84212019000200241.

FIX Zamudio, Héctor y VALENCIA Carmona Salvador. **"Derecho Constitucional Mexicano y Comparado"**. México; 9ª ed; Editorial Porrua – UNAM, 2017.

FINOT, Ivan, **"Los Procesos de Descentralización en América Latina Investigaciones Regionales"** Num 10, 2007. Asociación Española de Ciencia Regional Madrid, España.

INEGI. **"Censos y Conteos de Población y Vivienda. Encuesta Intercensal 2015"**, [en línea]. México, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/temas/estructura/.

INEGI. **Censos y Conteos de Población y Vivienda. Encuesta Intercensal 2015**, [en línea]. México, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/temas/vivienda/.

INEGI. **Encuesta Intercensal 2015. Principales resultados**, [en línea]. México, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/intercensal/2015/doc/eic_2015_presentacion.pdf.

INEGI. **Encuesta Intercensal 2015**, [en línea]. México, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/habitantes.aspx?tema=P.

INEGI. **Volumen y crecimiento. Población total según tamaño de localidad para cada entidad federativa. Población rural y urbana, 2010**, [en línea]. México, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/rur_urb.aspx?tema=P#:~:text=Poblaci%C3%B3n.,Rural%20y%20urbana&text=El%20n%C3%BAmero%20de%20habitantes%20que,m%C3%A1s%20de%202%20500%20personas.

Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma política de la ciudad de México, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: **http://www.senado.gob.mx/comisiones/puntos_constitucionales/docs/RefPol_CDMX/RPCM_iniciativa2.pdf** , Consultada el día 12 de agosto de 2020.

LANDERO Orduña, Mireya y LIMAS Magaña, H. Aydée, "La política de población en México, **Bien Común y Gobierno,** num. 44.

Lineamientos de Operación del Fondo Metropolitano para el Ejercicio Fiscal 2020, publicado el 31 de enero de 2020, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5585348&fecha=31/01/2020.

Presupuesto de Egresos de la Federación Para el Ejercicio Fiscal 2013. DOF, publicado el 27 de diciembre de 2012, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/pef_2013/PEF_2013_abro.pdf.

Presupuesto de Egresos de la Federación Para el Ejercicio Fiscal 2014. DOF, Publicado el 3 de diciembre de 2013, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/pef_2014/PEF_2014_orig_03dic13.pdf.

Presupuesto de Egresos de la Federación Para el Ejercicio Fiscal 2015. DOF, Publicado el 1 de diciembre de 2014, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/pef_2015/PEF_2015_abro.pdf.

Presupuesto de Egresos de la Federación Para el Ejercicio Fiscal 2016. DOF, Publicado el 27 de noviembre de 2015, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/pef_2016/PEF_2016_abro.pdf.

Presupuesto de Egresos de la Federación Para el Ejercicio Fiscal 2017. DOF, Publicado el 30 de noviembre de 2016, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/pef_2017/PEF_2017_orig_30nov16.pdf.

Presupuesto de Egresos de la Federación Para el Ejercicio Fiscal 2018. DOF, Publicado el 29 de noviembre de 2017, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/pef_2018/PEF_2018_orig_29nov17.pdf.

Presupuesto de Egresos de la Federación Para el Ejercicio Fiscal 2019. DOF, Publicado el 28 de diciembre de 2018, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio//abro/pef_2019/PEF_2019_abro.pdf.

Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2020, publicado el 11 de diciembre de 2019, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/PEF_2020_111219.pdf.

RAMIREZ DE LA CRUZ, Edgar, **"Instrumentos y Gobernanza Metropolitana. Una primera aproximación al caso de México"**, vol. 27, núm. 2, 2012, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0186-72102012000200491.

Reglas de Operación del Fondo Metropolitano. DOF, publicado el 26 de abril de 2012, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5250215&fecha=26/04/2012.

Reglas de Operación del Fideicomiso Fondo Metropolitano, publicado el 31 de enero de 2020, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5585349&fecha=31/01/2020.

Resultados finales censo de población. Instituto Brasileiro de Geografía e Estadística (IBGE). [consultado el 26 de agosto de 2020], disponible en línea: https://www.ibge.gov.br/.

Rojas, Eduardo, Cuadrado, Juan y Fernández, José Miguel, "**Gobernar las metrópolis"**, BID-Universidad de Alcalá de Henares. 2005.

Rousset, Michel, **"L'action internnationale des colletivités locales"**, París. Librairie générale de droit et de jurisprudence. EJA. 1998.

Ruiz Rico, Gerardo; Pegoraro, Lucio; Anguita Susi, Alberto, Pavani, Georgia (eds.), 2004, "**Los procesos de descentralización política en Europa y Latinoamérica"**, Librería Bonomo, Bolonia.

SALINAS-Arreortua, "**Gestión metropolitana en la Zona Metropolitana del Valle de México: entre la legalidad y la voluntad política"**, vol. 23, 2017, [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020]. Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252017000100143.

TOACHE Pérez, Gerardo y Pérez, Raquel, "**Los retos de la población mundial en los inicios del siglo XXI**", **Bien Común y Gobierno**, México.

VALENCIA Carmona, Salvador y ROSALES, Mario, **"América Latina"**, en: La Descentralización y la Democracia Local en el Mundo. Primer informe Mundial de Ciudades y Gobiernos Locales Unidos. Barcelona, 2008.

VALENCIA Carmona, Salvador. **"El Municipio mexicano: génesis, evolución y perspectivas contemporáneas"**. México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2017.

VALENCIA Carmona, Salvador. "**Derecho Municipal"**; 3ª ed.; México, Editorial Porrúa – UNAM, 2019.

12. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA MELHORIA DA MOBILIDADE URBANA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA NOÇÃO DE CIDADES INTELIGENTES E SUSTENTÁVEIS

Dannyelle Cristina Schemes

Mestre em Direito pelo PPGD/UFSC. Especialista em Direito do Trabalho pela UCAM-RJ. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Público do CCJ/UFSC e do Grupo de Pesquisas do Governo Eletrônico, Inclusão Digital e Sociedade do Conhecimento do CCJ/UFSC. Assessora Jurídica do IPREV. E-mail: danyschemes@gmail.com

José Sérgio da Silva Cristóvam

Professor de Direito Administrativo (Graduação, Mestrado e Doutorado) da UFSC. Mestre e Doutor em Direito pela UFSC. Advogado e Conselheiro Federal da OAB/SC. Presidente da Comissão de Direito Administrativo da OAB. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Direito Público do CCJ/UFSC E-mail: jscristovam@gmail.com

Aires José Rover

Professor Doutor nos cursos de Direito e de Engenharia e Gestão do Conhecimento da UFSC. Coordenador do Grupo de Pesquisas Governo Eletrônico, Inclusão Digital e Sociedade do Conhecimento EGC/CCJ/UFSC. E-mail: aires.j.r@ufsc.br

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. A mobilidade urbana e a Inteligência Artificial (IA); 2.1. Sobre a questão da mobilidade urbana; 2.2. A mobilidade urbana em cidades inteligentes e sustentáveis; 2.3. Sobre a questão da Inteligência Artificial (IA); 3. A relação entre Inteligência Artificial (IA) e mobilidade urbana; 4. A Inteligência Artificial (IA) e o enfrentamento dos problemas de mobilidade urbana; 3. Considerações finais; Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A mobilidade urbana constitui-se em um tema complexo e que, sobretudo na atualidade, desencadeia uma série de debates no tecido de qualquer Sociedade. Em decorrência disso, faz-se necessário realizar novas abordagens para que se possam mitigar problemas relacionados a essa temática, inclusive para que haja um aprofundamento do entendimento das suas causas e possíveis consequências.[1]

Antes de tratar acerca da relação existente entre Inteligência Artificial (IA)

1 MEYER, Bernardo; GÜNTHER, Helen Fischer; SCHNEIDER, Tatiana. Os desafios da integração do transporte coletivo e da gestão associada: o caso da Região Metropolitana da Grande Florianópolis. **Revista Gestão & Conexões**, v. 7, n. 2, Vitória, jul./dez. 2018. p. 48. Disponível em: http://www.periodicos.ufes.br/ppgadm/article/view/21845/14526. Acesso em: 20 ago. 2020.

e mobilidade urbana, importante salientar que a mobilidade urbana pode ser compreendida, em suma, como:

> [...] um atributo relacionado aos deslocamentos realizados por indivíduos nas suas atividades de estudo, trabalho, lazer e outras. Nesse contexto, as cidades desempenham um papel importante nas diversas relações de troca de bens e serviços, cultura e conhecimento entre seus habitantes, mas isso só é possível se houver condições adequadas de mobilidade para as pessoas.[2]

Com efeito, a mobilidade urbana está intrinsecamente ligada aos deslocamentos realizados pelo ser humano, seja em virtude de atividades pessoais e profissionais, dentre outras.[3] No entanto, para que a mobilidade urbana seja eficaz e adequada, necessário se faz uma gestão de planejamento, porque a gestão da mobilidade urbana implica em processo de planejamento que envolve diversos atores da Sociedade. Esses diversos atores precisam ter objetivos e interesses diferenciados, mas voltados a resolver questões conflitantes e a tomada de decisões que busquem o interesse coletivo.[4]

Ainda, nesse contexto, não se pode perder de vista que toda e qualquer ação ou tomada de decisão por parte da Administração Pública deve estar voltada à promoção do interesse público, nos seus mais variados matizes e complexos contornos.[5]

Eis os contornos do presente estudo, sobretudo a partir do diálogo fértil, oportuno e mesmo necessário acerca das relações entre IA e mobilidade urbana, seus limites e possibilidades.

2. A MOBILIDADE URBANA E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA)

Quando se fala sobre mobilidade urbana, mister salientar que esta é expressão que muito vem sendo destacada nos últimos tempos, a indicar o uso e ocupação do solo urbano, sistemas de transporte, infraestrutura viária e a interação existente entre o fator humano, veículo, via pública e meio ambiente.[6]

De acordo com lições de Vânia Barcellos Gouvêa Campos, a mobilidade

2 MAGNANIN, Renata Cardoso; SILVA, Antônio Nelson Rodrigues da. A percepção do especialista sobre o tema mobilidade urbana. **Revista Transportes**, v. XVI, n. 1, p. 25-35, jun. 2008. Disponível em: https://revistatransporrtes.org.br/anpet/article/view/13/10. Acesso em: 20 ago. 2020.

3 MAGNANIN, Renata Cardoso; SILVA, Antônio Nelson Rodrigues da. A percepção do especialista sobre o tema mobilidade urbana. **Revista Transportes**, v. XVI, n. 1, p. 25-35, jun. 2008. Disponível em: https://revistatransporrtes.org.br/anpet/article/view/13/10. Acesso em: 20 ago. 2020.

4 SEABRA, Luciany Oliveira; TACO, Pastor Willy Gonzales; DOMINGUEZ, Emílio Merino. Sustentabilidade em transportes: do conceito às políticas públicas de mobilidade urbana. **Revista dos Transportes Públicos**, ano 35, p. 103-124, 2º quadrimestre, 2013. p. 109.

5 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015. p. 124-136.

6 SCARINGELLA, Roberto Salvador. A crise da mobilidade urbana em São Paulo. **São Paulo em Perspectiva**, v. 15, n. 1, São Paulo, jan./mar. 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392001000100007&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 20 ago. 2020.

urbana está relacionada com ações e programas voltados à utilização e ocupação do solo urbano e, consequentemente, à gestão dos transportes.[7]

2.1. SOBRE A QUESTÃO DA MOBILIDADE URBANA

A mobilidade pode ser entendida como um atributo que tem direta relação com os deslocamentos que são realizados no cotidiano, seja relativos ao estudo, trabalho ou lazer, por exemplo. Por isso, as cidades têm um importante papel no tocante à troca de bens e de serviços, bem como à cultura e ao conhecimento entre seus habitantes, sendo que somente é possível tais trocas ora citadas, caso estejam em condições adequadas para a mobilidade dos indivíduos em geral.[8]

Diante desses apontamentos preliminares, deve-se compreender, então, que a mobilidade urbana está atrelada ao deslocamento de pessoas, crescimento do transporte individual por meio de veículos motorizados e bicicletas, bem como com o transporte coletivo, público, eletrificado e sobre trilhos, dentre outros.[9]

Para Lia Bergman e Nidia Inês Albesa de Rabi, o conceito de mobilidade urbana vai além destas concepções ora apresentadas. Por isso, destaca-se que a mobilidade urbana pode ser compreendida:

> [...] como resultado da interação dos fluxos de deslocamento de pessoas e bens no espaço urbano, contemplando tanto os fluxos motorizados quanto os não motorizados. Ela é, portanto, um atributo da cidade e é determinada, principalmente, pelo desenvolvimento socioeconômico, pela apropriação do espaço e pela evolução tecnológica, enquanto o transporte urbano refere-se estritamente aos serviços e modos de transportes utilizados nos deslocamentos dentro do espaço urbano.
>
> A promoção da *mobilidade urbana* compreende a construção de um sistema que garanta e facilite aos cidadãos – hoje e no futuro – o acesso físico às oportunidades e às funções econômicas e sociais das cidades. Trata-se de um **sistema estruturado** e organizado que compreende os vários modos e infraestruturas de transporte e circulação e que mantém fortes relações com outros sistemas e políticas urbanas.
>
> A ideia de mobilidade é **centrada nas pessoas** que transitam e requer que seja possibilitada a todos a satisfação individual e coletiva de atingir os destinos desejados, as necessidades e prazeres cotidianos. Passa-se agora a

7 CAMPOS, Vânia Barcellos Gouvêa. Uma visão de mobilidade urbana sustentável. **Revista dos Transportes Públicos**, 2006. Disponível em: http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/39070482/08umavisaodaMobilidadeUrbanaSustentavel.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1498322585&Signature=Wm9GggPOYFCluehJ7IIU3lQe%2Bd4%3D&responsecontentdisposition=inline%3Bfilename%3D08umavisaoda_Mobilidade_Urbana_Sustentav.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

8 MAGNANIN, Renata Cardoso; SILVA, Antônio Nelson Rodrigues da. A percepção do especialista sobre o tema mobilidade urbana. **Revista Transportes**, v. XVI, n. 1, p. 25-35, jun. 2008. Disponível em: https://revistatransporrtes.org.br/anpet/article/view/13/10. Acesso em: 25 jun. 2019.

9 CARVALHO, Carlos Henrique Ribeiro de. **Mobilidade urbana sustentável**: conceitos, tendências e reflexões. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 1990. p. 08.

> valorizar, no desenvolvimento urbano, as demandas de mobilidade peculiares dos usuários em geral e particularmente as necessidades dos usuários mais frágeis do sistema, como as crianças, as pessoas com deficiência e os idosos (grifo do autor).[10]

Neste sentido, inegável que a promoção da mobilidade urbana necessite, por exemplo, de ênfase no transporte coletivo e não no transporte individual. Isso indica, portanto, que se deve priorizar a orientação da inclusão social, de racionalidade de investimentos públicos e redução de congestionamento, de poluição e de acidentes.

Inclusive, os equipamentos e infraestruturas relativas ao transporte, à circulação e distribuição tanto de objetos quanto de pessoas podem ser entendidos como pertencentes à mobilidade urbana e, ainda, "[...] elemento decisivo na conformação das possibilidades de desenvolvimento de uma cidade".[11]

2.2. A MOBILIDADE URBANA EM CIDADES INTELIGENTES E SUSTENTÁVEIS

A mobilidade urbana tem despertado a preocupação de determinados municípios brasileiros, como, por exemplo, São Paulo, ante aumento de veículos automotores e a falta de infraestrutura adequada,[12] até por uma questão de sustentabilidade, facilitando-se o acesso aos bens e serviços de uma maneira mais eficiente e, por conseguinte, de forma a priorizar uma melhor qualidade de vida da população atual, sem que se prejudiquem as futuras gerações.[13]

Ainda, inegável a relação entre a mobilidade urbana e a noção de cidades inteligentes, assuntos direta e umbilicalmente interligados, até porque:

> [...] a mobilidade sustentável consiste na coordenação de ações conjuntas para produzir efeitos acumulativos de longo prazo atrelados ao balanceamento de metas ambientais, econômicas e sociais da sustentabilidade, incluindo as seguintes ações:
>
> - Combinar políticas de tarifação de transporte público e uso de automóvel refletindo os custos externos causados e com diferenciação em relação a hora de pico e fora do pico, tanto quanto, em áreas congestionadas e não congestionadas.

10 BERGMAN, Lia; RABI, Nidia Inês Albesa de (Coord.). **Mobilidade e política urbana**: subsídios para uma gestão integrada. Rio de Janeiro: IBAM; Ministério das Cidades, 2005. p. 11.

11 BERGMAN, Lia; RABI, Nidia Inês Albesa de (Coord.). **Mobilidade e política urbana**: subsídios para uma gestão integrada. Rio de Janeiro: IBAM; Ministério das Cidades, 2005. p. 11.

12 SCARINGELLA, Roberto Salvador. A crise da mobilidade urbana em São Paulo. **São Paulo em Perspectiva**, v. 15 SCARINGELLA, Roberto Salvador. A crise da mobilidade urbana em São Paulo. **São Paulo em Perspectiva**, v. 15, n. 1, São Paulo, jan./mar. 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392001000100007&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 20 ago. 2020.

13 CAMPOS, Vânia Barcellos Gouvêa. Uma visão de mobilidade urbana sustentável. **Revista dos Transportes Públicos**, 2006. Disponível em: http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/39070482/08umavisaodaMobilidadeUrbanaSustentavel.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1498322585&Signature=Wm9GggPOYFCluehJ7IIU3lQe%2Bd4%3D&responsecontentdisposition=inline%3Bfilename%3D08umavisaoda_Mobilidade_Urbana_Sustentav.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

- Direcionar os programas de investimento em transportes para as mudanças que possam ocorrer na demanda devido às políticas de ação anteriormente descritas e especialmente com relação ao aumento da demanda por melhores transportes públicos, ou seja, mais rápidos e com melhores serviços.
- Desenvolver um plano de uso do solo dando suporte a necessidade por novas moradias próximas as áreas centrais, em cidades satélites ou ao longo de corredores bem servidos de transporte público, além da crescente necessidade e oportunidade de utilizar o transporte público.[14]

Assim, pode-se dizer que cidade inteligente é aquela que prioriza o investimento em capital humano, social e infraestrutura de comunicação tradicional e moderna.

É por intermédio de cidades inteligentes que se pode melhorar a mobilidade urbana, tal como já acontece, exemplificadamente, em Curitba (capital do Estado do Paraná), que desde a década de 70 é considerada modelo mundial de transporte, urbanização e respeito ao meio ambiente.[15]

Inclusive, nos últimos anos Curitiba "[...] vem realizando investimentos no planejamento e execução de modernizações nos sistemas de infraestrutura da cidade, com especial atenção às questões de mobilidade", motivo pelo qual é apontado como um dos 10 (dez) municípios mais inteligentes de todo o mundo.[16]

2.3. SOBRE A QUESTÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA)

Ao analisar os aspectos históricos da IA, verifica-se que é classificada, de acordo com Stuart Russel e Peter Norvig em períodos distintos, quais sejam: a) período gestacional (1943-1955); b) período de nascimento (1956); c) período do entusiasmo (1953-1969); d) período do realismo (1966-1973); e) período dos sistemas baseados em conhecimento (1969-1979); e, ainda, f) período industrial (1980 até os dias atuais).[17]

14 CAMPOS, Vânia Barcellos Gouvêa. Uma visão de mobilidade urbana sustentável. **Revista dos Transportes Públicos**, 2006. Disponível em: http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/39070482/08umavisaodaMobilidadeUrbanaSustentavel.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1498322585&Signature=Wm9GggPOYFCluehJ7IIU3lQe%2Bd4%3D&response-content-disposition=inline%3Bfilename%3D08umavisaoda_Mobilidade_Urbana_Sustentav.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

15 WEISS, Marcos Cesar; BERNARDES, Roberto Carlos; CONSONI, Flavia Luciane. **Cidades inteligentes**: casos e perspectivas para as cidades brasileiras. 2013. Disponível em: http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/33960289/Cidades_Inteligentes_ALTEC2013.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1498324069&Signature=CYJUswVMEzgPkEdCaPw2Em9Dtok%3D&response-content-dispositio n=inline%3Bilename%3DCidades_inteligentes_casos_e_perspectiva.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

16 WEISS, Marcos Cesar; BERNARDES, Roberto Carlos; CONSONI, Flavia Luciane. **Cidades inteligentes**: casos e perspectivas para as cidades brasileiras. 2013. Disponível em: http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/33960289/Cidades_Inteligentes_ALTEC2013.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1498324069&Signature=CYJUswVMEzgPkEdCaPw2Em9Dtok%3D&responsecontentdisposition=inline%3Bilename%3DCidades_inteligentes_casos_e_perspectiva.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

17 PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência artificial e Direi-**

Neste sentido, afirma-se que "[...] o crédito do surgimento da IA deva ser dado a TURING, pioneiro em armazenar programas em computadores" e descobrir que programas poderiam ser armazenados como dados na memória de computadores. Esses dados poderiam, então, ser executados e formariam o alicerce dos computadores modernos que são capazes de modificar a sua própria atuação e de forma bastante diferente do que acontecia com os primeiros computadores.[18]

Sobre o tema, Fabiano Hartmann Peixoto e Roberta Zumblick Martins da Silva recuperam que a origem da IA se deu por intermédio de Alan Turing e, em especial, a partir da Segunda Guerra Mundial, a partir do serviço de decodificação de mensagens.[19]

No entanto, o termo IA passou a ser empregado a partir de 1950 e "[...] ganhou impulso pelas resoluções de equações e análise de textos em diferentes linguagens". O impulso definitivo ocorreu na década passada quando da evolução da internet e microprocessadores, com a redução de custos relativos à armazenagem em nuvens e novos algoritmos e inovações no âmbito da tecnologia.[20]

Depois de Alan Turing,[21] também John Von Neuman passou a contribuir com a ideia de que os computadores podem ser desenhados utilizando-se o cérebro humano como protótipo. Portanto, iniciou-se, a partir de então, uma "[...] concepção antropomórfica da computação, com linguagem, memória e termos típicos ao funcionamento das redes neurais humanas".[22]

A doutrina especializada faz referência, ainda, a John Mccarthy, como o responsável por utilizar da expressão IA em 1956.[23] Sérgio Navega diz que John Mccarthy foi o criador da IA, sendo que tal criação ocorreu em Workshop do Dartmouth College, durante dois meses no verão de 1956.[24]

E, depois de um período denominado de inverno da IA e que durou, aproximadamente, quatro décadas, houve o seu ressurgimento em um espetáculo, tipo primavera, um período de rápidos avanços com relação

to. Curitiba: Alteridade, 2019. v. 1. p. 23-24.

18 ROVER, Aires José. **Informática no Direito**: inteligência artificial: introdução aos sistemas especialistas legais. Curitiba: Juruá, 2001. p. 59-60.

19 PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência artificial e Direito.** Curitiba: Alteridade, 2019. v. 1. p. 24.

20 PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência artificial e Direito.** Curitiba: Alteridade, 2019. v. 1. p. 24.

21 CHRISTIAN, Brian. **O humano mais humano**: o que a inteligência artificial nos ensina sobre a vida. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 15.

22 PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência artificial e Direito.** Curitiba: Alteridade, 2019. v. 1. p. 24.

23 ROVER, Aires José. **Informática no Direito**: inteligência artificial: introdução aos sistemas especialistas legais. Curitiba: Juruá, 2001. p. 60.

24 NAVEGA, Sérgio. Inteligência artificial, educação de crianças e o cérebro humano. **Leopoldianum**, **Revista de Estudos de Comunicações of the University of Santos**, ano 25, n. 72, p. 87-102, fev. 2000. Disponível em: http://www.intelliwise.com/reports/p4port.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

ao mundo da informática e, especialmente, no tocante à capacidade de armazenagem de dados e processamento dos computadores, sendo que, em 2015, houve o experimento do Google com a IA.[25]

No mesmo ano, qual seja, em 2015, a *DeepMind* desenvolveu uma IA para que se pudesse superar a performance humana em 49 (quarenta e nove) jogos de Atari; e, em 2017, o Facebook também anunciou um aplicativo de tradução com tratamento de imagem para a escrita.[26]

Com efeito, há certa confusão da história da IA com a própria história da computação convencional. Neste sentido, convém ressaltar o seguinte:

> A história da IA se confunde com a própria história da **computação convencional**, diferenciando-se no fato de sempre abrir caminho em áreas em que a programação convencional procura não se aventurar inicialmente. Quando, porém, as técnicas ou ferramentas de Ia tornam-se úteis para além do mundo acadêmico, boa parte delas deixam de ser consideradas técnicas de IA. [...].
>
> Efetivamente, existem diferenças entre as duas formas de computação e basicamente a IA está intimamente ligada à forma declarativa e não procedimental de representar o conhecimento. Já o paradigma de programação convencional está orientado ao processamento numérico e procedimental.[27]

Por outro lado, ainda que a história da IA, que é bastante extensa e complexa, confunda-se, por vezes, com a história da computação, com isso não se está a dizer que entre ambas (computação e IA) possa haver confusão.[28] Mas entre IA e mobilidade urbana há estreita ligação, conforme adiante discutido.

3. A RELAÇÃO ENTRE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA) A E MOBILIDADE URBANA

Inegável o impacto e as vantagens da IA nos mais diversos seguimentos e variadas instâncias do processo produtivo, no setor dos serviços e, também, na questão da mobilidade urbana. Apenas para exemplificar, toma-se o caso específico de transporte de cargas. Mas, para que se alcancem referidas vantagens é necessário, então, que algumas etapas sejam observadas. Assim sendo:

> Primeiramente, a transportadora cadastra as cargas que chegaram e precisam de transporte. Nesta inserção, o operador logístico deverá informar: característica da carga, prazo de coleta/entrega, se são necessários **rastreadores veiculares** e gerenciadoras de risco, e se existem pontos de paradas

25 PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência artificial e Direito.** Curitiba: Alteridade, 2019. v. 1. p. 24.
26 PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência artificial e Direito.** Curitiba: Alteridade, 2019. v. 1. p. 26.
27 ROVER, Aires José. **Informática no Direito**: inteligência artificial: introdução aos sistemas especialistas legais. Curitiba: Juruá, 2001. p. 63.
28 ROVER, Aires José. **Informática no Direito**: inteligência artificial: introdução aos sistemas especialistas legais. Curitiba: Juruá, 2001. p. 63.

> ou coletas.
>
> No cadastro, é preciso ainda informar se a carga terá direcionamento restrito (para veículos da transportadora), direcionado para veículos de transportadoras parceiras ou se ela será ofertada publicamente para o mercado.
>
> Imediatamente, a **inteligência artificial do Fretefy cruza os dados dos milhares de veículos cadastrados** no sistema e traz os resultados compatíveis. Como resultados, as transportadoras economizam tempo, aumentam o controle logístico e evitam que seus veículos fiquem parados (grifo do autor).[29]

Com efeito, a IA pode contribuir sobremaneira no setor de transporte em geral, porque é por intermédio dela que se possibilita uma evolução estratégica dos mais variados tipos de transporte, conforme discutido e demonstrado em workshop promovido pela Confederação Nacional do Transporte (CNT) em 2018 sobre o tema.[30]

A IA no transporte em geral pode auxiliar em muitos aspectos e fazer efetiva diferença, não só como uma tendência para o futuro, mas sim como temática que já vem sendo discutida por muitos especialistas e se tornando realidade dia a dia, a exemplo do já referido workshop promovido pela CNT e que teve por principal finalidade "[...] discutir soluções e ideias para a gestão empresarial e pensamento estratégico".[31]

Sobre o tema, a Revista Negócios em Transporte traz alguns casos, no contexto brasileiro, de contribuições da IA para a gestão de transporte, como aqueles voltados à resolução de problemas no setor do transporte rodoviário em Curitiba (PR), a saber:

> Com o intuito de aumentar a produtividade, o setor ferroviário também está recebendo investimentos. Nesse cenário, a Rumo é uma das principais expoentes em trazer os conceitos de internet das coisas e inteligência artificial para o modal.
>
> A companhia criou um sistema que funciona a partir de milhares de sensores que enviam informações em tempo real para uma central de análise de dados. Assim, o trabalho se torna automático e essa tarefa é otimizada, já que anteriormente era realizada pelo maquinista.
>
> E essa **aplicação da inteligência artificial** é extremamente funcional. Isso porque, nessa plataforma, é possível avaliar diversas variáveis: desde a temperatura da roda do trem até a sua capacidade de frenagem.[32]

29 FRETEFY. **Tudo sobre inteligência artificial e seu uso no transporte rodoviário.** 13/11/2018. Disponível em: https://fretefy.com.br/inteligencia-artificial-transporte-rodoviario/. Acesso em: 20 ago. 2020.

30 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE. **Workshop debate inteligência artificial no setor de transporte.** 19/03/2018. Disponível em: http://www.cnt.org.br/agencia-cnt/workshop-debate-inteligencia-artifical-setor-transporte. Acesso em: 20 ago. 2020.

31 REVISTA NEGÓCIOS EM TRANSPORTE. **Um pouco sobre sistemas de inteligência artificial no transporte.** 13/03/2019. Disponível em: https://negociosemtransporte.grupott.com.br/um-pouco-sobre-sistemas-de-inteligencia-artificial-no-transporte/. Acesso em: 20 ago. 2020.

32 REVISTA NEGÓCIOS EM TRANSPORTE. **Um pouco sobre sistemas de inteligência artificial no**

Na mesma esteira, outra organização empresarial que vem buscando soluções na IA é a Vale S/A, que é também administradora de rodovias no contexto brasileiro. Por intermédio de sensores estratégicos, a mineradora visa otimizar a manutenção tanto das locomotivas quanto dos próprios trilhos, motivo pelo qual garantirá a redução de custos e melhora na segurança.[33]

Nota-se, ante tais considerações, que:

> Garantir a movimentação eficiente das pessoas nas cidades traz benefícios econômicos e de qualidade de vida, tanto do ponto de vista individual quanto coletivo. Apesar da melhoria na mobilidade estar muitas vezes relacionada com mudanças estruturais, ter uma gestão eficiente do sistema de transporte é fundamental para assegurar uma mobilidade com elevados níveis de qualidade.
>
> Um conceito concebido nos anos 1990 e que tem sido desenvolvido e aprimorado desde então são os Sistemas Inteligentes de Transporte, ITS (Intelligent Transportation System). Mas o que é um Sistema Inteligente de Transporte? São sistemas que aplicam tecnologia da informação e comunicação à mobilidade. Estes sistemas são compostos por software e hardware e podem melhorar a eficiência do transporte do ponto de vista da gestão e pessoas. Com o seu uso, a mobilidade das pessoas nas cidades ganha do ponto de vista da segurança, pontualidade e informação em tempo real sobre o serviço.[34]

Portanto, mostra-se sensível e direta a relação entre IA e mobilidade urbana, sendo aquela uma poderosa ferramenta a ser utilizada a favor de vários tipos de transportes, e com consideráveis impactos de curto, médio e longo prazo, nos mais variados quadrantes.

4. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA) E O ENFRENTAMENTO DOS PROBLEMAS DE MOBILIDADE URBANA

Inegamente, um dos grandes problemas de mobilidade urbana tem relação direta com o colapso no trânsito e a falta de recursos tecnológicos, a gerar enormes desafios nos últimos tempos e impor aos gestores públicos, empresários e à própria Sociedade um comprometimento e também uma nova forma de viver e interagir.

Tamanha a complexidade envolve o assunto que foi objeto unânime e integra um dos objetivos da ONU na Agenda 2030 para o desenvolvimento

transporte. 13/03/2019. Disponível em: https://negociosemtransporte.grupott.com.br/um-pouco-sobre-sistemas-de-inteligencia-artificial-no-transporte/. Acesso em: 20 ago. 2020.

33 REVISTA NEGÓCIOS EM TRANSPORTE. **Um pouco sobre sistemas de inteligência artificial no transporte.** 13/03/2019. Disponível em: https://negociosemtransporte.grupott.com.br/um-pouco-sobre-sistemas-de-inteligencia-artificial-no-transporte/. Acesso em: 20 ago. 2020.

34 HULSE, Eduardo Otte; CHIH, Wan Yu. Internet das coisas e suas aplicações na mobilidade urbana. **WPLEX Artigos**, p. 1-4, 2019. Disponível em: https://www.wplex.com.br/artigos/2019-udesc-Internet%20das%20coisas%20na%20mobilidade%20urbana.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

sustentável nos próximos 15 anos. As metas definidas na Agenda 2030 buscam integrar as pessoas e o planeta, para que se tenha o mínimo de paz e prosperidade. E, para isso, será necessária uma forte e produnda integração, para que todos possa, efetivamente, usufruir dos espaços públicos e dos bens em geral com maior qualidade a vida e equilibrada interação com o mundo.

No que tange à mobilidade urbana, muitos fatores contribuem para o seu agravamento e verdadeiro caos, mas há sensivel destaque para processo de urbanização e ocupação de forma desordenada, o que configura hoje como "áreas urbanas conturbadas interdependentes".

Antes se tinham cidades próximas, independentes e autônomas. Contudo, ante o avanço dos serviços e transformações na dinâmica do crescimento demográfico, atualmente os polos de desenvolvimento que se destacam acabam por se unir e complementar.

Não se nega que esse crescimento traz sim consideráveis beneficios, porém a Sociedade não parece preparada/madura para compreender quão imprescidível é unificar esforços e compartilhar informações, serviços, banco de dados e uso da tecnologia, como meios essenciais para o avanço na direção da maior qualidade de vida e bem-estar social.

Somente haverá cidade inteligente e sustentável a partir do momento que haja uma Sociedade comprometida e que também esteja disposta à mudança de paradigmas e conceitos. Em poucas palavras, cidades inteligentes exigem e até pressupõem Sociedade inteligente!

Neste sentido, apenas para exemplificar, a ausência de uma rede integrada de transporte coletivo e a baixa atratividade da população em utilizar-se dessa espécie de transporte público e opção pelo uso de transporte próprio, acarreta o colapso no trânsito, sendo este somente mais um dos problemas que assolam em geral as cidades de médio e grande porte.[35]

A Revista Negócios em Transporte relata, então, alguns casos, no contexto brasileiro, que a IA tem contribuído e auxiliado na gestão do transporte, dentre os quais o já referido caso do setor do transporte rodoviário em Curitiba (PR).[36]

Na mesma linha, inclusive com a finalidade de aumento da produtividade, o setor ferroviário vem recebendo investimentos, sendo que a empresa Rumo é uma expoente no fornecimento de concepções acerca da internet das coisas e

35 SCHMITT, Anderson; ROSENFELDT, Yuzi Anaí Zanardo; OLIVEIRA, Mirtz Orige; ROSOLEM, Gabriel Phelipe Nascimento; LOCH, Carlos. Proposta de mobilidade coletiva para a Região Metropolitana de Florianópolis pensada a partir de imagens do Satélite GeoEye e banco de dados de software SIG. **Anais XVI Simpósio Brasileiro de Sensoriamento Remoto – SBSR**, Foz do Iguaçu, 13 a 18 abr. 2013. Disponível em: http://m arte2.sid.inpe.br/col/dpi.inpe.br/marte2/2013/05.29.00.43.54/doc/p1352.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

36 REVISTA NEGÓCIOS EM TRANSPORTE. **Um pouco sobre sistemas de inteligência artificial no transporte.** 13/03/2019. Disponível em: https://negociosemtransporte.grupott.com.br/um-pouco-sobre-sistemas-de-inteligencia-artificial-no-transporte/. Acesso em: 20 ago. 2020.

IA para o modal. Essa companhia:

> [...] criou um sistema que funciona a partir de milhares de sensores que enviam informações em tempo real para uma central de análise de dados. Assim, o trabalho se torna automático e essa tarefa é otimizada, já que anteriormente era realizada pelo maquinista.
>
> E essa **aplicação da inteligência artificial** é extremamente funcional. Isso porque, nessa plataforma, é possível avaliar diversas variáveis: desde a temperatura da roda do trem até a sua capacidade de frenagem.[37]

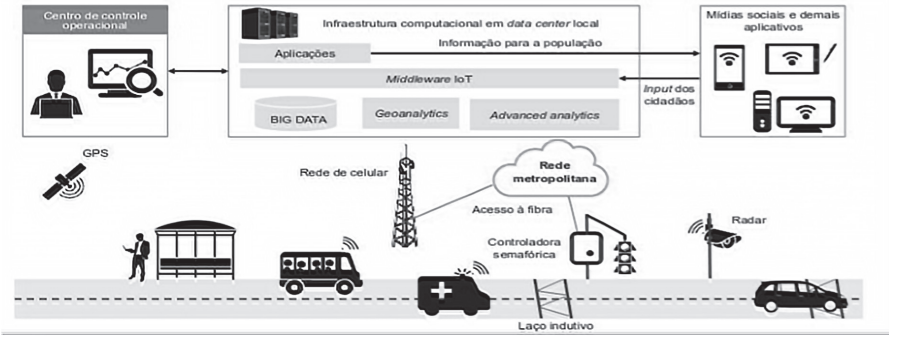
Recentemente, num projeto ousado em estudos na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), constatou-se que o uso da tecnologia denominada IARA (Intelligent Autonomous Robotic Automobile – tradução literal: Automóvel Robótico Autônomo Inteligente) resultou em um veículo que funcionou com êxito, sem a intervenção humana, em um trajeto de aproximadamente 40km, o que poderia ser adaptado para ônibus do transporte coletivo, sem que para isso sejam necessários grandes investimentos ou até mesmo pistas ou faixas exclusivas de deslocamento. Para tanto, segundo a Revista NTU Urbano:

> [...] é possível que uma fabricante nacional forneça um chassi para que se iniciem os testes de adaptação da tecnologia em ônibus coletivos urbanos. O veículo pode andar com segurança a um a velocidade de até 60 km/h, suficiente para um ônibus convencional transportar passageiros, caso a tecnologia seja realmente implementada no transporte coletivo. Para o acadêmico, é totalmente viável dar autonomia para os ônibus coletivos urbanos. "É uma tecnologia de fácil adaptação para ônibus. Se implantada, dentro de 2 a 3 anos, no máximo, é possível ter coletivos autônomos no mercado", explica. Como a IARA é capaz de identificar qualquer tipo de obstáculo – pessoas, quebra-molas, semáforos, etc – , será possível que os coletivos circulem em qualquer via urbana sem, necessariamente, depender de pistas ou faixas exclusivas, como acontece atualmente com ônibus semelhantes fora do Brasil. Segundo Luiz Eduardo Lozer, diretor da Geocontrol – empresa de tecnologia que atua nas áreas de mobilidade urbana, transporte, defesa nacional e segurança, e que está investindo nessa inovação -, a ideia é trabalhar com um ônibus de 11 metros de comprimento. De acordo com Lozer, serão necessárias várias adaptações. "O que muda no salto do automóvel para o ônibus é que, por ser um veículo maior, ele precisa de mais sensores, tem ponto cego; o chassi tem que ter transmissão automática, direção elétrica, é preciso sincronizar o abrir e fechar das portas e programar para que ele encoste perto das estações", revela Lozer.[38]

Na sequência, segue uma ilustração que demonstra a aplicação da IA na mobilidade urbana:

37 REVISTA NEGÓCIOS EM TRANSPORTE. **Um pouco sobre sistemas de inteligência artificial no transporte.** 13/03/2019. Disponível em: https://negociosemtransporte.grupott.com.br/um-pouco-sobre-sistemas-de-inteligencia-artificial-no-transporte/. Acesso em: 20 ago. 2020.

38 CONSÓRCIO FÊNIX. **Tecnologia brasileira de veículo autônomo poderá chegar ao transporte coletivo.** 05/01/2018. Disponível em: http://www. consorciofenix.com.br/saiba-mais/tecnologia-brasileira-de-veiculo-autonomo-podera-chegar-ao-transporte-coletivo,158. Acesso em: 20 ago. 2020.



Fonte: HULSE, Eduardo Otte; CHIH, Wan Yu. Internet das coisas e suas aplicações na mobilidade urbana. **Wplex Software Ltda.**, 2019. Disponível em: <http://www.wplex.com.br/artigos/2019-udesc-Internet%20das%20coisas%20na%20mobilidade%20urbana.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2019.

Nota-se, ante tais considerações, que:

> Garantir a movimentação eficiente das pessoas nas cidades traz benefícios econômicos e de qualidade de vida, tanto do ponto de vista individual quanto coletivo. Apesar da melhoria na mobilidade estar muitas vezes relacionada com mudanças estruturais, ter uma gestão eficiente do sistema de transporte é fundamental para assegurar uma mobilidade com elevados níveis de qualidade.
>
> Um conceito concebido nos anos 1990 e que tem sido desenvolvido e aprimorado desde então são os Sistemas Inteligentes de Transporte, ITS (Intelligent Transportation System). Mas o que é um Sistema Inteligente de Transporte? São sistemas que aplicam tecnologia da informação e comunicação à mobilidade. Estes sistemas são compostos por software e hardware e podem melhorar a eficiência do transporte do ponto de vista da gestão e pessoas. Com o seu uso, a mobilidade das pessoas nas cidades ganha do ponto de vista da segurança, pontualidade e informação em tempo real sobre o serviço.[39]

Com efeito, a IA deve ser compreendida como uma ferramenta que deve ser utilizada a favor de vários tipos de transportes, a exemplo do transporte público coletivo, com sensíveis potenciais de contribuição para um planejamento integrado, com crescimento inteligente e sustentável das cidades.

Inegavelmente, para que a mobilidade urbana seja eficaz e adequada, necessário se faz uma gestão de planejamento, que envolva os mais diversos atores da Sociedade, que embora possam ter objetivos e interesses diferenciados, estejam todos voltados a resolver questões conflitantes e a tomada de decisões

39 HULSE, Eduardo Otte; CHIH, Wan Yu. Internet das coisas e suas aplicações na mobilidade urbana. **WPLEX Artigos**, p. 1-4, 2019. Disponível em: https://www.wplex.com.br/artigos/2019-udesc-Internet%20das%20coisas%20n%20mobilidade%20urbana.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

que busquem o interesse coletivo.[40]

Sobre o tema, Flávio Rene Brea Victoria e Célio José Sztoltz Júnior sustentam que compete aos gestores públicos e também a própria Sociedade encontrar "[...] o melhor caminho para superar suas divergências e priorizar os interesses comuns, com o intuito de efetivar as soluções integradas em cada região metropolitana do Brasil".[41]

Bem por isso, não se pode perder de vista que toda e qualquer ação ou tomada de decisão por parte da Administração Pública deve preservar o interesse público,[42] inclsuive de forma dar ênfase aos interesses não somente do Poder Público, mas, inclusive, da própria Sociedade como um todo, nos seus mais variados contornos, e sempre tendo em mira o cumprimento otimizado daqueles direitos básicos assegurados tanto pela Constituição de 1988 quanto pelo conjunto da legislaão infraconstitucional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mobilidade urbana deve ser compreendida como aquela área relacionada com ações e programas voltados à utilização e ocupação do solo urbano e, consequentemente, à gestão dos transportes. Portanto, havendo planejamento e engajamento do Poder Público em conjunto com a Sociedade, o ideal de mobilidade urbana pode ser alcançado por intermédio de concepções de sustentabilidade/inteligência.

Com efeito, as diferentes dimensões da sustentabilidade trazem uma ideia que é chave para esse debate. As cidades sustentáveis são, portanto, aquelas que dão ênfase à qualidade de vida da população e priorizam, consequentemente, a qualidade do ar, a não degradação do meio ambiente, menor geração de resíduos sólidos, aspectos econômicos, sociais etc.

Isso não quer dizer que se deva ou possa confundir a noção de cidades sustentáveis com a ideia de cidades inteligentes, porque estas últimas, apesar de também priorizarem a qualidade de vida da Sociedade, vão além e avançam para uma espécie de sistema que possibilita aos indivíduos interagir e utilizar energia, materiais e serviços para que se possa alcançar a dimensão de

40 SEABRA, Luciany Oliveira; TACO, Pastor Willy Gonzales; DOMINGUEZ, Emílio Merino. Sustentabilidade em transportes: do conceito às políticas públicas de mobilidade urbana. **Revista dos Transportes Públicos**, ano 35, p. 103-124, 2º quadrimestre, 2013. p. 109.

41 VICTORIA, Flávio Rene Brea; SZTOLTZ JÚNIOR, Célio José. **Adequação dos arranjos de governança da Região Metropolitana da Grande Florianópolis ao Estatuto da Metrópole e subsídios à elaboração dos planos de desenvolvimento urbano integrado.** p. 413-429. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8671/1/Adequações%20dos%20arranjos-15.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

42 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015. p. 124.

desenvolvimento nos mais diversos sentidos.

Mas o certo é que, independentemente de se estar a tratar de cidades inteligentes ou sustentáveis, ambas as ideias têm forte conexão com o tema da mobilidade urbana. E é, sobretudo, no avanço para a construção de redes integradas de transporte público, que a dimensão da IA tende a contribuir de modo mais imediato e efetivo.

Em síntese, a IA pode auxiliar sobremaneira no âmbito do transporte público coletivo e contribuir para a melhoria da mobilidade urbana das regiões, com vistas ao crescimento inteligente e sustentável. Uma tarefa nada fácil, porque além de a mobilidade urbana ser temática complexa e abrangente, há necessidade de engajamento por parte do Poder Público e da própria Sociedade, a cobrar também uma mudança cultural e comportamental dos cidadãos.

A utilização dos Sistemas Inteligentes de Transporte, ITS (Intelligent Transportation System), atrelado ao uso de tecnologias como a chamada IARA, pode resultar em consideráveis impactos positivos no transporte coletivo, sem a necessidade de grandes investimentos ou até mesmo de reestruturação das rodovias, o que é sim muito promissor.

Por certo, do ponto de vista da técnica, a adaptação desses sistemas ao transporte coletivo imporá a utilização de mais sensores para evitar os chamados pontos cego, veículos automáticos e com direção elétrica, sincronismo de abertura e fechamento de portas, sensores para estacionamento nas estações, programação de consertos ou reparos para evitar congestionamentos etc. Há sim muito a fazer, mas o que parece evidente é que sim, ainda não temos muita noção do quanto a IA pode e vai nos auxiliar na solução dos graves problemas de mobilidade urbana que atualmente impactam sobretudo nas nossas cidades de médio e grande porte.

REFERÊNCIAS

BERGMAN, Lia; RABI, Nidia Inês Albesa de (Coord.). **Mobilidade e política urbana**: subsídios para uma gestão integrada. Rio de Janeiro: IBAM; Ministério das Cidades, 2005.

LARA, Alexander Prado; COSTA, Eduardo Moreira da; MARQUES, Jamile Sabatini; SANTOS, Neri dos. Projeto Florip@21: a construção de uma região inteligente na cidade de Florianópolis, Brasil**. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)**, Departamento de Engenharia e Gestão do Conhecimento (EGC), AgoraLab, 2013. Disponível em: http://www.altec2013.org/programme_pdf/351.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

CAMPOS, Vânia Barcellos Gouvêa. Uma visão de mobilidade urbana sustentável. **Revista dos Transportes Públicos**, 2006. Disponível em: http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/39070482/08umavisaodaMobilidadeUrbanaSustentavel.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1498322585&Signature=Wm9GggPOYFCluehJ7IIU3lQe%2Bd4%3D&response-contentdisposition=inline%3Bfilename%3D08umavisaoda_Mobilidade_Urbana_Sustentav.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

CARVALHO, Carlos Henrique Ribeiro de. **Mobilidade urbana sustentável**: conceitos, tendências

e reflexões. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 1990.

CHRISTIAN, Brian. **O humano mais humano**: o que a inteligência artificial nos ensina sobre a vida. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE. **Workshop debate inteligência artificial no setor de transporte.** 19/03/2018. Disponível em: http://www.cnt.org.br/agencia-cnt/workshop--debate-inteligencia-artifical-setor-transporte. Acesso em: 20 ago. 2020.

CONSÓRCIO FÊNIX. **Tecnologia brasileira de veículo autônomo poderá chegar ao transporte coletivo.** 05/01/2018. Disponível em: http://www. consorciofenix.com.br/saiba-mais/tecnologia--brasileira-de-veiculo-autonomo-podera-chegar-ao-transporte-coletivo,158. Acesso em: 20 ago. 2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015.

FRETEFY. **Tudo sobre inteligência artificial e seu uso no transporte rodoviário.** 13/11/2018. Disponível em: https://fretefy.com.br/inteligencia-artificial-transporte-rodoviario/. Acesso em: 20 ago. 2020.

HULSE, Eduardo Otte; CHIH, Wan Yu. Internet das coisas e suas aplicações na mobilidade urbana. **WPLEX Artigos**, p. 1-4, 2019. Disponível em: https://www.wplex.com.br/artigos/2019udescInternet%20das%20coisas%20na%20mobilidade%20urbana.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

MAGNANIN, Renata Cardoso; SILVA, Antônio Nelson Rodrigues da. A percepção do especialista sobre o tema mobilidade urbana. **Revista Transportes**, v. XVI, n. 1, p. 25-35, jun. 2008. Disponível em: https://revistatransporrtes.org.br/anpet/article/view/13/10. Acesso em: 20 ago. 2020.

MEYER, Bernardo; GÜNTHER, Helen Fischer; SCHNEIDER, Tatiana. Os desafios da integração do transporte coletivo e da gestão associada: o caso da Região Metropolitana da Grande Florianópolis. **Revista Gestão & Conexões**, v. 7, n. 2, Vitória, jul./dez. 2018. p. 48. Disponível em:

http://www.periodicos.ufes.br/ppgadm/article/view/21845/14526. Acesso em: 20 ago. 2020.

NAVEGA, Sérgio. Inteligência artificial, educação de crianças e o cérebro humano. Leopoldianum, **Revista de Estudos de Comunicações of the University of Santos**, ano 25, n. 72, p. 87-102, fev. 2000. Disponível em: http://www.intelliwise.com/reports/p4port.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência artificial e Direito.** Curitiba: Alteridade, 2019.

REVISTA NEGÓCIOS EM TRANSPORTE. **Um pouco sobre sistemas de inteligência artificial no transporte.** 13/03/2019. Disponível em: https://negociosemtransporte.grupott.com.br/um-pouco--sobre-sistemas-de-inteligencia-artificial-no-transporte/. Acesso em: 20 ago. 2020.

ROVER, Aires José. **Informática no Direito**: inteligência artificial: introdução aos sistemas especialistas legais. Curitiba: Juruá, 2001.

SCARINGELLA, Roberto Salvador. A crise da mobilidade urbana em São Paulo. **São Paulo em Perspectiva**, v. 15, n. 1, São Paulo, jan./mar. 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392001000100007&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 20 ago. 2020.

SCHMITT, Anderson; ROSENFELDT, Yuzi Anaí Zanardo; OLIVEIRA, Mirtz Orige; ROSOLEM, Gabriel Phelipe Nascimento; LOCH, Carlos. Proposta de mobilidade coletiva para a Região Metropolitana de Florianópolis pensada a partir de imagens do Satélite GeoEye e banco de dados de software SIG. **Anais XVI Simpósio Brasileiro de Sensoriamento Remoto – SBSR**, Foz do Iguaçu, 13 a 18 abr. 2013. Disponível em: http://marte2.sid.inpe.br/col/dpi.inpe.br/marte2/2013/05.29.00.43.54/doc/p1352.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

SEABRA, Luciany Oliveira; TACO, Pastor Willy Gonzales; DOMINGUEZ, Emílio Merino. Sustentabilidade em transportes: do conceito às políticas públicas de mobilidade urbana. **Revista dos Transportes Públicos**, ano 35, p. 103-124, 2º quadrimestre, 2013.

VICTORIA, Flávio Rene Brea; SZTOLTZ JÚNIOR, Célio José. **Adequação dos arranjos de go-**

vernança da Região Metropolitana da Grande Florianópolis ao Estatuto da Metrópole e subsídios à elaboração dos planos de desenvolvimento urbano integrado. p. 413-429. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8671/1/Adequações%20dos%20arranjos-15.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

WEISS, Marcos Cesar; BERNARDES, Roberto Carlos; CONSONI, Flavia Luciane. **Cidades inteligentes**: casos e perspectivas para as cidades brasileiras. 2013. Disponível em: http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/33960289/Cidades_Inteligentes_ALTEC2013.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1498324069&Signature=CYJUswVMEzgPkEdCaPw2Em9Dtok%3D&response-content-disposition=inline%3Bilename%3DCidades_inteligentes_casos_e_perspectiva.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

13. BASES SOBRE LA ARTICULACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A LA PROPIEDAD PRIVADA INMOBILIARIA Y A LA CIUDAD

Rafael Coello Cetina

Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México.
Licenciado en Economía por la Universidad Autónoma Metropolitana.
Juez de Distrito comisionado como Secretario General de Acuerdos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sumario: 1. Consideraciones iniciales; 2. La configuración del derecho humano a la propiedad privada; 3. La configuración del derecho humano a la ciudad; 4. Las modalidades a la propiedad privada como normativa articuladora de los derechos humanos a la propiedad privada inmobiliaria y a la ciudad; 5. Consideraciones finales; Bibliografía.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

Es indudable que la eficacia de los derechos humanos reconocidos en un orden jurídico se encuentra determinada por múltiples factores jurídicos y fácticos destacando, por una parte, los términos en los que jurídicamente esas prerrogativas se configuran, delimitan[1] y restringen tanto en su Norma Fundamental como en las normas generales que emanan de ésta y, por otra parte, la labor jurisprudencial que llevan a cabo los tribunales al fijar el alcance de ese contexto normativo e incluso por los efectos que imprimen a sus sentencias para lograr la eficacia de los derechos y diversos bienes constitucionales involucrados en un caso concreto.

En esa virtud, para pronunciarse sobre la eficacia de un derecho humano es conveniente analizar el marco jurídico que lo configura, delimita

1 Conviene recordar que la delimitación de los derechos humanos, como expresión de la función configuradora y articuladora de éstos que corresponde a toda Norma Fundamental, implica la determinación de las conductas que son expresión de un derecho humano (delimitación positiva) o de aquéllas que no se encuentran constitucionalmente tuteladas por éste (delimitación negativa expresa), porque al realizarse implican la violación de otro derecho o bien constitucional o el establecimiento de uno o más requisitos cuyo cumplimiento resulta necesario para la eficacia del derecho que se pretende ejercer, de uno diverso o de diversos bienes constitucionales (delimitación negativa implícita). Es decir, la delimitación puede implicar la precisión de qué conductas son la expresión de un derecho o la prohibición de una conducta por no encontrarse amparada por éste o su condicionamiento al cumplimiento de uno o más requisitos. En cambio, la restricción de un derecho humano implica impedir el ejercicio de una conducta que jurídicamente constituye una de las prerrogativas tuteladas por éste. Vid. Coello Cetina Rafael, La trascendente distinción entre la delimitación y la restricción de los derechos humanos para el control constitucional (Interpretación integral y juicio de proporcionalidad), en Ferrer Mac-Gregor Eduardo y Herrera García Alfonso (Coords.), El juicio de amparo en el centenario de la Constitución Mexicana de 1917, pasado, presente y futuro, Tomo II, UNAM-IIJ, 2017, Pp. 33-73.

y restringe en un específico ámbito del orden jurídico, tomando en cuenta la necesaria articulación que debe lograrse entre la totalidad de los derechos y bienes constitucionales a los que trasciende la regulación de las conductas respectivas, lo que permite focalizar la materia de estudio y, por ende, atender a las particularidades que rodean ese preciso ámbito. Ello, sin menoscabo de reconocer la complejidad de un estudio abstracto, es decir, sin la presencia de un caso concreto, para delinear los límites de los derechos humanos y bienes involucrados en la determinación del alcance de alguno o algunos de ellos, lo que no es obstáculo para sentar bases a partir de supuestos de hecho, dentro de los que pueden encuadrar la mayoría o un número considerable de los casos que se presenten.

Ante ello, en el presente se reflexiona sobre la articulación entre los derechos humanos a la ciudad y a la propiedad privada inmobiliaria, para lo cual se estima conveniente precisar a grandes rasgos, en los capítulos I y II, las prerrogativas que éstos amparan, sin menoscabo de reconocer que para ello resulta necesario tomar en cuenta la interdependencia que, desde una óptica colectiva, se da entre los diversos derechos humanos de los que son titulares las personas que habitan en un centro urbano o son titulares de derechos patrimoniales respecto de los predios que se ubican en éste. Si bien esta labor puede estimarse inagotable dada la diversidad de derechos y obligaciones humanas que deben acatarse al seno de cualquier gran urbe, ello no obsta para proponer las bases del acotamiento de esos derechos fundamentales, es decir, de su núcleo esencial, lo que brinda elementos para enfrentar, en ocasión posterior, las particularidades del control de la constitucionalidad de la normativa configuradora de esas prerrogativas fundamentales. Incluso, como podrá advertirse, es tal la complejidad del derecho humano a la ciudad que, en alguna medida, para su eficacia resulta indispensable la del diverso a la propiedad privada inmobiliaria, dando lugar también a una relación de interdependencia entre estos derechos humanos desde una óptica individual.

Tomando en cuenta las bases que se fijan sobre el alcance de los derechos humanos a la propiedad privada inmobiliaria y a la ciudad, especialmente desde su doble ámbito de interdependencia, se estima conveniente precisar en el capítulo III las principales particularidades de la normativa que al seno del Estado Mexicano delimita estos derechos humanos, las denominadas modalidades a la propiedad privada.

Como se precisará, las referidas modalidades se prevén tanto en los actos materialmente legislativos tradicionales, como es el caso de las leyes y los reglamentos, como en actos también generales pero con peculiares efectos sobre los sujetos de derecho que son propietarios de un predio o que, incluso, gozan de la posesión derivada de éste, a saber, los planes o programas de

desarrollo urbano.

En esa virtud, y dada la articulación que debe darse entre los derechos humanos a la propiedad privada inmobiliaria y a la ciudad, mediante un adecuado ejercicio de las potestades normativas que establecen las modalidades a la propiedad privada, a lo largo de este escrito se tomarán en cuenta algunas de las diversas expresiones de este novedoso derecho humano cuya tutela exige, sin duda, tanto el establecimiento de esas modalidades como el desarrollo de procedimientos de producción de las respectivas normas generales que tomen en cuenta la situación de los habitantes de un entorno urbano y las particularidades de éste.

2. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO HUMANO A LA PROPIEDAD PRIVADA INMOBILIARIA

Al constituir el derecho a la propiedad privada el género dentro del cual se ubica como especie destacada el derecho a la propiedad privada inmobiliaria, es conveniente reflexionar inicialmente sobre el alcance de aquél. A partir del análisis de lo establecido en la CPEUM es posible sostener que el derecho humano a la propiedad privada tutela un conjunto de prerrogativas que confieren a su titular facultades de exigencia de conductas positivas (prestación) y negativas (deber de permitir o de no obstaculizar) exigibles a cualquier sujeto de derecho relacionadas, por una parte, con el reconocimiento jurídico de su dominio sobre bienes materiales e inmateriales, derivado tanto de su propia existencia como de las actividades que desarrolla y de las relaciones que entabla con otras personas y, por otra parte, con el uso y disposición de dichos bienes,[2] (estrechamente vinculado con las libertades de empresa, la libertad contractual y la libre concurrencia) en la inteligencia de que el alcance de esas facultades de exigencia está determinado por el de los derechos y bienes constitucionales involucrados en el goce y ejercicio de ese derecho humano.

En cuanto al reconocimiento realizado en diferentes preceptos de la CPEUM de diversas expresiones del derecho a la propiedad privada, con independencia de que constituyen las bases de otros derechos humanos y garantías para su protección, destacan, como primera categoría, las

2 La normativa constitucional y convencional da lugar a diversas opiniones sobre las prerrogativas que efectivamente tutela el derecho a la propiedad privada. Por ejemplo a la porción normativa que indica "Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes" del artículo 1º del Protocolo Adicional número 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos le ha atribuido incluir las prerrogativas a la adquisición de propiedad y a disponer de ella. Vid. Aguilera Vaqués Mar, el reconocimiento del derecho a la propiedad privada y los límites a su regulación en García Roca Javier y Santolaya Pablo, "La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed. Madrid, 2009, pp. 839-872.

disposiciones que reconocen expresa o implícitamente la posibilidad de ser titular del dominio sobre determinados bienes, como sucede respecto de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional (artículo 27, párrafo primero) o los llamados "privilegios" que se concedan por determinado tiempo a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora (artículo 28, párrafo décimo); incluso, existe un reconocimiento implícito a la titularidad del derecho a la propiedad privada, en los diversos mandatos constitucionales que establecen condiciones para que válidamente se puedan desincorporar de la esfera jurídica de una persona, sin su voluntad, sus derechos de propietario sobre determinados bienes, los que se ubican en la cuarta categoría aquí propuesta. También en esta primera categoría es posible encuadrar a las normas que expresa o implícitamente impiden a los particulares ser propietarios de algún bien como sucede cuando se dispone que corresponde a la Nación la propiedad de las aguas marinas interiores o las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar (artículo 27, párrafo quinto); o al establecerse que los extranjeros no podrán ser propietarios de tierras y aguas ubicados en una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas (artículo 27, fracción I) o al considerarse incapaces para heredar por testamento a los ministros de culto, sus ascendientes, descendientes, hermanos, cónyuges o asociaciones religiosas a las que aquéllos pertenezcan si la herencia proviene de las personas a quienes dichos ministros hayan dirigido o auxiliado espiritualmente (artículo 130 párrafo antepenúltimo); o incluso, las que condicionan la titularidad del dominio respectivo a requisitos diversos como es el caso de las asociaciones religiosas, de las instituciones de beneficencia pública, de los bancos y de los pequeños propietarios agrícolas (artículo 27, fracciones II, III, V y XV).

En una segunda categoría de normas configuradoras del derecho a la propiedad privada es posible encuadrar a las que establecen límites al uso y disfrute de los bienes respectivos, como sucede con la posibilidad de imponer las modalidades que dicte el interés público[3] a cualquier especie de

3 De especial relevancia resulta la habilitación constitucional para que se establezcan a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, las que serán materia de análisis posterior, siendo relevante mencionar en este momento, por una parte, que la jurisprudencia de la SCJN ha concebido a dichas modalidades como normas generales y permanentes que modifican sustancialmente el derecho de propiedad, es decir, que lo transforman o limitan, por lo que consisten en una extinción parcial de los atributos del propietario, lo que da lugar a que no se goce de todas las facultades inherentes a la extensión de ese derecho y, por otra parte, que en su momento distinguió entre esas modalidades y las medidas que se han denominado como limitaciones a la libertad contractual o incluso restricciones a ésta. Vid. tesis que llevan por rubro, en su caso texto y datos de identificación: "ARRENDAMIENTO, LA PRORROGA DEL, NO ENTRAÑA MODALIDADES AL DERECHO DE PROPIEDAD. La Suprema Corte ha precisado lo que debe entenderse por "modalidades a la propiedad privada" y ha sostenido que la prórroga indefinida de los contratos de arrendamiento no entraña una modalidad al dominio, sino una limitación a la autonomía de los particulares en la esfera del derecho civil, y una restricción a la libertad contractual (Quinta Época, Tercera Sala, Tomo CXIX, p. 193 del SJF)" y "ARRENDAMIENTO, PROHIBICION DE AUMENTAR LAS RENTAS ESTIPULADAS EN EL

propiedad privada, así como ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques (artículo 27, párrafo segundo); la prohibición de los monopolios y de las prácticas monopólicas (artículo 28, párrafo primero); la posibilidad de imponer modalidades para la organización de la distribución de artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular (artículo 28, párrafo tercero), la prohibición de toda concentración o acaparamiento en una o en pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de precios, así como todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre si o para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados (artículo 28, párrafo segundo).

Como tercera categoría de normas constitucionales que rigen el derecho de propiedad privada, es posible considerar a las que reconocen y limitan los términos en los que un propietario puede disponer de los bienes respecto de los cuales es titular. En cuanto al reconocimiento de la libertad de disposición de los derechos de propiedad destacan las libertades de empresa, de comercio y contractual (artículo 5º párrafo primero) las cuales aun cuando trascienden también al uso y disfrute de bienes materiales e inmateriales, se concretan de manera relevante cuando un sujeto de derecho incorpora o desincorpora[4] bienes de su esfera jurídica. Por lo que se refiere a la normativa constitucional que acota la libertad de disposición de los bienes respecto de los cuales se ejerce la propiedad privada destacan, la posibilidad de que el Estado establezca precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular

(DECRETO DE DIEZ DE JULIO DE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS" (Quinta Época, Tercera Sala, Tomo LXXXIX, p. 2444 del SJF). En el caso del arrendamiento puede sostenerse que el propietario en ejercicio de su derecho de uso del bien de su propiedad determina conferir temporalmente esa prerrogativa a un tercero y cuando la normativa aplicable impide que la respectiva relación contractual concluya en el plazo pactado, se fijen las rentas por un monto superior a un determinado tope o éstas se incrementen, es indudable que esa regulación acota la libertad contractual de la que goza el titular del derecho humano a la propiedad privada, ante lo cual surge la interrogante sobre la metodología para verificar la validez de esos acotamientos.

4 La configuración de la libertad contractual, es decir, la determinación de las prerrogativas que tutela, cuando se ejerce al disponer de los bienes propiedad de un sujeto de derecho, implica tomar en cuenta la naturaleza del derecho humano a la propiedad privada, pues al encontrarse delimitado por diversos derechos y bienes constitucionales, resulta relevante determinar si las normas ordinarias que, por ejemplo, condicionan la enajenación de un bien inmueble a la posibilidad de que el condueño o el usufructuario ejerzan su derecho al tanto, (artículos 950 y 1005 del Código Civil Federal [CCF]) implican la disminución de las prerrogativas que confiere esa libertad a sus titulares, es decir constituye una restricción, o si se trata de una libertad cuya configuración se ha dejado en manos del legislador cuando se ejerce respecto de la disposición de los derechos patrimoniales de una persona, por lo que válidamente puede delimitarla fijando condiciones o requisitos que además de encontrar un fin constitucional, de incumplirse, efectivamente impiden alcanzar este último, como puede ser el caso de la compraventa de inmuebles cuyo valor de avalúo supere 365 veces la Unidad de Medida de Actualización (UMA), para la cual se exige, con el objeto de tutelar el derecho a la seguridad jurídica, que se realice en escritura pública (artículo 2,320 del CCF).

(artículo 28, párrafo tercero) y el cúmulo de mandatos que con el objeto de tutelar a quienes entablan una relación laboral establecen diversos mínimos que debe erogar un patrón para retribuir el trabajo prestado, entre otros, el salario mínimo, la participación en las utilidades de las empresas; la forma de pago del salario y el carácter remunerador del salario (artículo 123, apartado A, fracciones VI, IX, X y XXVII inciso b)).

En una cuarta categoría es posible ubicar las normas constitucionales que establecen las condiciones para que válidamente pueda darse la desincorporación unilateral de los respectivos derechos de propiedad privada, entre las cuales resaltan la prohibición de emitir actos privativos de la propiedad privada sin previa audiencia (artículo 14, párrafo segundo) o de privar a las personas del producto de su trabajo, salvo por resolución judicial (artículo 5º, párrafo primero, parte final) así como las garantías que con el objeto de tutelar el derecho a la propiedad privada establecen los requisitos que debe cumplir las autoridades que gocen de atribuciones para hacer efectiva una prestación patrimonial pública impuesta, como es el caso de las sanciones pecuniarias o patrimoniales, principalmente las multas, el abandono de bienes asegurados aplicados a favor del Estado y la extinción de dominio (artículos 21, párrafo cuarto; y 22) para expropiar un bien (artículo 27, párrafo segundo)[5] y para establecer las normas generales que regulan las contribuciones (artículo 31, fracción IV).

Importa destacar que como expresión del principio de universalidad las facultades de exigencia que confiere el derecho a la propiedad privada, al igual que sucede con otros derechos humanos, son oponibles a los órganos del Estado y, en lo conducente, a cualquier otra persona; en la inteligencia de que ante la diferente posición en la que se ubican éstos y la diversa naturaleza de los bienes sobre los que se ejercen las prerrogativas del propietario, las obligaciones condignas que implica el acatamiento de esos derechos también serán diferentes.

Como se puede advertir, entre las prerrogativas esenciales que asisten a todo ser humano y que resultan fundamentales para su desarrollo, se encuentra el derecho a la propiedad privada, el cual puede desdoblarse, a partir de lo antes expuesto, como una facultad que asiste a toda persona de exigir:

1. A los órganos del Estado, le garanticen la oportunidad de incorporar en su esfera jurídica el patrimonio mínimo que le permita satisfacer sus

5 En esta categoría constitucional pudiera encuadrarse la servidumbre administrativa prevista en el artículo 108 del CCF en virtud de la cual el dueño del predio sirviente tiene la obligación de permitir la colocación de postes para establecer comunicaciones telefónicas o conducir energía eléctrica, mediante la indemnización correspondiente, como se reconoce en el Estado de Coahuila en el que existe la Ley de Expropiación, Ocupación Temporal, Limitación de Dominio y Servidumbre Administrativa por Causas de Utilidad Pública para el Estado de Coahuila.

necesidades vitales;[6] además, el establecimiento del marco jurídico y de las instituciones que, por una parte, reconozcan su dominio sobre los bienes derivados de sus actividades y de las relaciones que entabla, por otra parte, le permitan disfrutar de esos bienes, es decir, ejercer respecto de éstos su libertad de autodeterminación, su libertad de empresa, su libertad contractual y su libertad de trabajo en un entorno de libre concurrencia y, por otra parte más, su libertad para disponer sobre el destino que decida dar a los bienes de su propiedad.

2. A cualquier sujeto de derecho diverso a los órganos del Estado, que no obstaculice las prerrogativas a incorporar dentro de su esfera jurídica, mediante el válido ejercicio de su voluntad, bienes materiales o inmateriales que produzca directa o indirectamente o que adquiera de un tercero y se ubiquen dentro del comercio, ni el uso, goce o disposición de esos bienes en la medida en que con el ejercicio de estas prerrogativas no se vulneren los derechos de terceros o el orden público.

A partir de lo expuesto, es posible sostener que el derecho humano a la propiedad privada constituye un derecho de configuración normativa en tanto que para el goce y ejercicio de sus principales expresiones es necesario que los órganos del Estado dotados de potestades normativas emitan la regulación que las configure, es decir, que determine en qué términos se garantizará a las personas contar con el mínimo de patrimonio para satisfacer sus necesidades vitales, las vías para incorporar voluntariamente bienes dentro de su esfera jurídica, así como los términos en que podrá disfrutar o disponer de esos bienes.

Importa destacar que la circunstancia de que un derecho humano sea de eminente configuración normativa no implica desconocer que constitucionalmente se integre por un conjunto de facultades de exigencia que

6 Debe reconocerse que esta expresión del derecho humano a la propiedad privada resulta opinable pues, por ejemplo, el artículo 21 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos al reconocer este derecho humano se limita a indicar que: "Artículo 21. Derecho a la propiedad privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley". La simple lectura de esta disposición podría llevar a considerar que esa norma convencional únicamente protege el uso y goce de los bienes de la propiedad de una persona así como la libertad de disponer libremente de éstos salvo en los casos en los que existan razones de utilidad pública o de interés social; sin embargo, debe reconocerse, por una parte, que las prerrogativas tuteladas por este derecho humano son las que se refieren a los bienes necesarios para la dignidad humana y, por otra parte, que la interdependencia de los derechos humanos desde una óptica individual revelan que para satisfacer las necesidades básicas de cualquier persona, tuteladas, por ejemplo, en los derechos a la salud, a la alimentación y al suministro de agua potable, es menester reconocer que para llevar a cabo el consumo mínimo de medicinas, alimentos y agua potable es indispensable que, cuando menos, la propiedad de los bienes respectivos se incorpore en la esfera de todo ser humano. Cabe señalar que garantizar estos mínimos necesarios de consumo es una cuestión diferente a garantizar que toda persona cuente con los medios suficientes para lograr su proyecto de vida, como se indica en: Perrone Nicolas M. Artículo 21 en Alonso Regueira Enrique M. (Director) "La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino", La Ley, Buenos Aires, 2013 p. 357

conforman su núcleo esencial, el cual se conforma por diversas conductas o situaciones jurídicas que necesariamente se deben permitir o tutelar a todo gobernado al tener su origen directamente en la Norma Fundamental.

En ese orden, para la determinación del alcance del derecho a la propiedad privada de especial relevancia resulta distinguir entre las prerrogativas que constitucionalmente reconoce a toda persona y las diversas que son conferidas por la regulación ordinaria, las cuales aun cuando se pueden ver tuteladas por diversos derechos humanos, especialmente el de seguridad jurídica o de juridicidad,[7] en virtud del cual toda persona sólo puede ser afectada en su esfera jurídica con base en lo establecido en el marco jurídico vigente, lo cierto es que no se encuentran tuteladas a nivel constitucional, por lo que siempre y cuando se respeten los diversos derechos humanos de los que goza el propietario e incluso las garantías para su protección, válidamente el legislador podrá en ejercicio de su libertad de configuración, condicionar o suprimir su ejercicio.

Ante ello, resulta relevante sentar algunas bases para determinar cuáles son las prerrogativas que constitucionalmente se encuentran garantizadas para toda persona en virtud del goce del derecho a la propiedad privada y que, por ende, no son disponibles para el legislador, para lo cual es útil atender a las cuatro diferentes expresiones de la delimitación de ese derecho fundamental, a saber: 1. El derecho de toda persona a incorporar en su esfera jurídica el patrimonio mínimo que le permita satisfacer sus necesidades vitales; 2. El derecho al reconocimiento del dominio sobre los bienes derivados de las actividades productivas que realiza una persona o de las relaciones que entabla, dependiendo en este último caso de la situación jurídica del bien sobre el cual se pretende ejercer el dominio; 3. El reconocimiento de diversas prerrogativas para usar y disfrutar los bienes de su propiedad en la medida en que no se afecten los derechos de terceros ni el orden público; y, 4. El derecho a disponer libremente de sus bienes sin causar perjuicio a terceros ni al orden público y, en vía de consecuencia, la existencia de supuestos tasados o requisitos previstos constitucionalmente en virtud de los cuales a una persona se le puede privar, sin su consentimiento, de parte de su patrimonio.

Al tratarse de cuatro diferentes expresiones del derecho a la propiedad privada, lógico resulta que para determinar su alcance sea necesario analizar el preciso marco constitucional que las rige, lo que incluso permitirá advertir que en cada uno de esos cuatro ámbitos normativos el legislador goza de un

7 Conviene tomar en cuenta que este derecho humano que en esencia brinda certeza a los sujetos de derecho sobre las consecuencias de su conducta, da lugar a diversas garantías de amplio espectro para la protección de todo derecho humano, también llamadas subgarantías, entre otras, la irretroactividad de la normativa o de su aplicación, la exigencia de que todo acto que genere dicha afectación provenga de autoridad competente que fundamente y motive la causa de su actuación, así como la de previa audiencia cuando se trate de actos privativos.

diverso grado de libertad de configuración.

A partir de estas bases, en el caso del derecho a la propiedad privada inmobiliaria, como especie del género a la propiedad privada, es posible sostener que constituye un conjunto de prerrogativas que confieren al propietario de un predio facultades de exigencia de conductas positivas (prestación) y negativas (deber de permitir o de no obstaculizar) exigibles a cualquier sujeto de derecho relacionadas, por una parte, con el reconocimiento jurídico de su dominio sobre ese predio y, por otra parte, con el uso y disposición de aquél, cuyo alcance está determinado por el de los derechos de los habitantes de los predios contiguos o cercanos, el de cualquier persona que transite o realice cualquier actividad en el entorno del predio respectivo y por diversos bienes constitucionales involucrados en el goce y ejercicio de las diferentes expresiones de ese derecho humano.

Incluso, es menester tomar en cuenta que de las cuatro diversas expresiones del derecho humano a la propiedad privada, cuando menos en el marco constitucional y convencional aplicables en el orden jurídico del Estado Mexicano, sólo las expresiones 2, 3 y 4 antes precisadas, se encuentran tuteladas por el derecho a la propiedad privada inmobiliaria, ya que ésta no confiere a las personas la prerrogativa a incorporar en su esfera jurídica los derechos de propiedad sobre un inmueble, ni siquiera el necesario para ejercer su derecho a la vivienda, ya que para la satisfacción de este derecho prestacional no es indispensable gozar de esos derechos sobre la respectiva casa habitación.[8]

En efecto, como se ha sostenido,[9] para cumplir con las diversas facetas del derecho a la vivienda, los órganos del Estado Mexicano, en el ámbito de su competencia deben, en primer lugar, establecer y cumplir el marco jurídico que permita a toda persona contar con la posibilidad jurídica de disfrutar de

8 Al respecto debe tomarse en cuenta que la Primera Sala de la SCJN, al resolver el 22/I/2014 el amparo directo en revisión 3516/2013, determinó que ese derecho fundamental persigue que los ciudadanos obtengan una vivienda adecuada, entendida ésta como aquella que cumpla los estándares mínimos para darle efectividad al objetivo del constituyente permanente, a saber y esencialmente, una infraestructura básica adecuada, que proteja de la humedad, la lluvia, el viento, así como contar con instalaciones sanitarias y de aseo, un espacio especial para preparar e ingerir los alimentos, espacio adecuado para el descanso, iluminación y ventilación adecuadas, acceso al agua potable, electricidad y drenaje. Incluso, es relevante lo señalado en los puntos 7 y 8 de la observación general número 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU intitulado "El derecho a una vivienda adecuada" de 1991, en los cuales se define al derecho a la vivienda como: … 7. El derecho a la vivienda debe entenderse como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte, es decir, garantizándoseles a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. Vivienda adecuada significa disponer de un lugar donde poderse aislar el individuo si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable. 8. Aspectos que determinan la adecuación: a) Seguridad jurídica de la tenencia. Sea cual fuere la tenencia, se debe garantizar la protección legal contra el desahucio, el hostigamiento y otras amenazas. Los Estados Partes deberán adoptar medidas destinadas a asegurar legalmente la tenencia de los hogares que actualmente carezcan de esa protección".

9 Vid. Coello Cetina Rafael, "Reflexiones sobre la eficacia del derecho a la vivienda reconocido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", Revista Examen, Núm. 229, año XXIII, abril 2014, pp. 64-73.

un espacio físico en el que pueda llevar a cabo, con la privacidad suficiente, las actividades necesarias para desarrollar su plan de vida, lo que implica un considerable desarrollo normativo que brinde certeza a las personas sobre las relaciones jurídicas que pueden entablar para acceder, disfrutar y mantener una vivienda, así como las atribuciones que pueden ejercer las autoridades para generar algún acto de molestia o privación sobre el disfrute de ésta. En segundo lugar, tomando en cuenta la necesidad constitucional de que materialmente las personas puedan ejercer su derecho a la vivienda, no resulta suficiente para respetar este derecho fundamental prestacional el establecimiento y debido cumplimiento del marco jurídico antes referido sino que, incluso, deben preverse en éste los mecanismos que atendiendo tanto a la situación real del mercado de vivienda como a la situación económica en la que acredite ubicarse cada persona y a las posibilidades reales que tengan de generar los respectivos recursos económicos, permitan a ésta acceder a su propio espacio de desarrollo; en la inteligencia de que ello no se traduce por regla general en una obligación constitucional para que el Estado proporcione vivienda a las personas, sino en generar las condiciones jurídicas y económicas que permitan disfrutar de ésta.

Es decir, el derecho a la vivienda por su interdependencia con diversos derechos y deberes tanto de su titular como de otras personas, únicamente puede dar lugar a exigir al Estado el otorgamiento de una vivienda a quienes se ubiquen en una situación a tal grado desfavorable que les impida por una situación temporal o definitiva, plenamente acreditada, acceder por sus propios medios a dicho espacio de desarrollo, sin menoscabo de que el Estado, como rector de la economía nacional, se encuentre vinculado, incluso, a generar las condiciones que permitan un mercado que dé lugar a un costo razonable tanto de la vivienda como de los servicios que la hagan digna y decorosa, en la inteligencia de que esta precisión no implica que del referido derecho únicamente gocen las personas que se ubican en una situación económicamente desfavorable, sino únicamente a que ésta faceta o facultad de exigencia de ese derecho fundamental sólo corresponderá a esos sujetos, pues quienes no pertenezcan a esa categoría, también gozan del derecho a la vivienda, el cual permite exigir diversas de sus múltiples facultades de exigencia, tal como lo reconoció la Primera Sala en el precedente citado.

En ese contexto, es posible sostener que las expresiones del derecho a la propiedad privada inmobiliaria que asisten a una persona consisten en: 1. El derecho al reconocimiento del dominio sobre uno o más predios con motivo de las relaciones jurídicas que entabla o de la situación jurídica en la que se ubica; 2. El reconocimiento de diversas prerrogativas para usar y disfrutar de los predios cuya titularidad se encuentra incorporada en su esfera jurídica en la

medida en que no se afecten los derechos de terceros ni el orden público; y, 3. El derecho a disponer libremente de los predios sobre los que tenga el dominio, sin causar perjuicio a terceros ni al orden público y, en vía de consecuencia, la facultad de exigencia a que no se le prive de esos derechos si no se actualizan o se cumplen, respectivamente, los supuestos tasados o los requisitos previstos constitucionalmente en virtud de los cuales a una persona se le puede privar, sin su consentimiento, de la propiedad que ostente sobre uno o más predios.

Como se advierte, algunas de las prerrogativas que confiere este derecho humano, específicamente las relacionadas con el uso, goce y disposición voluntaria de los bienes propiedad de un sujeto de derecho, están determinadas por los derechos de terceros y por el orden público, lo que deriva del hecho de que su configuración constitucional a partir de lo establecido en el artículo 27, párrafo tercero, de esa Norma Fundamental, se encuentre sujeta a las modalidades a la propiedad privada que dicte el interés público. En ese tenor, el alcance de las prerrogativas tuteladas por el derecho humano a la propiedad privada inmobiliaria está también determinado por esas modalidades las cuales, como se precisará en apartados posteriores, constituyen un relevante mecanismo de articulación entre este último derecho y el diverso a la ciudad, lo que se advertirá impacta tanto en el procedimiento de emisión de las normas generales en las que se establecen aquéllas como en su contenido, siendo pertinente, por ende, abordar aunque sea superficialmente el alcance del derecho humano a la ciudad y, posteriormente, sentar mientes en las referidas modalidades.

3. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO HUMANO A LA CIUDAD

Al pronunciarse sobre las prerrogativas que tutela este derecho humano conviene referir al alcance que se le confiere en algunos documentos formulados por diversas agrupaciones, a algunas posturas doctrinarias y, especialmente, a los términos en los que se ha regulado tanto en el artículo 12 de la Constitución Política de la Ciudad de México (CPCDMX) como en el diverso 4º, fracción I, de la Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano (LGAHOTDU) lo que brindará mayores elementos para reflexionar sobre su especial articulación con el derecho humano a la propiedad privada inmobiliaria.

En principio, cabe señalar que en el artículo 1 de la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad,[10] se establece que la ciudad es un espacio colectivo que pertenece a todos sus habitantes que tienen derecho a encontrar las condiciones para su realización política, social y

10 Consultable en la página web del Instituto de Derechos Humanos de Cataluña (www.idhc.org) el 30/VIII/2020.

ecológica, asumiendo deberes de solidaridad; a su vez la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad[11] en su artículo 1º, párrafo 2º brinda relevantes elementos al sostener que el derecho a la ciudad "es un derecho colectivo de los habitantes de las ciudades, en especial, de los grupos vulnerables y desfavorecidos, que les confiere legitimidad de acción y de organización, basado en sus usos y costumbres, con el objetivo de alcanzar el pleno ejercicio del derecho a la libre autodeterminación y un nivel de vida adecuado. El Derecho a la Ciudad es interdependiente de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, concebidos integralmente, e incluye, por tanto, todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales que ya están reglamentados en los tratados internacionales de derechos humanos".

Como lo precisa Guillén Lanzarote,[12] el derecho a la ciudad presenta una elevada falta de concreción que, además, se distingue por constituir una suma de numerosos derechos humanos o fundamentales e incluso de otras prerrogativas sustentadas en el interés de cualquier ciudadano por la adecuada construcción del marco jurídico que rige a quienes habitan o transitan por algún centro urbano e incluso a su debida aplicación, siendo de tal magnitud su alcance que para algunos autores como Pisarello[13] "entre los derechos urbanos que configurarían el más amplio derecho a las ciudades y a pueblos sostenibles destacan: el derecho a participar en la elaboración del presupuesto municipal, el derecho a participar en la plusvalía urbana, el derecho al reconocimiento y a la no criminalización del trabajo informal realizado por las personas de bajos ingresos o desocupadas, el derecho a participar en la planificación, regulación y gestión urbano-ambiental y a impedir la segregación y exclusión territorial, el derecho a participar en el control y evaluación de las fuerzas de seguridad, el derecho a que los servicios públicos dependan del nivel administrativo más próximo a la población y a que la ciudadanía pueda participar en su gestión y fiscalización, el derecho a la movilidad y a la circulación en la ciudad", entre otros.

En ese orden de ideas, con independencia de que el origen de la referencia a este derecho, como lo señala Garnier,[14] se sustenta en las posturas asumidas por Henri Lefebvre y, más recientemente por David Harvey, al tenor de una postura ideológica que busca combatir un desarrollo urbano inequitativo sujeto a la voluntad de las minorías, lo cierto es que al configurarse como una

11 Consultable en el vínculo de la Habitat International Coalition (www.hic.gs.org) el 30/VIII/2020.

12 Guillén Lanzarote Aida, **El derecho a la ciudad**, un derecho humano emergente en El derecho a la ciudad, serie derechos humanos emergentes, Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, octubre de 2011, p. 21

13 Pisarello Gerardo, **Del derecho a la vivienda al derecho a la ciudad:** avatares de una historia, ibidem. p. 39

14 Garnier Jean-Pierre, **El derecho a la ciudad desde Henri Lefebvre hasta David Harvey.** Entre teorizaciones y realizaciones, Revista Ciudades, Universidad de Valladolid, Instituto Universitario de Urbanística, Núm. 15, pp. 217 – 225

suma de derechos e intereses relevantes, es indudable que constituye una aportación doctrinaria e incluso legislativa que lleva a la reflexión, cuando menos, sobre cómo encontrar los mejores caminos para el desarrollo integral de los seres humanos a partir de la implementación de mecanismos para la eficacia de sus derechos.

En ese contexto de elevada vaguedad de las propuestas sobre el derecho a la ciudad, de especial relevancia resulta su reconocimiento en la CPCDMX,[15] que lo configura como el derecho al uso y el usufructo pleno y equitativo de la ciudad, fundado en principios de justicia social, democracia, participación, igualdad, sustentabilidad, de respeto a la diversidad cultural, a la naturaleza y al medio ambiente. Incluso, se precisa que constituye un derecho que garantiza el ejercicio pleno de los derechos humanos, la justicia territorial, la inclusión social y la distribución equitativa de los bienes públicos con la participación ciudadana.

Cabe señalar que en el artículo 94 de la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías de la CDMX, se agrega que el derecho a la ciudad garantiza la preservación de los ecosistemas, las áreas de conservación y patrimonio natural, las no urbanizables, el patrimonio cultural construido, la gestión y mitigación de riesgos por causas naturales o antropogénicas y asegura la justicia territorial.

Además, importa destacar que antes de la publicación de la CPCDMX, realizada en la Gaceta Oficial de la CDMX el 5/II/2017, en el artículo 4º, fracción I, de la Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano (LGAHOTDU), publicada el 28/XI/2016 en el Diario Oficial de la Federación (DOF), el derecho a la ciudad se estableció como principio de política pública que rige la planeación, regulación y gestión de los asentamientos humanos, centros de población y la ordenación territorial, entendido como el encaminado a "Garantizar a todos los habitantes de un asentamiento humano o centro de población el acceso a la vivienda, infraestructura, equipamiento y servicios básicos, a partir de los derechos reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano".

Como se advierte en la CPCDMX al regularse el derecho humano a la ciudad se ensanchó considerablemente el principio de política pública previsto en la ley general en materia de asentamientos humanos y desarrollo

15 Al respecto destaca que el artículo 12 de la Constitución Política de la Ciudad de México establece "1. La ciudad de México garantiza el derecho a la ciudad que consiste en el uso y el usufructo pleno y equitativo de la ciudad, fundado en principios de justicia social, democracia, participación, igualdad, sustentabilidad, de respeto a la diversidad cultural, a la naturaleza y al medio ambiente. 2. El derecho a la Ciudad es un derecho colectivo que garantiza el ejercicio pleno de los derechos humanos, la función social de la ciudad, su gestión democrática y asegura la justicia territorial, la inclusión social, la distribución equitativa de bienes públicos con la participación de la ciudadanía";

urbano, que sienta las bases para la distribución de funciones en esa materia entre la Federación, las entidades federativas y los Municipios, dando lugar a que lo previsto en esa legislación de aplicación nacional como principio de política pública se transformara en su contenido para erigirse en un derecho humano que incorpora numerosas prerrogativas tuteladas en diversos derechos de esa naturaleza, siendo conveniente recordar que la validez formal de la regulación emitida por un constituyente local en virtud de la cual se incrementen las prerrogativas conferidas en la normativa que integra la Ley Suprema de la Unión, ya fue reconocida por la SCJN al resolver la acción de inconstitucionalidad 15/2017 y sus acumuladas.[16]

En ese contexto normativo, a partir del marco constitucional local antes referido, es posible sostener que quienes habiten o transiten por el territorio de la CDMX gozan de un derecho colectivo para exigir a las autoridades a las que corresponde desarrollar y aplicar el orden jurídico de esa entidad política, el ejercicio de sus potestades encaminadas a velar por la eficacia de los totalidad de sus derechos humanos en la medida en que se relacionen con el desarrollo urbano, la prestación de servicios públicos que trascienden a cualquier tipo de uso de bienes del dominio público o privado, e incluso el adecuado ejercicio del gasto público en la medida en que no resulte suficiente o de manera injustificada no se utilice para el logro de ese cúmulo de finalidades.

Incluso, en el ámbito del desarrollo urbano, especial relevancia tienen dos aspectos del derecho humano a la ciudad, en primer lugar, el uso pleno y equitativo de la ciudad fundado en el principio de participación y, en segundo lugar, su efecto garante de la justicia territorial, expresiones de ese derecho humano cuyo alcance debe fijarse atendiendo al principio pro persona, como método interpretativo, es decir, atribuyéndoles el sentido normativo que les brinde mayor eficacia a esas expresiones, sin desconocer el alcance de otros derechos y bienes constitucionales con los que se pueden interrelacionar.

En cuanto al principio de participación, debe reconocerse que el derecho a la ciudad exige que en toda determinación con efectos generales que resulte relevante sobre el uso de los diversos espacios de una ciudad, con independencia de que se trate de predios de propiedad privada, pública o social, debe estar precedida de las medidas que permitan una adecuada participación de sus pobladores y de quienes por algún motivo transitan por la urbe respectiva, es decir, una participación vinculante, aspecto que deberá tomarse en cuenta en los procedimientos encaminados a la generación del marco jurídico que rige el

16 Al respecto destaca lo indicado en el párrafo 146 de la referida sentencia en el sentido de que: "un análisis detallado del estatus constitucional de la Capital de la República lleva a concluir que esta entidad federativa puede al igual que el resto de los estados de la República, reconocer, conceptualizar, matizar, ampliar, desarrollar o incluso crear derechos humanos, así como establecer principios relacionados con ellos, siempre y cuando esto no contradiga el parámetro de regularidad constitucional"

uso que se da a la propiedad inmobiliaria.

Por otra parte, en cuanto a la llamada justicia territorial, como se señala en relevante estudio[17] realizado por el Instituto de Investigaciones Parlamentarias de la entonces Asamblea Legislativa del Distrito Federal, aquélla tiene como finalidad evitar la "exclusión social de los que menos tienen" y, por ende, debe dar lugar a concebir a la ciudad "como un modelo centrado en el bien común de las personas y no en los intereses particulares de unos pocos". Ante ello, puede sostenerse que la justicia territorial constituye un principio que debe guiar la actuación de los órganos del Estado y de toda persona, en virtud del cual la distribución y desarrollo de los espacios públicos así como la regulación de la adquisición, goce y disposición de la propiedad privada inmobiliaria debe permitir que todas las personas que habiten en el territorio de la CDMX o transiten por éste, tengan la facultad de exigir, por una parte, el ejercicio de su derecho a la vivienda[18] accediendo a espacios dignos en los que puedan satisfacer la totalidad de sus necesidades esenciales y, por otra parte, de trasladarse dentro de ese territorio con la garantía de que su integridad personal en sus diversos ámbitos será respetada por todo sujeto de derecho.

Como se advierte, esta expresión del derecho humano a la ciudad también trasciende de manera considerable a la regulación del derecho humano a la propiedad privada inmobiliaria, siendo conveniente reflexionar sobre cuáles son los mecanismos idóneos para lograr su adecuada articulación.

En esa virtud, más allá de las interrogantes que provoca la articulación del derecho humano a la ciudad, de indiscutible naturaleza colectiva, con otros derechos de corte eminentemente individual, resulta indudable que una premisa indispensable para su eficacia es el desarrollo de un entramado normativo que, por una parte, genere certeza sobre los derechos y obligaciones de quienes bajo cualquier título habitan o, incluso, transitan en el territorio de la CDMX y, por otra parte, se constituya en un parámetro que siente las bases al tenor de las cuales cualquier integrante de la colectividad pueda exigir tanto la adecuada prestación de los diversos servicios públicos que son indispensables para desarrollar una vida digna como una permanente fiscalización gubernamental y ciudadana del cumplimiento del marco jurídico respectivo, lo que también se traduce en la necesidad de establecer y articular los mecanismos administrativos y jurisdiccionales[19] que permitan restablecer

17 Vid. Anduaga Emanuel, **El derecho a la ciudad en la Constitución de la Ciudad de México.** Una propuesta de interpretación, Instituto de Investigaciones Parlamentarias de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 2017, p. 48

18 Infra. Nota 8.

19 Un aspecto relevante sobre la justiciabilidad del derecho humano a la ciudad se presenta ante las opciones que tienen quienes habitan o transitan en la CDMX, pues además de contar con el juicio de amparo que actualmente tutela intereses legítimos colectivos y permite impugnar omisiones legislativas, tendrán la disyuntiva de acudir ante los juzgados de tutela de derechos humanos mediante la acción de protección efectiva de derechos humanos regulada en los artículos 36, apartado B, numeral

oportunamente la eficacia del marco constitucional y legal que se vulnere por la conducta tanto de las autoridades como de cualquier otro sujeto de derecho.

En ese tenor, la eficacia del derecho a la ciudad requiere desde una óptica formal de un marco jurídico que, por una parte, ordene los diferentes usos y destinos del territorio en el que se asiente cualquier centro urbano, considerando los diversos servicios públicos cuya prestación resulta indispensable para el goce de los derechos humanos de sus habitantes y de quienes acudan a éste por diversos motivos y, por otra parte, prevea diferentes instrumentos jurídicos que den lugar al cumplimiento de esa regulación.

En abono a esta premisa formal, el derecho a la ciudad exige como premisa material que el contenido de ese marco jurídico permita que los usos y destinos del territorio correspondiente se lleve a cabo al tenor de una equitativa prestación de los servicios respectivos entre todos sus habitantes, de tal suerte que no se generen incentivos para profundizar la desigualdad basada en factores económicos o de diversa índole.

Como lógico resulta el derecho a la ciudad requiere para su eficacia el cumplimiento de ambas premisas; sin embargo, debe reconocerse que de no lograrse la de carácter formal, difícilmente podrá alcanzarse la material, pues cualquier desarrollo urbano desordenado únicamente provocará la profundización en la ineficiencia de la prestación de los servicios públicos, en la falta de participación ciudadana, en la concentración de la riqueza y, por ende, en la desigualdad. Incluso, el desarrollo de la premisa formal del derecho a la ciudad exige una especial atención a la configuración normativa del derecho a la propiedad privada inmobiliaria, especialmente mediante el establecimiento de las modalidades que delimiten esta prerrogativa fundamental.

4. LAS MODALIDADES A LA PROPIEDAD PRIVADA COMO NORMATIVA ARTICULADORA DE LOS DERECHOS A LA PROPIEDAD PRIVADA INMOBILIARIA Y A LA CIUDAD

Como se precisó en el capítulo incial, en el artículo 27, párrafo tercero, de la CPEUM se establece que la Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación,

3, de la CPCDMX; 66 al 77 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la CDMX así como 21 y 22 de la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías de la CDMX o bien ante el Tribunal de Justicia Administrativa de la CDMX mediante la acción pública prevista en el artículo 154 de la Ley de Justicia Administrativa de la CDMX, la cual tutela intereses legítimos individuales y colectivos derivados de la violación de lo establecido en la regulación aplicable en esa Ciudad en materia de desarrollo urbano.

lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. Como se precisará en este apartado, dicha potestad que trasciende al alcance de diversos derechos humanos no constituye un fin en si mismo, sino un medio para la articulación de las diversas prerrogativas fundamentales que se involucran con el ejercicio de las diversas expresiones del derecho a la propiedad privada. Dicho en otras palabras, no son las modalidades que se impongan por el Estado en apego al marco constitucional aplicable, las que fijan las fronteras del derecho a la propiedad privada, sino los bienes jurídicos que se buscan proteger al emitir las normas generales que prevén esas modalidades.

Tomando en cuenta esta atribución conferida a los órganos del Estado Mexicano es posible sostener que el alcance del derecho a la propiedad privada inmobiliaria está acotado por el interés público dentro del cual, a pesar de la complejidad que implica su indeterminación, necesariamente se encuentra el respeto a los derechos de terceros, incluyendo al derecho humano a la ciudad, por lo que atendiendo al principio de seguridad jurídica que incluso garantiza el respeto de todos los derechos humanos, las facultades de uso goce y disposición que el derecho a la propiedad privada inmobiliaria confiere a su titular respecto de un bien, válidamente estarán delimitadas por una norma general que establezca una modalidad a ese derecho cuando se cumplan los diversos requisitos de validez que condicionen el ejercicio de esas potestades.

En ese tenor es necesario reflexionar sobre cuál es el alcance que, conforme a lo establecido en la CPEUM, se debe atribuir a esos actos de autoridad, precisando sus rasgos distintivos, lo que permitirá incluso excluir de esa categoría constitucional otras figuras jurídicas que implican una afectación de mayor trascendencia y, por ende, de diferente naturaleza sobre el derecho a la propiedad privada inmobiliaria.

IV.1 La delimitación del concepto de modalidades a la propiedad privada

A partir de lo establecido en el artículo 27, párrafo tercero, de la CPEUM, el Pleno de la SCJN emitió jurisprudencia conforme a la cual una modalidad a la propiedad privada constituye el establecimiento de una norma jurídica de carácter general y permanente que modifique sustancialmente el derecho de propiedad, es decir, que lo transforme o limite, por lo que consiste en una extinción parcial de los atributos del propietario, lo que da lugar a que no siga gozando de todas las facultades inherentes a la extensión de ese derecho.[20] Posteriormente, la Primera Sala de la SCJN precisó que la imposición de las referidas modalidades se traduce necesariamente en la supresión o en

20 Vid. tesis jurisprudencial que lleva por rubro y datos de identificación: "PROPIEDAD PRIVADA, MODALIDAD A LA. ELEMENTOS NECESARIOS PARA QUE SE CONFIGURE" (Séptima Época, Volumen 157-162, Primera Parte, p. 315).

la limitación de alguno de los derechos reales inherentes a la propiedad, como son a usar la cosa, disfrutar o disponer de ésta, por lo que una simple afectación de la cosa o bien no equivale una modalidad a los derechos de los que goza el propietario.[21]

Como se advierte de estos criterios, implícitamente se ha realizado una distinción entre los acotamientos normativos que trascienden sobre las facultades del propietario y las diversas que recaen sobre el bien respectivo. En ese tenor destacan las precisiones que realiza Baca Olamendi[22] quien considera que las modalidades regulan directamente a la cosa objeto de la conducta autorizada y su finalidad no es restringir directamente el ejercicio de las facultades dominiales, aunque tengan indirectamente ese efecto, a diferencia de lo que sucede con los que denomina límites y limitaciones, los que señala recaen directamente sobre las facultades del propietario. Ambas especies las considera restricciones del derecho de propiedad.

En relación con este criterio distintivo, se estima que si bien la clasificación que genera puede resultar útil para distinguir entre los acotamientos que por las palabras utilizadas por el emisor de la norma correspondiente recaen directamente sobre el bien respecto del cual se ejerce el derecho de propiedad en relación con aquéllos que impactan inmediatamente sobre las facultades de las que goza su propietario, lo cierto es que en ambos supuestos se está en presencia de actos de autoridad que trascienden a las prerrogativas que conforman el derecho humano a la propiedad privada, aunado a que, aun cuando se establezcan en directa referencia al bien sobre el que se ejerce el dominio, necesariamente determinan el alcance de las facultades de su propietario o, indirectamente, de quien por cualquier otro título utilice o disfrute el bien.

Cabe señalar que esta distinción, además de ser correcta para sistematizar las normas generales que trascienden al ejercicio del derecho a la propiedad inmobiliaria, es acorde a la sostenida en antiguos criterios de la SCJN conforme a los cuales no constituyen modalidades a la propiedad privada las normas generales en virtud de las cuales se obliga al propietario de un inmueble a realizar alguna mejora a éste,[23] a destinar una determinada

21 Vid. tesis que lleva por rubro y datos de identificación: "PROPIEDAD PRIVADA, MODALIDADES A LA. SU IMPOSICIÓN, CONFORME AL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ESTÁ REFERIDA A LOS DERECHOS REALES QUE SE TENGAN SOBRE LA COSA O EL BIEN" (Novena Época, Tesis: 1a. XLI/2000, Tomo XII, Diciembre de 2000, p. 257).

22 Baca Olamendi Jaime Gerardo, Las modalidades a la propiedad como fundamento del derecho urbanístico mexicano, **Revista de Derecho Notarial Mexicano**, Núm. 25, México, 2012 pp. 15-38

23 Así se sostuvo en el caso de la obligación legal consistente en cercar predios baldíos en la tesis que lleva por rubro y datos de identificación: "BARDADO DE PREDIOS DEL DISTRITO FEDERAL. MODALIDADES A LA PROPIEDAD PRIVADA" (Sexta Época, Segunda Sala, Volumen XXXVII, Tercera Parte, p. 12).

superficie a estacionamiento de vehículos[24] o, incluso las que supuestamente "únicamente" limitan la libertad contractual de los propietarios en cuanto a los términos en los que se rige su relación con la persona a la que confieren el uso o goce temporal de un bien.

A pesar de lo anterior, para efectos de analizar cuáles son las prerrogativas que tutela el derecho humano a la propiedad privada inmobiliaria y en qué medida pueden ser válidamente delimitadas mediante las constitucionalmente denominadas "modalidades a la propiedad privada", se estima que esa clasificación es innecesaria pues puede llevar a conclusiones equivocadas, ya que en ambos supuestos, por mandato normativo, mediante actos dirigidos a un número indeterminado de propietarios, se les impide ejercer a plenitud el derecho a utilizar y disfrutar el bien de su propiedad en los términos en que lo determinen; además, debe señalarse que el concepto jurisprudencial que hace décadas se atribuyó a las modalidades a la propiedad se explica en la existencia de criterios iniciales en los que a partir de una discutible interpretación del artículo 27, párrafo tercero, de la CPEUM, donde se equiparó a la Nación con la Federación, se sostuvo que sólo ésta podía establecer dichas modalidades[25] y, por ende, si la normativa estatal o municipal imponía determinadas obligaciones a los propietarios de un inmueble sobre los términos en los que deberían utilizarlo, para salvar su validez se sostenía que no se trataba propiamente de una modalidad sino de un límite o de una limitación.

Ante ello, se estima que a partir de la interpretación del artículo 27, párrafo tercero, de la CPEUM, se puede sostener que al referirse a las modalidades a la propiedad privada se comprenden tanto la regulación que rige los usos y destinos que deben darse a los bienes inmuebles como la diversa en la que se vincula a los propietarios a realizar determinadas conductas o a abstenerse de otras; además, por su naturaleza configuradora, con independencia de que se dirijan directa o indirectamente hacia el propietario, las normas generales respectivas tienen una finalidad delimitadora del derecho a la propiedad

24 Vid. "PROPIEDAD PRIVADA, MODALIDADES A LA" (Quinta Época, Segunda Sala, Tomo CXIX, p. 3610 del SJF).

25 Vid. tesis que lleva por rubro, texto en lo conducente y datos de identificación: "ARRENDAMIENTO, FACULTADES DE LOS CONGRESOS DE LOS ESTADOS PARA IMPONER LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE CONTRATAR EN MATERIA DE"…. Es verdad que existe jurisprudencia de esta Suprema Corte (tesis 853 y 854 del Apéndice al Tomo 97 del Semanario Judicial de la Federación), en el sentido de que la facultad de imponer modalidades a la propiedad privada por razones de interés público concierne exclusivamente al Congreso de la Unión …… Si sólo el Congreso de la Unión es competente para imponer modalidades a la propiedad privada en el sentido especial que atribuye a esta expresión el tercer párrafo del artículo 27 de la Ley Suprema, los decretos 265 y 60 de la Legislatura del Estado de Durango no son inconstitucionales, pues no entrañan modalidades a la propiedad, en la acepción que a esos términos da el aludido párrafo de la Carta Magna, ya que esta Sala decidió que la prórroga de los contratos de arrendamiento que, como a favor de los inquilinos, establece la Ley, no constituye una modalidad a la propiedad, sino una limitación a la libertad de contratar" (Quinta Época, Segunda Sala, Tomo CXXXI, p. 146 del SJF).

privada inmobiliaria, por lo que constitucionalmente no se advierte la razón para excluir a las que se refieren expresamente a las facultades del propietario, pues finalmente ambas impactan en las prerrogativas que puede ejercer una persona respecto de un bien inmueble del cual es titular.

En ese contexto, a una modalidad a la propiedad privada se le puede definir como al acto de autoridad en virtud del cual se pretende delimitar con el objeto de tutelar el interés público las prerrogativas que asisten a una persona en relación con la adquisición de un bien o con el uso, goce o disposición del que se encuentra dentro de su patrimonio y que, por lo regular, son establecidas en una norma general.

Para arribar a esta conclusión debe tomarse en cuenta, en primer lugar, que la parte inicial del párrafo tercero del artículo 27 constitucional confiere una relevante atribución a los órganos del Estado Mexicano para imponer las modalidades a la propiedad privada que dicte el interés público, sin distinguir si dichos actos sólo impactan en las condiciones de los bienes sobre los que recae el derecho de propiedad o si incluso se refieren a la normativa que directamente regula las conductas que pueden o no realizar los propietarios de inmuebles, distinción que aun cuando puede ser útil para diversos aspectos jurídicos, no es determinante para definir el concepto constitucional de modalidad a la propiedad privada.

Incluso, del análisis detenido de la parte inicial de ese párrafo tercero es posible advertir que la amplia potestad para establecer modalidades a la propiedad privada, es la única previsión expresa de la facultad de los órganos competentes del Estado Mexicano para regular en cualquiera de sus expresiones el derecho a la propiedad privada y, por ende, para configurarlo tomando en cuenta todo el cúmulo de derechos y obligaciones constitucionales que pueden englobarse en el interés público que justifica su imposición.

Por otra parte, en relación con esta definición de modalidad a la propiedad privada se estima conveniente precisar que dentro de ésta no deben incluirse las medidas que facultan a una autoridad para desincorporar unilateralmente de la esfera jurídica de un propietario los derechos de titularidad y, en vía de consecuencia, los de uso y disposición sobre el bien respectivo, pues en ese supuesto se estará en presencia de una prestación patrimonial pública impuesta que podría, materialmente, constituir una expropiación o una contribución en especie.

Al respecto conviene precisar que así como en el referido artículo 27, párrafo tercero, de la CPEUM se establece la atribución del Estado Mexicano para imponer modalidades a la propiedad privada, en el párrafo segundo de ese mismo precepto constitucional se prevé que las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. Aún

más, en los diversos 31, fracción IV, y 115, fracción IV, inciso a), de esa Norma Fundamental, se establece que es obligación de los mexicanos contribuir al gasto público[26] del Municipio en el que residan y que los Municipios percibirán las contribuciones que las legislaturas establezcan en su favor, entre otras, las que se prevean sobre el fraccionamiento de la propiedad inmobiliaria.

En ese tenor, al definir a las modalidades a la propiedad privada excluyendo de éstas a los actos privativos de su titularidad, bien sea en su totalidad o en una porción del predio respectivo, tampoco se desconoce que al resolver la acción de inconstitucionalidad 35/2006, el Pleno de la SCJN confirió tal carácter a las "donaciones" previstas en los artículos 292, 293, 294 y 311 del Código Urbano del Estado de Aguascalientes, las cuales constituyen auténticas prestaciones públicas impuestas a los fraccionadores quienes por mandato legal deben transmitir la propiedad de manera gratuita al Municipio en diversos porcentajes de la superficie neta de los fraccionamientos, sean habitacionales urbanos residenciales o de tipo medio. Al respecto, conviene recordar que en dicha sentencia se sostuvo que esas prestaciones no tienen el carácter de una expropiación en virtud de que surgen como consecuencia de la voluntad del particular de construir un fraccionamiento y no son una imposición del Estado, pues si aquél no tuviera la intención de constituir un fraccionamiento, no surgiría la obligación de entregar una superficie en favor de los municipios respectivos. Además, se sostuvo que se trata de modalidades a la propiedad privada.[27] Respetuosamente, no se comparten estas conclusiones, pues si las referidas "donaciones" implican la pérdida de la propiedad, ello revela que escapan al concepto de modalidad,[28] con

26 De especial relevancia resulta el alcance que se brinde al término utilizado en el artículo 31, fracción IV, de la CPEUM consistente en la obligación de "Contribuir para los gastos públicos" pues si bien una interpretación aislada pudiera limitar ese deber constitucional al pago de recursos monetarios destinados a financiar el presupuesto de alguna de las diversas especies de entidades políticas que integran el Estado Mexicano, a saber, Federación, entidades federativas o municipios, lo cierto es que la interpretación integral de esa porción normativa permite concluir que se refiere a cualquier forma de aportación patrimonial en numerario o en especie, temporal o definitiva, que un sujeto de derecho realice por mandato normativo con el objeto de sustentar las aportaciones también patrimoniales directas o indirectas, que los poderes u órganos de esas entidades lleven acabo respecto de otros sujetos de derecho, las que tradicionalmente se concretan mediante la erogación de recursos por vía presupuestal o, excepcionalmente, por otras vías, como puede ser la disminución de sus créditos fiscales, al permitir el acreditamiento respecto de éstos, de erogaciones que se imponga realizar a los contribuyentes en beneficio de sujetos que se encuentran en una situación menos favorecida o bien destinados a la prestación de un servicio de trascendencia pública o a la conservación o mejora de un bien público, distinción de gran trascendencia para fijar el ámbito de tutela de los principios de justicia tributaria, como garantías para la protección del derecho a la propiedad privada.

27 En el mismo sentido y sosteniendo que dichas donaciones son una modalidad a la propiedad privada pues limitan "parcialmente los atributos del derecho real a la propiedad privada, únicamente respecto del porcentaje referido de la superficie sujeta a donación", destaca la tesis jurisprudencial derivada de la contradicción de tesis resuelta por mayoría de diez votos contra ocho de los integrantes del Pleno en Materia Administrativa del Primer Circuito, que lleva por rubro y datos de identificación: "DESARROLLO URBANO DEL DISTRITO FEDERAL. LOS ARTÍCULOS 49, FRACCIÓN II, DE LA LEY RELATIVA ABROGADA, 64, FRACCIÓN III, DE LA VIGENTE, ASÍ COMO 74 Y 75 DE SU REGLAMENTO, NO VIOLAN EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA" (Décima Época, Tesis: PC.I.A. J/32 A (10a.), Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I, p. 529 del SJF).

28 En sentido contrario destaca el voto particular emitido en ese asunto por el señor Ministro Valls Her-

independencia de que la privación del dominio respectivo sea por la totalidad del predio o de una porción de éste, pues la modalidad implica acotamiento de las posibilidades de adquisición de un bien o de uso, goce o disposición del bien propio, no pérdida de la titularidad.

Por otra parte, es discutible sostener que la voluntad de constituir un fraccionamiento conlleva la de transmitir la propiedad de una parte de la superficie respectiva, pues aun cuando por mandato normativo el permiso para desarrollar aquél esté condicionado a la referida donación, lo cierto es que, por una parte, el fraccionador no acude voluntariamente ante la autoridad municipal a solicitar la autorización para desarrollar el fraccionamiento respectivo y, por otra parte, dicha transmisión nace de la voluntad de la ley y de ninguna manera es un acto unilateral del fraccionador, en la inteligencia de que bajo esta lógica los tributos que se pagan por recibir un servicio público individualizado, es decir los derechos por servicios, no serían una contribución sino una sesión del patrimonio del gobernado que surgen como consecuencia de su voluntad de recibir dicho servicio, lo que implica desconocer el elemento coactivo que existe en cuanto a su pago, como lo ha definido el Tribunal Constitucional Español.[29]

Finalmente, en cuanto al concepto de "modalidad a la propiedad privada", tema de especial relevancia es la valoración de los supuestos en los que aun cuando efectivamente se trate de una medida que, con el objeto de tutelar el interés público delimite las prerrogativas que asisten a una persona en relación con el uso o disposición de un bien inmueble que se encuentra dentro de su patrimonio, lo cierto es que no puede desconocerse que la magnitud de la afectación que provoque a dichas prerrogativas puede ser de tal que materialmente se considere una expropiación, por ejemplo, cuando se modifique radicalmente el uso que puede darse al predio respectivo, lo que ha llevado a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América a desarrollar una extensa jurisprudencia sobre los llamados

nández (QEPD), quien desarrolló un análisis detenido para demostrar por qué las referidas donaciones no pueden catalogarse como modalidades a la propiedad privada sino como una especie de expropiación, en la medida en que implican "la supresión y no la delimitación del ejercicio de los derechos de uso, goce y disposición que derivan de la propiedad"

29 Vid. sentencia 185/1995 dictada el 14/XII/1995 por el Tribunal Constitucional Español, en la cual se sostiene que "la coactividad es la nota distintiva fundamental del concepto de prestación patrimonial de carácter público" por lo que "Lo decisivo a la hora de dilucidar si una prestación patrimonial es coactivamente impuesta radica en averiguar si el supuesto de hecho que da lugar a la obligación ha sido o no realizado de forma libre y espontánea por el sujeto obligado y si en el origen de la constitución de la obligación ha concurrido también su libre voluntad al solicitar el bien del dominio público, el servicio o la actuación administrativa de cuya realización surge dicha obligación", siendo que en el caso de las llamadas donaciones, la autorización que solicita el propietario de los terrenos respectivos para desarrollar un fraccionamiento, no constituye una actividad voluntaria sino una condición indispensable para que pueda desarrollar sus libertades de empresa y de contratación basadas en su derecho de propiedad privada, lo que no afecta la validez de las referidas donaciones sino la necesidad de ubicarlas en el ámbito de una contribución en especie y simplemente sujetarlas a los principios de justicia tributaria previstos en el artículo 31, fracción IV, constitucional, auténticas garantías para la protección del derecho humano a la propiedad privada.

"regulatory takings" también conocidos como expropiación patrimonial de facto, impropia o virtual, que da lugar al derecho del propietario que las padece a recibir una indemnización,[30] atendiendo al alcance conferido a la Quinta Enmienda de la Constitución de esa Nación, en la porción que indica: "nor shall private property be taken for a public use, without just compensation", de donde puede advertirse un marco constitucional que con independencia de la denominación del acto de autoridad privativo de la propiedad, incluso de cualquiera de sus expresiones, protege al propietario al conferirle el derecho a una justa compensación.[31]

Al respecto, en principio debe considerarse que si la medida adoptada por el Estado no implica la privación de la titularidad del derecho de propiedad, materialmente no se estará en presencia de una expropiación para efectos del párrafo segundo del artículo 27 de la CPEUM y, en todo caso, la validez material de la delimitación del derecho a la propiedad privada inmobiliaria estará determinada por la justificación expresa o implícita de la medida adoptada, lo que debe implicar un juicio mediante la valoración jurídica y fáctica de los elementos aportados por las partes y, en su caso, recabados por el juzgador para determinar si, efectivamente, la modalidad impuesta se sustenta en la tutela de otros derechos o bienes constitucionales que la requieren para su eficacia, pues de lo contrario se tratará de un acto de autoridad arbitrario y, por ende, violatorio del principio de seguridad jurídica.[32]

IV.2 Las modalidades a la propiedad privada en el ámbito del desarrollo urbano

Con el objeto de concluir estas bases sobre la articulación de los derechos humanos a la propiedad privada inmobiliaria y a la ciudad, es conveniente sentar un panorama general sobre cuáles son los principales instrumentos normativos en el orden jurídico del Estado Mexicano en los que aquéllas se establecen. Cabe señalar que aun cuando el legislador ordinario ha concebido al desarrollo urbano como "el proceso de planeación y regulación de la Fundación, Conservación, Mejoramiento y Crecimiento de los Centros de Población (artículo 2º, fracción XIII, de la LGAHOTDU), lo que limitaría la definición de las modalidades a la propiedad privada inmobiliaria a las normas generales que regulan esos actos de fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento, lo cierto es que en sentido amplio, para efectos de la articulación de los referidos derechos humanos, se incluyen en ese

30 Vid. Echeverría John, **The Death of Regulatory Takings, en Ecology Law Quartely,** vol. 34, 2007, pp. 291-297 (consulta el 3/IX/20 en jstor.org)

31 Para un análisis preciso sobre los efectos de la Quinta Enmienda en el ámbito urbanístico consultar: Lora-Tamayo Vallvé Marta, **Urbanismo y Derecho de Propiedad en Estados Unidos**, Iustel, Madrid, 2013, pp. 199-246.

32 La arbitrariedad de la modalidad a la propiedad privada también podría calificarse como un vicio por exceso en el ejercicio de la respectiva potestad normativa vinculado con el principio de coherencia. Vid. Ruggeri Antonio y Spadaro Antonino, **Lineamienti di Giustizia Costituzionale**, Giappichelli Editore, 1998, p. 158-179

ámbito normativo a todas las modalidades que rigen la adquisición, el uso y la disposición de la propiedad inmobiliaria, es decir, de las que sirve de sustento a un asentamiento humano, que tal como lo define la fracción IV del artículo 3º del citado ordenamiento se traduce en "el establecimiento de un conglomerado demográfico, con el conjunto de sus sistemas de convivencia, en un área físicamente localizada, considerando dentro de la misma los elementos naturales y las obras materiales que lo integran".

Por ello, atendiendo a la distinción antes referida, entre las normas generales que establecen las características de los bienes inmuebles respectivos y las diversas que regulan la conducta de sus propietarios, es posible distinguir entre modalidades objetivas y las subjetivas, sin menoscabo de precisar que para efectos de la articulación constitucional de los referidos derechos humanos, ambas trascienden al ejercicio del derecho de propiedad privada inmobiliaria en sus diversas expresiones.

IV.2.1 Modalidades subjetivas

En los diversos Códigos Civiles, Federal y locales, se encuentran diversas disposiciones que delimitan el ejercicio del derecho a la propiedad privada. Así, en el caso del Código Civil para la Ciudad de México en relación con los derechos de uso se establecen modalidades subjetivas como son, entre otras, la prohibición de realizar excavaciones o construcciones que hagan perder el sostén necesario al suelo de la propiedad vecina (artículo 839), de construir cerca de una pared ajena fosos, cloacas, hornos, chimeneas, máquinas de vapor o fábricas destinadas a usos que puedan ser peligrosos o nocivos, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos (artículo 845), de plantar árboles cerca de una heredad ajena, sino a la distancia de dos o un metro de la línea divisoria dependiendo de la altura del árbol (artículo 846) y la obligación del propietario de un edificio de construir sus tejados y azoteas de tal manera que las aguas pluviales no caigan sobre el suelo o edificio vecino (artículo 853). También en otras leyes como la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicos, Artísticos e Históricos se establecen modalidades al uso de la propiedad privada, como sucede en su artículo 6º al establecerse que, por una parte, los propietarios de bienes inmuebles declarados monumentos históricos o artísticos deben conservarlos y, en su caso, restaurarlos, previa autorización del Instituto Nacional de Antropología e Historia y que, por otra parte, los propietarios de bienes inmuebles colindantes a esos monumentos que pretendan realizar obras de excavación, cimentación, demolición o construcción que puedan afectar las características de aquéllos, deberán obtener el permiso correspondiente.

Como se puede advertir, en esta regulación también se delimita el derecho humano a la propiedad privada inmobiliaria en cuanto al uso y goce que puede realizar su titular y la validez de la normativa respectiva también requiere de

encontrar su justificación en el interés público, en la inteligencia de que algunas de las reglas que contienen válidamente pueden preverse en los instrumentos normativos que regulan las modalidades objetivas, sin menoscabo de que ante una antinomia entre lo previsto en ambas resulte necesario acudir a los criterios de jerarquía y competencia normativas.

IV.2.2 Modalidades objetivas

La delimitación del derecho a la propiedad privada que atiende, esencialmente, a las características del objeto sobre el cual se ejercen las prerrogativas que tutela ese derecho humano se contemplan en un complejo contexto normativo que tiene sus bases en la fracción XXIX-C del artículo 73 constitucional, el cual faculta al Congreso de la Unión para expedir la ley general en materia de asentamientos humanos, en la inteligencia de que en esta última (LGAHOTDU) se establecen en su artículo 23, como instrumentos normativos aplicables la estrategia nacional de ordenamiento territorial, los programas estatales de ordenamiento territorial y Desarrollo Urbano, los programas de zonas metropolitanas, los planes o programas municipales de Desarrollo Urbano así como los planes o programas de Desarrollo Urbano derivados de los antes señalados y los diversos determinados en esa Ley General y en la legislación estatal de Desarrollo Urbano, tales como los de Centros de Población, parciales y sectoriales.

Incluso, importa destacar que tal como se indica en el párrafo antepenúltimo del referido artículo 23, el contenido de dichos planes o programas se regirá por lo dispuesto en esa Ley General, por las legislación estatal de Desarrollo Urbano y por los reglamentos y normas administrativas federales, estatales y municipales aplicables, de donde se sigue que el contenido de esos instrumentos se encuentra condicionado por numerosa normativa, a la que deben agregarse los diversos tratados o convenciones internacionales celebrados por el Estado Mexicano. Cabe señalar que en esta legislación, integrante de la Ley Suprema de la Unión, se establecen las siguientes bases:

1. El ejercicio del derecho de propiedad o cualquier otro derivado de la tenencia de bienes inmuebles ubicados en los centros de población se sujetará a las provisiones, reservas, usos y destinos que determinen las autoridades competentes en los planes o programas de desarrollo urbano aplicables.[33]

33 Un primer aspecto que debe tomarse en cuenta es la diversa tipología de planes y programas de desarrollo urbano que existe en la legislación local aplicable. Para un ejemplo destaca en la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal (LDUDF), ahora CDMX, los programas delegacionales y los programas parciales (artículo 33); en el Código Urbano para el Estado de Jalisco (CUJ), los programas de desarrollo urbano estatal, municipales y de desarrollo metropolitano; los instrumentos de referencia, planes regionales de integración urbana, de ordenamiento territorial metropolitano, los programas de ordenamiento ecológico regional del Estado y de ordenamiento ecológico local; así como los planes de desarrollo urbano derivados, de centro de población y parciales de desarrollo urbano (artículo 78); y en la Ley de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano para el Estado de Nuevo León (LAHOTDUNL), el programa estatal de ordenamiento territorial y desarrollo urbano,

2. Para la fundación de un centro de población se requiere de una declaración expresa mediante decreto expedido por la legislatura de la entidad federativa respectiva, en la inteligencia de que en el decreto correspondiente se ordenará la formulación de un plan o programa de desarrollo urbano y se asignará la categoría político administrativa a dicho centro de población.

3. Los planes o programas municipales de desarrollo urbano señalarán las acciones específicas para la conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población y establecerán la zonificación correspondiente.

4. En las leyes estatales de desarrollo urbano, para la ejecución de acciones de mejoramiento y conservación, se establecerán, entre otros aspectos, la protección ecológica de los centros de población; la formulación, aprobación y ejecución de programas parciales de desarrollo urbano; la previsión de que deben existir áreas verdes, espacios públicos seguros y de calidad así como espacio edificable; la prevención, control y atención de riesgos y contingencias ambientales y urbanos; así como la construcción y adecuación de la infraestructura, el equipamiento y los servicios urbanos para garantizar la seguridad, libre tránsito y accesibilidad universal requeridas para las personas con discapacidad, incluyendo los procedimientos de consulta a éstas.

5. En las leyes estatales de desarrollo urbano, en relación con las acciones de crecimiento de los centros de población, se deberán prever las áreas de reservas para la expansión de éstos, que se contemplarán en los planes y programas de desarrollo urbano así como las especificaciones a fin de garantizar que se efectúen las donaciones y cesiones correspondientes a vías públicas locales, equipamientos y espacios públicos que se requieran para el desarrollo y buen funcionamiento de los centros de población en favor de la entidad política respectiva. Además, si la acción o aprovechamiento urbano se pretende llevar a cabo fuera de los límites de un centro de población que no cuente con un plan o programa de desarrollo urbano, se requerirá la aprobación de la creación de un nuevo centro de población o la modificación previa del plan o programa municipal en la inteligencia de que las redes de infraestructura estarán a cargo del propietario;

6. A los municipios les corresponde en los respectivos programas municipales formular, aprobar y administrar la zonificación de los centros de población ubicados en su territorio. En cuanto a la zonificación primaria se indica que en dichos instrumentos se determinarán las áreas que integran y delimitan los centros de población, las áreas de valoración ambiental y de alto riesgo, la red de vialidades primarias, las zonas de conservación, mejoramiento

los programas regionales de desarrollo urbano, los programas metropolitanos o de zonas conurbadas, los programas sectoriales, los planes o programas municipales de desarrollo urbano, los programas de desarrollo urbano de centros de población y los programas parciales (artículo 50).

y crecimiento de los centros de población, las reservas territoriales, así como la identificación y medidas para la protección de los polígonos de amortiguamiento industrial, entre otras;

7. A los municipios les corresponde en los respectivos programas municipales formular, aprobar y administrar la zonificación de los centros de población ubicados en su territorio. En cuanto a la zonificación secundaria, es decir, la determinación de los usos de suelo en los espacios edificables y no edificables así como la definición de los destinos específicos, entendidos como los fines públicos a los que se prevea dedicar determinadas zonas o predios, se establece que en las zonas de conservación, las que poseen valores históricos o culturales o de servicios ambientales, se regulará la mezcla de usos de suelo, en tanto que en las que no sean de conservación, se podrán mezclar usos de suelo residenciales, comerciales y de trabajo, siempre y cuando no amenacen la seguridad, la salud y la integridad de las personas o se rebasen la capacidad de los servicios de agua, drenaje y electricidad o la movilidad.

8. La legislación estatal de desarrollo urbano determinará los procedimientos para la aprobación y modificación de los planes o programas en la materia, los cuales deberán contemplar que la autoridad estatal o municipal competente dará aviso público del inicio del proceso de planeación y formulará el proyecto respectivo; se establecerá un plazo y un calendario de audiencias públicas para que los interesados presenten en forma impresa y electrónica los planteamientos respectivos; la autoridad competente debe incorporar al proyecto los planteamientos procedentes y los que no lo sean deberán responderse de manera fundamentada, en sendos documentos que serán consultables por cualquier persona en las oficinas de aquélla; y, una vez cumplidas las formalidades aplicables las autoridades competentes podrán aprobar el plan o programa respectivo, en la inteligencia de que para su validez y obligatoriedad deberán publicarse en el órgano de difusión oficial del gobierno del Estado correspondiente.

9. El ayuntamiento, una vez que apruebe el plan o programa de desarrollo urbano, como requisito previo a su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, deberá consultar a la autoridad competente local sobre la congruencia y ajuste de lo dispuesto en aquél con la planeación estatal y federal.

10. La legislación local establecerá los requisitos para las autorizaciones, licencias o permisos de uso de suelo, construcción, fraccionamientos, subdivisiones, fusiones, relotificaciones, condominios y cualquier otra acción urbanística, previéndose los medios e instancias de impugnación administrativa y judicial que correspondan.

Como se advierte, en la LGAHOTDU si bien se establecen un conjunto

de bases que orientan a las autoridades estatales y municipales para adoptar las medidas que permitan, cuando menos normativamente, tutelar las diversas prerrogativas que conforman el derecho humano a la ciudad, lo cierto es que sienta las bases para desarrollar un marco jurídico complejo que difícilmente puede generar certeza a los titulares de los derechos humanos a la propiedad privada inmobiliaria y a la ciudad, pues la eficacia de lo previsto en ese ordenamiento está condicionada tanto a la correcta emisión de lo dispuesto en los diversos instrumentos normativos a los que remite como a la conducta que asuman las autoridades responsables de su aplicación, por lo que cualquier esfuerzo encaminado a lograr la eficacia de esos derechos exige una detenida revisión de ese marco normativo.

En este contexto, al seno del Estado Mexicano debe destacarse que la articulación entre los derechos humanos a la propiedad privada inmobiliaria y a la ciudad, así como su eficacia, pueden encontrar como un mecanismo idóneo el adecuado ejercicio de las potestades normativas que permiten a los órganos del Estado establecer en normas generales las modalidades a la propiedad privada.

5. CONSIDERACIONES FINALES

A partir de lo expuesto es posible arribar a las siguientes conclusiones:

1. El derecho humano a la propiedad privada constituye un derecho de configuración normativa en tanto que para el goce y ejercicio de sus principales expresiones es necesario que los órganos del Estado dotados de potestades normativas emitan la regulación que las configure, es decir, que determine en qué términos se garantizará a las personas contar con el mínimo de patrimonio para satisfacer sus necesidades vitales, las vías para incorporar voluntariamente bienes dentro de su esfera jurídica, así como los términos en que podrá disfrutar o disponer de esos bienes.

2. La circunstancia de que un derecho humano sea de eminente configuración normativa no implica desconocer que constitucionalmente se integra por un conjunto de facultades de exigencia que conforman su núcleo esencial, el cual se conforma por diversas conductas o situaciones jurídicas que necesariamente se deben permitir o tutelar a todo gobernado al tener su origen directamente en la Norma Fundamental.

3. Las expresiones del derecho a la propiedad privada inmobiliaria que asisten a una persona consisten en: 1. El derecho al reconocimiento del dominio sobre uno o más predios con motivo de las relaciones jurídicas que entabla o de la situación jurídica en la que se ubica; 2. El reconocimiento de diversas prerrogativas para usar y disfrutar de los predios cuya titularidad se encuentra

incorporada en su esfera jurídica en la medida en que no se afecten los derechos de terceros ni el orden público; y, 3. El derecho a disponer libremente de los predios sobre los que tenga el dominio, sin causar perjuicio a terceros ni al orden público y, en vía de consecuencia, la facultad de exigencia a que no se le prive de esos derechos si no se actualizan o se cumplen, respectivamente, los supuestos tasados o los requisitos previstos constitucionalmente en virtud de los cuales a una persona se le puede privar, sin su consentimiento, de la propiedad que ostente sobre uno o más predios.

4. En el contexto constitucional del Estado Mexicano, específicamente, el de la Ciudad de México, el derecho humano a la ciudad constituye un derecho colectivo que faculta a sus titulares para exigir a las autoridades a las que corresponde desarrollar y aplicar el orden jurídico de esa entidad política, el ejercicio de sus potestades encaminadas a velar por la eficacia de los totalidad de sus derechos humanos, en la medida en que se relacionen con el desarrollo urbano, la prestación de servicios públicos que trascienden a cualquier tipo de uso de bienes del dominio público o privado, e incluso el adecuado ejercicio del gasto público en la medida en que resulte insuficiente o de manera injustificada no se utilice para el logro de ese cúmulo de finalidades.

5. La eficacia del derecho a la ciudad requiere desde una óptica formal de un marco jurídico que, por una parte, ordene los diferentes usos y destinos del territorio en el que se asiente cualquier centro urbano considerando los diversos servicios públicos cuya prestación resulta indispensable para el goce de los derechos humanos de sus habitantes y de quienes acudan a éste por diversos motivos y, por otra parte, prevea diferentes instrumentos jurídicos que den lugar al cumplimiento de esa regulación; además, como premisa material exige que el contenido de ese marco jurídico permita que los usos y destinos del territorio correspondiente se lleve a cabo al tenor de una equitativa prestación de los servicios respectivos entre todos sus habitantes.

6. A partir de lo dispuesto en el artículo 27, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las modalidades a la propiedad privada pueden definirse como los actos de autoridad cuya finalidad es delimitar, con el objeto de tutelar el interés público, las prerrogativas que asisten a una persona en relación con la adquisición de un bien o con el uso, goce o disposición del que se encuentra dentro de su patrimonio, sin comprender en ellas los actos unilaterales que implican la privación total o parcial de la titularidad de un bien.

7. El ejercicio de las potestades normativas para imponer modalidades a la propiedad privada constituye un medio para la articulación de las diversas prerrogativas fundamentales y bienes constitucionales que se involucran con

el ejercicio de las diversas expresiones del derecho a la propiedad privada, por lo que no son las modalidades que se impongan por el Estado en apego al marco constitucional aplicable, las que fijan las fronteras del derecho a la propiedad privada sino los bienes jurídicos, entre otros el derecho humano a la ciudad, que se buscan proteger al emitir las normas generales que prevén esas modalidades.

BIBLIOGRAFÍA

Baca Olamendi Jaime Gerardo, Las modalidades a la propiedad como fundamento del derecho urbanístico mexicano, **Revista de Derecho Notarial Mexicano,** Núm. 25, México, 2012.

Coello Cetina Rafael, La trascendente distinción entre la delimitación y la restricción de los derechos humanos para el control constitucional (Interpretación integral y juicio de proporcionalidad), en Ferrer Mac-Gregor Eduardo y Herrera García Alfonso (Coords.), **El juicio de amparo en el centenario de la Constitución Mexicana de 1917, pasado, presente y futuro, Tomo II,** UNAM--IIJ, 2017.

Coello Cetina Rafael, "Reflexiones sobre la eficacia del derecho a la vivienda reconocido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", **Revista Examen,** Núm. 229, año XXIII, abril 2014.

Echeverría John, The Death of Regulatory Takings**, en Ecology Law Quartely,** vol. 34, 2007, pp. 291-297 (consulta el 3/IX/20 en jstor.org).

Garnier Jean-Pierre, El derecho a la ciudad desde Henri Lefebvre hasta David Harvey. Entre teorizaciones y realizaciones, **Revista Ciudades,** Universidad de Valladolid, Instituto Universitario de Urbanística, Núm. 15.

Guillén Lanzarote Aida, **El derecho a la ciudad, un derecho humano emergente en El derecho a la ciudad,** serie derechos humanos emergentes, Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, octubre de 2011.

Legislación federal y local consultada en el sistema de compilación de leyes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Lora-Tamayo Vallvé Marta, **Urbanismo y Derecho de Propiedad en Estados Unidos,** Iustel, Madrid, 2013.

Perrone Nicolas M. Artículo 21 en Alonso Regueira Enrique M. (Director) **"La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino",** La Ley, Buenos Aires, 2013.

Pisarello Gerardo**, Del derecho a la vivienda al derecho a la ciudad: avatares de una historia en El derecho a la ciudad, serie derechos humanos emergentes**, Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, octubre de 2011.

Reglamentos municipales, planes y programas de desarrollo urbano consultados en las respectivas páginas electrónicas.

Ruggeri Antonio y Spadaro Antonino, **Lineamienti di Giustizia Costituzionale**, Giappichelli Editore, 1998.

Tesis jurisprudenciales y aisladas, así como sentencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito consultadas en el Semanario Judicial de la Federación.

14. ELEMENTOS Y VARIABLES DE LOS PROCESOS TERRITORIALES Y DE URBANIZACIÓN DE LAS GRANDES CIUDADES Y LAS ZONAS METROPOLITANAS

Xóchitl Alicia Ramírez Chávez

Doctora en Derecho con mención *Summa Cum Laude* por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León de donde es catedrática de tiempo completo de Derecho Constitucional y Derecho Civil y Titular de Difusión Cultural; Asesora de Derecho Urbano en la administración pública; y Profesora de Artes con especialidad en la Enseñanza de la Danza Folklórica Mexicana y Maestra de Música y Piano por la Escuela Superior de Música y Danza de Monterrey del Instituto Nacional de Bellas Artes.

Carlos Charles Manzano

Doctor en Derecho, catedrático de tiempo completo en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

Exson Asael Celedon Balderas

Estudiante de la licenciatura de Derecho en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

Sumario: 1. Consideraciones iniciales; 2. Relevancia del estudio de los procesos metropolitanos; 3. Conceptualización de los procesos de urbanización: municipio, ciudad, categorías políticas, metrópoli, conurbación, megalópolis; 4. Dinámica del proceso demográfico de las zonas metropolitanas; 5. Dinámica económica del fenómeno metropolitano; 6. Infraestructura y servicios públicos de las zonas metropolitanas; 7. Tendencias emergentes en los procesos metropolitanos en México y el mundo; 8. Marco jurídico del municipio, las ciudades, zonas metropolitanas y su administración; 9. Problemas y retos de las metrópolis y estrategias de solución; 10. Administración pública para el desarrollo metropolitano; 11. Consideraciones finales; Referencias.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

Se avizoran tiempos de cambio en los cuales será indispensable contar con sólida preparación y hasta estudios expertos en esta creciente y acelerada tendencia sobre los procesos territoriales y de urbanización de las grandes ciudades y las zonas metropolitanas que por su propia naturaleza exige conocimientos de carácter multidisciplinario. Es por ello que celebramos mucho participar en este análisis sobre la relevancia del estudio de los procesos metropolitanos, la conceptualización de los procesos de urbanización desde el municipio, como la base del origen de la conformación de las ciudades,

en donde las categorías políticas sirven de base para su clasificación, la metrópoli, y otros conceptos afines como son la conurbación y las megalópolis. Reflexionaremos sobre la dinámica del proceso demográfico de las zonas metropolitanas, la dinámica económica del fenómeno metropolitano, la forma que requiere la infraestructura y servicios públicos de las zonas metropolitanas, así como respecto de las tendencias emergentes en los procesos metropolitanos en México y el mundo. Y finalmente se examinará el marco jurídico correspondiente, los problemas y retos de las metrópolis y estrategias de solución, así como la necesidad de hacer adecuaciones a la forma de administración pública para el desarrollo metropolitano. A 501 años de la fundación del primer Municipio de nuestro país, resulta hasta emocionante analizar su transformación a través del tiempo en la consolidación de las más importantes ciudades y áreas metropolitanas de México, figuras que sin duda tienen un valor y una dimensión jurídica e histórica ineludible.

2. RELEVANCIA DEL ESTUDIO DE LOS PROCESOS METROPOLITANOS

El tema en particular del que trata este apartado es sobre el análisis de los procesos territoriales y de urbanización de las grandes ciudades y las zonas metropolitanas, pero no es posible hablar de éstas sin recurrir al concepto que les da origen y del cual parten, o al menos en nuestro sistema mexicano cuya división administrativa y política es el municipio.

Comenzaré con la cita de Alexis de Toqueville que en su obra *La Democracia en América*, expone: "En la comuna, (término equivalente hoy a Municipio o Concejo), como en cualquier parte, el pueblo es la fuente de los poderes sociales, pero en ningún lado ejerce su poder de forma tan intensa como en aquélla"[1] . Me apoyo en esta expresión de Tocqueville para subrayar la importancia y justificación de la necesidad de hablar de las tendencias actuales, que en todas partes del mundo consisten en que gran parte de la población se traslada a los municipios que albergan y son sede de las grandes ciudades buscando mayores y mejores oportunidades y óptimas condiciones y calidad de vida; así como de los elementos y variables del fenómeno metropolitano cada vez más creciente y los nuevos modos en que pudiera funcionar la administración pública para el manejo de su desarrollo y como mecanismo para el fortalecimiento de sus instituciones a fin de que se puedan afrontar los retos que la política social actualmente demanda.

En sus dimensiones social, política, jurídica y hasta económica, son los municipios que se han logrado desarrollar como grandes e importantes

1 DE TOCQUEVILLE, Alexis, **La democracia en América**, FCE, México, 1998, p. 79.

ciudades, abarcando incluso áreas llamadas metropolitanas, los espacios primarios y fundamentales para la interacción cotidiana de la ciudadanía con las instituciones más cercanas en su quehacer y en su vida diaria.

Las grandes ciudades y sus concentraciones urbanísticas en la metrópolis, fungen no sólo como escuelas de socialización y de aprendizaje de ciudadanía, sino también como espacios de coexistencia de una abundante diversidad y pluralidad cultural en un país que tiene una riqueza como la nuestra. En este sentido, las grandes ciudades y las metrópolis resultan un espacio de necesaria socialización democrática, necesaria integración ciudadana, un lugar necesario para alcanzar los ideales de convivencia pacífica y armoniosa; y también el territorio fundamental para dotarlas de los instrumentos económicos imprescindibles para cumplir los fines para los que han sido diseñadas.

Si tomamos en cuenta que el municipio, visto como asiento primitivo de donde después se desarrollarían las ciudades, originariamente surge como una descentralización administrativa necesaria para que sus atribuciones pudieran realizarse con mayor eficiencia y eficacia en beneficio de sus habitantes y en consecuencia, hacer más asequible la conducción de los intereses del colectivo social, resulta indispensable que ésta, —la población—, debe participar intensamente tomando decisiones que formen parte de la administración local, lo que se facilita ya que, —como se mencionó—, el gobierno local, —llámese del municipio, ciudad o el ahora cada vez más reciente fenómeno metropolitano—, es la autoridad más cercana a la ciudadanía, la más accesible al individuo para participar.

Así que no puede tratarse el tema de las grandes ciudades y zonas metropolitanas pasando desapercibido el estudio del municipio como la organización que es fuente de su formación y concentración.

3. CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS PROCESOS DE URBANIZACIÓN: MUNICIPIO, CIUDAD, CATEGORÍAS POLÍTICAS, METRÓPOLI, CONURBACIÓN, MEGALÓPOLIS

Es preciso recordar y dejar claros algunos conceptos clave, tales como la diferencia entre Municipio, Ciudad, Categorías Políticas, Metrópoli, Conurbación y Megalópolis.

EL MUNICIPIO. El estudio del Municipio ha tenido un desarrollo pausado, entre otras causas, debido a que su tarea constructiva ha tenido un periodo de maduración muy amplio y contradictorio. Después del *Calpulli*, en el año de 1519, durante la Colonia, el primer municipio establecido por los españoles fue la denominada Villa Rica de la Mera Cruz, después Vera Cruz. Fue la institución administrativa y gubernamental por excelencia de la Nueva

España entre los años 1519 hasta 1821. Fue la base tanto del movimiento de Independencia de 1810, como de la Revolución iniciada en 1910. Actualmente el municipio es el nivel de gobierno y administración con menos recursos y facultades. Etimológicamente, municipio viene del latín *municipium*, que a la vez se forma de *munus* que quiere decir deber, cargo, oficio u ocupación para hacer algo y *capio* o *capere* que significa captar o ayudar[2].

De acuerdo con Teresita Rendón, el Municipio es una entidad política y jurídica compuesta por un grupo humano que se asienta en una demarcación geográfica definida administrativamente, que cuenta con unidad de gobierno y regida por un conjunto de normas jurídicas que persigue su propia finalidad. Así el Municipio resulta la totalidad del conjunto de los elementos constitutivos de todo fenómeno político, a saber: población, territorio, gobierno y su propia teleología[3].

Por su parte el Ayuntamiento se refiere al órgano que funciona colegiadamente con carácter deliberante que representa al Municipio. Está formado por: Presidente Municipal (en otros Estados se llama Ejecutor, Alcalde o Intendente); el número de Síndicos que fije la ley y que junto con él cumplen funciones preponderadamente de carácter jurídico, como representar al Municipio en procesos jurisdiccionales y el número de Regidores que determine la legislación y quienes tienen encomendadas tareas específicas por ramos, por ejemplo, de mercados, parques, jardines, hacendarias, etc.

La Ciudad es por su parte un espacio de territorio del Municipio donde por lo general se localiza la sede de los poderes municipales y ahí se desenvuelve principalmente la vida urbana, a esta comúnmente se le denomina cabecera municipal, sin embargo, no todos los municipios desarrollan en su interior ciudades, como el caso de los municipios de tipo rural.

Categorías Políticas se refieren al rango, jerarquía o grado político que históricamente o por disposición legal corresponde a un lugar determinado. Se toma en consideración la cantidad de pobladores, el tamaño del territorio que ocupa y los servicios disponibles. Por ejemplo: Inframunicipales, tales como villas, congregaciones, rancherías, pueblos, ranchos, haciendas, colonias agrícolas, entre otros; Supramunicipales como la Región, las Entidades federativas y la Federación y otras cuya base es la Ciudad o categorías Político-Urbanas: como la dinápolis, metrópolis, megalópolis hasta la ficción de la ciudad mundial o ecumenópolis aludida por Kelsen.

Metrópolis/Conurbación. La tendencia actual en todo el mundo, como quedó señalado anteriormente, es que las personas emigran hacia las ciudades

2 **Diccionario Etimológico Español**, Ed. Biblograf, España, 1988.
3 RENDÓN HUERTA BARRERA, Teresita, **Derecho Municipal**, Ed. Porrúa, México, p. 13.

con afán de encontrar mejor calidad de vida y oportunidades.

Los datos estadísticos nos dan prueba de ello y de la magnitud de estos procesos de movilidad.

En América Latina el porcentaje de esta migración aumentó del 13% en 1990 al 52% en 2011 y se calcula que para el 2025, aproximadamente ochenta por ciento de la población total se localizará en ciudades. El 90% de la población de nuestro Estado de Nuevo León, se concentra en la metrópoli de Monterrey.

Etimológicamente Metrópoli es una palabra del griego *méter* que quiere decir "madre" y del vocablo *polis*, que significa "ciudad"[4]; así se referían en la Antigüedad las colonias griegas respecto de sus ciudades originales con las cuales se mantenían conexiones político-culturales.

Actualmente se comprende por zona metropolitana o metrópoli a la unión de la sociedad en un espacio, formada a veces por la conjunción de dos municipios o más que se localizan cerca entre sí, donde la zona urbanizada, así como la actividad y funciones de la ciudad medular, rebasa los límites del propio municipio, dando como resultado la conurbación física o la incorporación a su circunscripción de los municipios colindantes, y que compartan carácter urbano, donde se sostienen altos niveles de integración social y económica, aunque no en sus instituciones gubernamentales[5].

Por el número de población, se puede definir el área metropolitana como el espacio conformado por dos o más municipios que alberguen una población de más de 50,000 habitantes y donde su zona urbana, actividad y funciones rebasen los límites de los municipios que originalmente albergaban dicha población, erigiendo como parte de sí misma y su zona de influencia inmediata a los municipios más próximos.

En México, se usa más como término legal la palabra "conurbación" para hacer referencia a lo metropolitano y a la coordinación metropolitana, pero su uso es confuso.

En el año de 1994, la Conapo, (Consejo Nacional de Población) difundió un análisis mediante el cual se establecían cuatro zonas metropolitanas y treinta conurbaciones, que comprendían ochenta y siete municipios. A diferencia de esto, el Programa Nacional de Desarrollo Urbano entre los años de 1995 al 2000 aplicó un criterio distinto y propuso ciento veinticinco municipios que componían veintinueve conurbaciones. Por otro lado, la misma Conapo, en un estudio de 2015, reconoce setenta y cuatro Zonas Metropolitanas de las que,

4 **Diccionario Etimológico Españo**l. Ed. Biblograf, España, 1988.

5 VENANCIO FLORES, Arturo, et al., "Gobernanza metropolitana como estrategia para planificar y gestionar el desarrollo de la Zona Metropolitana del Valle de Toluca" en **Revista de Estudios Regionales**, 2ª. Época, España, Universidad Autónoma del Estado de México, 2015, p. 94. Visible en: https://www.redalyc.org/pdf/755/75539637003.pdf

dieciséis están constituidas por un solo municipio, mientras que cincuenta y ocho se conforman por más de dos municipios y hasta algunas trascienden límites municipales ocupando territorios de más de una entidad federativa. El Sistema Urbano Nacional en 2018 identificó cuatrocientas unas ciudades, de las cuales setenta y cuatro son Metrópolis, ciento treinta y dos conurbaciones y ciento noventa y cinco corresponden a centros urbanos[6].

Esto deja clara la necesidad de una conceptualización jurídica acerca de la circunscripción que abarcan las localidades que se envuelven dentro de la definición de zonas metropolitanas. Sólo dos disposiciones de la Constitución en México hacen referencia a las zonas metropolitanas o ciudades, éstas son los artículos 115 y 122 que veremos más adelante, no obstante, estas normas no proporcionan un concepto claro de lo que debe entenderse por zonas metropolitanas, como tampoco indican la forma de determinar la configuración de éstas.

El fenómeno metropolitano está directamente relacionado con los logros en cuanto a desarrollo económico, tecnológico y social e incorpora diversos elementos: concentración demográfica, especialización económica y funcional y desde luego, la dispersión física sobre espacios que comprenden dos o más unidades administrativas y políticas, ya sea que se trate de municipios, entidades federativas o hasta algunos casos de países. Por ello, las metrópolis son concebidas como regiones estratégicas de vinculación.

Definitivamente las metrópolis son zonas de productiva riqueza, industrialización, innovación tecnológica y cultural y abundantes oportunidades. A pesar de que a nivel mundial constituyen apenas el cuarenta y uno por ciento, producen más del sesenta por ciento del producto interno bruto (PIB) del orbe. Además, en general los indicadores de los niveles de desarrollo humano son más altos en las zonas urbanas que en áreas rurales.

Con todo y lo anterior, no se puede omitir que como movimiento inverso y de respuesta a los efectos negativos y toda la problemática que conlleva las grandes aglomeraciones de población en las ciudades impactando con esto en el menoscabo del mejoramiento y acceso a mejores condiciones de vida tan anheladas que se ven amenazadas principalmente por dos problemas directamente relacionados: La desigualdad social y las complicaciones que comprometen el medio ambiente, también se está observando en distintas partes del mundo que los esquemas de migración se están modificando afectando a las zonas metropolitanas ya construidas y consolidadas por una tendencia a la migración de cierto sector de la población que originalmente vivía en las grandes ciudades, generalmente de alto nivel socioeconómico, de

6 **Página Oficial CONAPO**. Visible en: https://www.gob.mx/conapo/documentos/sistema-urbano-nacional-2018

vuelta al campo o áreas rurales, principalmente las zonas más cercanas a los centros conurbados, en muchos casos bajo la premisa de vivir en el campo y laborar en la ciudad, redefiniendo con esto las cuantificaciones y graduaciones de la transformación demográfica y en consecuencia también económica, dando por resultado que las áreas de crecimiento pudieran ser en un futuro no muy lejano, las áreas periurbanas o semirrurales.

Las regiones que actualmente conservan carácter rural comenzarán muy pronto un periodo de transformación hacia fenómenos urbanos y realizarán una de las mayores evoluciones de la historia humana con todos los convenientes y desventajas que esto conlleva naturalmente. Lo que plantea también la posibilidad de analizar desde prácticamente cero, la más eficiente planeación urbana para estos futuros desarrollos.

Actualmente las metrópolis se contemplan como los sectores competitivos más importantes del desarrollo económico a nivel mundial. Pero ¿el conglomerado urbano en México está listo para esto? No del todo.

Los futuros sistemas de planeación, administración y gobierno de las zonas metropolitanas deberán responder a problemáticas como el debilitamiento de los recursos, el daño ambiental, el acceso equitativo al llamado ahora derecho a la ciudad, entre otras, para aumentar la calidad de vida de sus habitantes, factores clave para el desarrollo de ciudades prósperas.

4. DINÁMICA DEL PROCESO DEMOGRÁFICO DE LAS ZONAS METROPOLITANAS

Como mencionamos anteriormente una de las formas en las que los municipios se definen es por medio de la concentración de habitantes, en este sentido se consideran Zonas Metropolitanas (ZM) son todas aquellas que "concentran a un millón de habitantes o más, así como aquellos con 250 mil o más habitantes que comparten procesos de conurbación con ciudades de Estados Unidos de América"[7].

Las zonas metropolitanas han provocado un enorme crecimiento económico y sobre todo de un desarrollo social, pues estas zonas son las de mayor ingreso tanto económico, como de personas migrantes de estados aledaños que buscan mejorar su calidad de vida y esto genera un cambio significativo en la demografía de las metrópolis. En México existen diversas ZM, cada una ubicada en diferentes estados, todas ellas aportan un porcentaje importante al PIB (Producto interno Bruto).

En México, las Zonas Metropolitanas más importantes son las siguientes:

7 **Delimitación de las zonas metropolitanas del 2005**. Consultado en: http://www.conapo.gob.mx/work/models/CONAPO/zonas_metropolitanas/zm_2005.pdf

la del Valle de México, lugar en el que se estiman 19 millones 768 mil 740 personas, lo que representa el 17.8% de la población en México, dentro de esta Zona Metropolitana, trabajan 5 millones 083 mil 414 personas (23.6%) y se generó en 2013, 26.3% de la producción bruta total[8]. En volumen de población le siguen las Zonas Metropolitanas de Guadalajara y Monterrey, con el 3.9% y el 3.7% de la población respectivamente, y en la primera se produce el 4.1% de PIB y en Monterrey el 9.0% del mismo[9], así mismo "las ZM de Puebla-Tlaxcala, Toluca, Saltillo, León, Querétaro, Tehuantepec y San Luis Potosí-Soledad de Graciano Sánchez fueron las 10 ZM con mayor producción bruta total, que produjeron más de la mitad (53.8%) de la producción nacional con 9 millones 894 mil 507 personas ocupadas"[10].

Es un reto enorme estudiar cada proceso que se suscita dentro de las zonas metropolitanas pues están en constante cambio y crecimiento y para su estudio se debe de tomar en cuenta todos los procesos territoriales, económicos, sociales y políticos que se desenvuelven en estas áreas.

Se debate en torno a que el crecimiento extenso dentro de estas metrópolis acarrea un gran costo para el Estado y para las propias familias, pues se incrementa la necesidad de usar el automóvil por la gran cantidad de población que se distribuye a lo largo de las zonas metropolitanas, ya que existe sobrecupo en el transporte público; a eso se añade el impacto ambiental que estas zonas provocan, pues al ser áreas donde la industria tiene gran influencia la contaminación es mucho mayor en comparación de las zonas rurales.

Cabe destacar que muchas personas no tienen suficiente accesibilidad a los beneficios que ofrece las zonas metropolitanas, como son servicios públicos adecuados, debido al constante cambio y expansión de la densidad demográfica, sólo por poner el ejemplo la distribución demográfica que ha presentado Nuevo León durante los años de 1970 al 2010 permite inferir tres datos interesantes, misma que se ha observado en los países desarrollados:

> 1) una gradual disminución de la población de 0 a 14 años, 2) la mayor concentración de población en el grupo edad productiva, es decir, actualmente Nuevo León está aprovechando su "bono demográfico", y 3) un progresivo incremento de la población de 70 años y más. Ello configura un nuevo escenario demográfico estatal, donde el porcentaje de población de más edad está aumentando. Esta distribución puede explicarse sobre la base de dos fenómenos complementarios: el crecimiento natural y la alta migración interestatal[11].

8 **Las zonas metropolitanas de México**. Consultado en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/ce/2014/doc/minimonografias/m_zmm_ce2014.pdf
9 *Ibidem*.
10 *Ibidem*.
11 **Perfiles Demográficos y migración**. Consultado en: http://observatorio.iinso.uanl.mx/index.php/diagnostico/diagnostico-03/diagnostico-0301.

La tendencias a largo plazo con respecto a la situación demográfica de las zonas metropolitanas ha sido la reacomodación de la estructura y la distribución territorial de su población, pues dentro de ella existen varios componentes como la llegada de personas de comunidades aledañas, así como de personas extranjeras resumiendo así la existencia de tres componentes principales en esta tendencia que son *migración, natalidad y mortalidad*, que crean entre sí un cambio dinámico constante dentro de la población en la demografía de las zonas metropolitanas.

5. DINÁMICA ECONÓMICA DEL FENÓMENO METROPOLITANO

Las zonas metropolitanas son de suma importancia en generar fuentes de empleo, de crecimiento de la productividad, así como de la riqueza que cada metrópolis aporta al PIB, por ello son los principales motores en cuanto a economía se refiere del país.

Las zonas metropolitanas se pueden catalogar como centros para los habitantes de las zonas rurales locales, pues ellos acuden a estas urbes para trabajar, realizar sus compras y cubrir las necesidades de las que pueden llegar a carecer en los lugares donde habitaron, para utilizar los servicios públicos que las metrópolis pueden brindar, mismo que son inexistentes en sus comunidades.

La metropolización es una tendencia que se ha extendido progresivamente a lo largo de los últimos años y que ha provocado modificaciones importantes en los territorios, que lleva como consecuencia las variantes en la percepción de ingresos para estas zonas metropolitanas, pues la mano de obra puede aumentar o disminuir dependiendo de la demanda de empleo que existe en estas zonas y que provocan la migración de personas de zonas aledañas a estas grandes urbes, ya que:

> Durante la conformación de regiones metropolitanas se registra una serie de transformaciones económicas en esos espacios, tales como: la modificación de la base económica hacia la tercerización; la recomposición inter e intra metropolitana de los mercados laborales —volumen y calidad—; la reorganización territorial en la distribución de las actividades productivas; nuevas políticas de promoción y desarrollo territorial, y un reposicionamiento relativo en términos del potencial económico y su capacidad de atracción con respecto a otros espacios regionales[12].

Anteriormente se mencionó una de las definiciones de zona metropolitana, sin embargo, existen definiciones que no sólo se centran en la densidad poblacional , sino que toman en cuenta otros aspectos para definirlos,

12 TREJO NIETO, Alejandra, "Las economías de las zonas metropolitanas de México en los albores del siglo XXI" en **Estudios demográficos urbano**s, vol.28, no.3, México, sep./dic., 2013. Consultado en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0186721020130003005 45&lng=es&nrm=iso&tlng=es#:~:text=Por%20su%20parte%20M%C3%A9ndez%20(2008,los%20mercados%20laborales%20%2Dvolumen%20y.

y a través de los cuales se establece que las zonas metropolitanas son: "un territorio o conjunto de territorios que muestran intensas interdependencias funcionales, un mercado laboral amplio y con oferta profesional diversificada, una concentración espacial de externalidades y efectos de desbordamiento, y un ecosistema que comparte los mismos recursos naturales"[13].

Las metrópolis son zonas de producción dentro de un espacio en donde se crea una irremediable y necesaria interdependencia en el ámbito económico con los estados que existen en el mismo espacio, ya que por un lado, las zonas metropolitanas son el pilar más importante de un país en cuanto a economía se refiere, y por lo mismo un motor para un desarrollo económico y social, pero existe a su vez, la inclinación hacia la mayor aglomeración de la población y de labores económicos en las metrópolis es provocado por el pensamiento que surgen más oportunidades de obtener mayor ingreso, de una mayor facilidad en diferentes áreas laborales, de una mejor calidad de vida para sus migrantes que acuden en busca de mejores oportunidades, así como para las personas residentes de estas zonas.

En estas urbes se considera la existencia de una economía dinámica, pues experimentan un fluido proceso de adaptación hacia el progreso o hacia una economía estática, en relación a su posición original, por lo que es necesario ver sus modificaciones en el tiempo, ya que se estima necesario para introducirse en el conocimiento del tipo de estructuración espacial de los habitantes y de la labor económica, en ese sentido las zonas metropolitanas "se conciben como los espacios de inserción de las economías nacionales a los mercados globales. De ahí que, en un entorno de economía globalizada, donde se propugna manifiestamente por una competencia por inversión y recursos varios, se haya incrementado el interés por impulsar económicamente a las regiones metropolitanas"[14].

En México las grandes metrópolis fungen como centros principales de gravedad económica debido a que "el tamaño de las economías locales o regionales refleja la capacidad productiva de los correspondientes territorios"[15], por lo que en este contexto el tamaño de la población y la propia dimensión geográfica están relacionados con la magnitud de la capacidad productiva de los territorios.

6. INFRAESTRUCTURA Y SERVICIOS PÚBLICOS DE LAS ZONAS METROPOLITANAS

Se considera que por las características de las zonas metropolitanas, las

13 *Ibidem*.
14 *Ibidem*.
15 *Ibidem*.

mismas favorecen a la mejor calidad de vida para sus habitantes, así como también para los migrantes que buscan mejores oportunidades, pues en este tipo de zona el acceso a recursos y servicios públicos debería de resultar más fácil que en otras zonas del mismo país. En este sentido encontramos que los servicios públicos con mayor requerimiento por sus habitantes son: agua potable, transporte, recopilación de residuos sólidos, energía eléctrica, etc.

De todos los servicios públicos antes mencionados resulta de gran relevancia, por su fuerte vínculo con la salud y el desarrollo de la urbe, el suministro de agua, así como el drenaje y saneamiento. Frecuentemente se les denomina ''Servicios públicos'' porque en la mayoría de los casos en México son otorgados por la administración pública.

La manera adecuada de poder financiar los servicios que se redistribuyen es mediando los impuestos sobre la renta, ya que este impuesto es mayormente progresivo, visto de otra manera, el impuesto expresado como porcentaje de los ingresos se incrementa conforme se hacen los mismos ingresos. Los servicios redistributivos son, por ejemplo, la vivienda social, así como la asistencia social.

Cabe resaltar, que como consecuencia del creciente desarrollo metropolitano, hay un gran número de población perteneciente a estas zonas metropolitanas que tienen opiniones negativas en cuanto a la prestación de los servicios públicos otorgados por el gobierno, ya que no todas las familias pertenecientes a las urbes cuentan con los servicios necesarios para su buena calidad de vida, como lo son el agua y la energía eléctrica, pues debido a los constantes cambios en las zonas metropolitanas, no siempre son cubiertas estas necesidades primarias, muchas veces por el exceso de población que habita en ellas. Ahora bien, dado que el acceso a los servicios públicos es un derecho de los ciudadanos, debemos aceptar que "una función o responsabilidad del gobierno es la obligación de atender a todos los ciudadanos en condiciones iguales y prestar servicios para todos, independientemente de que habiten en un municipio, una delegación política o una zona metropolitana"[16].

En la actualidad existe una tendencia mundial que busca configurar o ajustar los servicios públicos al principio de competencia, pues de esta manera se considera que habrá una manera más optima de brindar estos servicios primarios carecientes de ciertos grupos poblacionales, sobre todo los vulnerables y que se dará la oportunidad de eliminar monopolio sobre los mismos, que traen como consecuencia la incapacidad para cumplir con las necesidades básicas como lo es el servicio de agua y electricidad.

Existe evidencia de diversos problemas metropolitanos que no han sido

16 SLACK, Enid, **Financiación de políticas y servicios públicos metropolitanos**, Metrópolis/ Asociación mundial de las grandes metrópolis, 2019. Consultado en: https://www.metropolis.org/sites/default/files/2018-11/MetObsIP6_ES.pdf.

resueltos de una manera directa, ya sea por el constante cambio provocado por la llegada continua de migrantes y el cambio demográfico propio de las zonas metropolitanas, que tiene como consecuencia un mayor requerimiento de los servicios que puede llegarse a prestarse en las metrópolis; Teniendo también como un punto importante que la infraestructura de la ciudad ha sido desarrollada de una manera inequitativa en las distantes áreas que conforman las zonas metropolitanas, por lo que es de suman importancia el trabajo en equipo entre los diversos ámbitos de gobierno para dar solución a los problemas constantes que se suscitan en las urbes.

De la misma forma en que sucede con los servicios, los impuestos que se le aplican al ciudadano son de suma importancia para las infraestructuras tanto de carácter privado como público, ya que los mismos deben de destinarse a cubrir la infraestructura de toda la zona metropolitana, como edificios, puentes, parques, entre otros lugares cuyo propósito tienen dar la mejor prestación de atención respecto a las necesidades requeridas por los ciudadanos y de esta manera lograr una calidad de vida estable, en ese sentido, por ejemplo, las plusvalías (impuestos sobre el incremento del valor del suelo) son una mejora de los impuestos locales en los que las infraestructuras aumentan el valor del suelo.

Los servicios públicos como la infraestructura son de suma importancia para un buen desenvolvimiento de los factores tanto económicos como sociales dentro de las zonas metropolitanas.

7. TENDENCIAS EMERGENTES EN LOS PROCESOS METROPOLITANOS EN MÉXICO Y EL MUNDO

Las zonas metropolitanas son lugares de innovación y de obtención de riqueza, de oportunidades y de cultura, estas generan el 60% del producto interno bruto de todo el mundo, pero, aunque la incidencia del desarrollo humano es más creciente en las grandes urbes en comparación de las zonas rurales, esta calidad de vida se ve afectada por dos grandes problemas elementales, que están ligados, los cuales son: los problemas ecológicos y no obtener las mismas oportunidades sociales.

El reto de la cohesión social es compartido: existen actualmente grandes desigualdades en las áreas urbanas, no sólo en relación con la renta per cápita sino en el acceso a los servicios y bienes como antes se mencionó, en donde no toda la población tiene las mismas oportunidades debido al cambio constante de la demografía (educación, sanidad, vivienda, pero también agua potable, alimentación, electricidad, etc.).

Las zonas metropolitanas son lugares de gran heterogeneidad social

y lugar de culturas mixtas por las diversas comunidades y por las extensas costumbres de los migrantes que a ellas llegan. Las ZM mexicanas al igual que todas las demás, son heterogéneas, pues en su nacimiento para ser una gran urbe, necesitaron de la incorporación de los habitantes de tierras circundantes como zonas rurales y municipios por lo que se fue expandiendo su cultura desde su formación.

Pero en la actualidad ese carácter multicultural no solo abarca a las culturas cercanas a la determinada zona metropolitana, si no que abarca a diversas comunidades urbanas de otras ciudades tanto mexicanas como internacionales, ya que las zonas metropolitanas al brindar prestaciones importantes en la calidad de vida, pueden albergar inclusive a personas extranjeras, como pueden ser de Colombia, España, Inglaterra, cuba, Canadá, Argentina, etc. y de igual manera a las personas que tienen una extensa cultura y creencia religiosa.

En ese sentido se pueden enumerar las principales ventajas de pertenecer a una zona metropolitana entre las cuales están:

1. Incremento en la capacidad de gestión de recursos ante gobiernos estatales y federales.
2. Fortalecimiento de las acciones de planeación.
3. Se pueden generar asociaciones intermunicipales.
4. Se tiene la capacidad para resolver problemas ambientales y regionales.
5. El potencial de crecimiento económico se expande con efectos positivos en el ingreso y nivel de vida de las personas.
6. Aumento en la recaudación de impuestos debido a un incremento en el número de contribuyentes.
7. Se reducen los costos de producción por mayor cercanía con servicios, insumos y mano de obra.
8. El mercado es cada vez más grande ante una alta concentración poblacional.
9. Existen mayores oportunidades laborales
10. Se tiene la posibilidad de tener presencia internacional, y de atraer inversiones extranjeras[17].

Es por ello, y por la gran tendencia de los propios ciudadanos para integrarse a estas zonas metropolitanas que las mismas son "prioridad de las acciones y políticas públicas de los gobiernos tanto municipal, estatal y federal, no sólo por la persistencia de rezagos en materia de equipamientos, infraestructura y servicios urbanos básicos, sino por las oportunidades que en

17 Gobierno de México, **Conoce los beneficios de pertenecer a una zona metropolitana**. Consultado en: https://www.gob.mx/inafed/es/articulos/conocelosbeneficiosdepertenecerаunazonametropolitana?idiom=es.

ellas se presentan de empleo e ingreso para la población que las habita o para la que migra del campo o de otras ciudades"[18].

Se debe de tomar en cuenta que existen áreas de oportunidad a las cuales se debe de prestar más atención dentro de las zonas metropolitanas para darle un empuje al desarrollo social y económico y que constituyen un espacio de gran relevancia para el progreso en las zonas metropolitanas, los cuales son:

- Dar una mejor igualdad de oportunidad a las personas locales como a los migrantes.
- Darle más importancia al bienestar de la población, así como un mayor empuje a la educación para seguir con el progreso de estas zonas.
- Lograr una cohesión y alcanzar una tasa mayor de empleos apoyando al sector industrial, el cual es importante para su progreso dentro de estas zonas.

8. MARCO JURÍDICO DEL MUNICIPIO, LAS CIUDADES, ZONAS METROPOLITANAS Y SU ADMINISTRACIÓN

Veamos ahora en qué medida el marco jurídico mexicano soporta la inclusión de la administración municipal, citadina y metropolitana.

El municipio es una figura constitucionalizada y el Artículo 115 es la piedra angular de su dimensión jurídica, sin embargo, la colaboración intergubernamental entre las autoridades de áreas metropolitanas mediante convenios administrativos que han tenido como finalidad lograr coordinar efectivamente el quehacer metropolitano, no han tenido otro carácter más que solamente informativo y de consulta, por lo que carecen de efectividad en cuanto al poder formal, es decir, no proveen la existencia de una autoridad de carácter ejecutiva que alcance a materializar decisiones en toda la zona metropolitana.

Al efecto, la Constitución mexicana, en su Artículo 115 establece como aspectos más sobresalientes a destacar por la temática que nos ocupa que la forma de gobierno para el sistema interno de las entidades federativas o estados, será de carácter republicano, democrático y representativo y tendrá como base de su división política y administrativa el Municipio, cuyo gobierno, el Ayuntamiento, deberá ser electo directamente por el pueblo, de acuerdo con principios de paridad de género, y que su competencia será exclusiva, lo que significa que no existirá ninguna autoridad intermedia entre el Ayuntamiento y el gobierno estatal.

Por otra parte, el Artículo 122, inciso C del mismo ordenamiento supremo

18 *Ibidem*.

dispone que todos los niveles de gobierno (Federal, Estatal y Municipal) incluso las localidades conurbadas en áreas metropolitanas, podrán diseñar instrumentos para coordinarse administrativamente para trazar los planes de desarrollo, así como para llevar a cabo operaciones regionales para prestar los servicios públicos que les competan, bajo la Ley que expida para el caso el Congreso de la Unión, la cual dispondrá las bases para estructurar el Consejo de Desarrollo Metropolitano y la manera en que dictará sus decisiones y a quien competerá la materia de ordenación de los asentamientos humanos, protección al medio ambiente y el equilibrio ecológico, seguridad pública, agua y drenaje, transporte, recolección de desechos, etc. También faculta al Consejo de Desarrollo Metropolitano para delimitar acciones, prestación de servicios públicos y obras de alcance metropolitano; la responsabilidad para asignar recursos económicos a los proyectos que conciernen a la metrópoli y para proyectar el desarrollo de las conurbaciones.

A su vez, la Constitución local del Estado de Nuevo León en el Artículo 23 señala que es facultad del gobernador del Estado, la elaboración y ejecución del Programa Estatal de Desarrollo Urbano, así como de intervenir conjuntamente con los Municipios, en el ordenamiento de las zonas metropolitanas y/o conurbadas. De igual forma, los Ayuntamientos de los Municipios del Estado diseñarán sus Planes y Programas de Desarrollo Urbano Municipal, y participarán en la reglamentación de las zonas metropolitanas conjuntamente con el ejecutivo estatal y en su caso, con los demás Ayuntamientos comprendidos en la zona.

Por su parte en el Artículo 132 de la misma Constitución Local se señalan como principales atribuciones municipales: agua potable y drenaje, alumbrado público, recolección de basura, mercados y abastos, panteones, rastro, equipamiento de calles, parques y jardines y seguridad pública, policía municipal y tránsito.

También señala que, de acuerdo a los planes generales, son facultades del Municipio todo lo concerniente a la zonificación y planes de desarrollo regional y urbano municipal; participar en los procesos de regularización de tenencia de tierras urbanas, intervenir en la planeación de áreas de reserva ecológica y su regulación. También en caso de que los fenómenos urbanos tiendan a la continuidad demográfica, todos los municipios comprendidos en la misma, de acuerdo a la ley deberán coordinar su desarrollo.

Finalmente, esta norma establece que los Ayuntamiento de los Municipios podrán convenir conjuntamente con el Estado la demarcación de una Zona Metropolitana, siempre que, la zona urbana de dos o más Municipios, así como sus funciones traspasen los límites de los mismos, integrando como parte de los mismos a Municipios contiguos respecto de los que sostengan marcado nivel de integración social y económica, de tal modo que resulte conveniente

la acción conjunta y coordinada para la prestación de servicios públicos y la ejecución de obras.

Como vemos, la administración de las áreas metropolitanas y los acuerdos legales para coordinar la gestión metropolitana, han mantenido la condición de ser instrumentos de consejería y consulta meramente informativos, pero carecen de potestad efectiva, es decir, de imperio ejecutivo que comprenda las zonas metropolitanas en su totalidad.

Por todo lo anterior, es evidente que se requiere como mínimo, la declaración de la existencia jurídica de las zonas o áreas metropolitanas en la ley fundamental, así como la normatividad secundaria y la expedición de una ley reglamentaria del Artículo 115 con carácter de ley marco.

9. PROBLEMAS Y RETOS DE LAS METRÓPOLIS Y ESTRATEGIAS DE SOLUCIÓN

Entre los problemas principales que ponen en riesgo las condiciones de vida de las áreas metropolitanas se encuentran principalmente dos relacionados entre sí: la desigualdad social, además de la cantidad de percepciones económicas por persona, también en relación a las posibilidades de hacer asequibles los bienes y servicios públicos, como son salud, vivienda digna, agua y electricidad, alimentos, ambiente sano, educación y acceso a la cultura, etc., a lo que es necesario agregar las consideraciones en torno a la perspectiva de género en varios sistemas socioculturales que sostienen y siguen reproduciendo distinción entre el papel que corresponde a hombres y mujeres, revelando la diferencia entre la relación de poder entre ambos géneros y por el otro lado, los problemas medioambientales, ya que es en las urbes donde se concentra la mayor parte de los desechos y CO2, dando como resultado graves problemas de salud que pueden terminar con la vida de las personas que viven en las grandes ciudades a consecuencia de la contaminación, lo que señala que este es un problema que necesita de atención real inmediata y acciones tanto de nivel local como global.

Otros problemas que tienen los Municipios en general son que no siempre disponen de trabajadores especializados, por lo general quienes prestan sus servicios en los Ayuntamientos no cuentan con la experiencia en la administración pública de los Municipios; en varias partes del mundo los sistemas democráticos de los municipios no funcionan adecuadamente, y por lo general no tienen estrictos controles en cuanto a la rendición de cuentas. Unos cuantos tienen acceso a servicios adecuados, mientras que la mayoría vive en medio de graves necesidades y uno de sus efectos se muestra en forma de corrupción.

Todas las propuestas coinciden en que, para afrontar los principales problemas de las áreas metropolitanas, siendo estos la inclusión y la sostenibilidad, como se mencionó, debe incluirse o mejorarse la administración y gobierno de los municipios y las metrópolis y convertirse hacia modelos de lo que hoy se denomina gobernanza metropolitana.

Hace falta educar hacia una cultura de la municipalidad, donde los ciudadanos, independientemente del rol que les corresponda, sean los gobernados o la autoridad, estén dispuestos a trabajar para la promoción del desarrollo del Municipio en el que viven y su fortalecimiento, para lo cual, resulta indispensable conocer formas para diseñar políticas públicas con la participación activa de toda la ciudadanía de alto impacto, por ejemplo, mediante la generación de espacios de participación ciudadana y creando ámbitos regulares de interacción con los ciudadanos a través por ejemplo de mapa de buenas ideas; buzones de atención, mesas vecinales; días ciudadanos, consejos ciudadanos, activación de un espacio en la WEB (página de la Ciudad), etc.

Las bondades y atribuciones con que cuenta actualmente el municipio en México sólo podrán lograrse en la medida en que todos sus pobladores participen activamente conscientes de la colaboración, cooperación y responsabilidades que requiere el desarrollo y progreso de una comunidad.

10. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA EL DESARROLLO METROPOLITANO

Entonces, ¿qué hacer ante estos retos? Es claro que, en este contexto, la Administración Pública tiene que abrir paso a un nuevo modelo de gestión, encaminado a la producción de resultados valiosos para la ciudadanía y que garantice la permanencia de las instituciones que han probado su eficiencia y eficacia, pero que también propugne por la transformación de aquellas que sea necesario renovar. Aquí es donde entra la gobernanza metropolitana. Qué diferencia tiene este concepto respecto de la gobernabilidad y, si se justifica el traslado de un concepto a otro, cómo se explica o a qué obedece que ahora se proponga usar el término gobernanza. El objetivo será analizar algunos aspectos de la gobernanza metropolitana y municipal, veremos algunos modelos, sus elementos y variables principales; sus ventajas e inconvenientes; la necesidad de incluir perspectiva de género, a fin de identificar algunas estrategias y soluciones.

La relación entre Gobernabilidad y Gobernanza es muy cercana pero no son sinónimos, aunque comparten la misma raíz etimológica. Ambas provienen del griego *gobernaculum* que se refería al timón de un barco y, en consecuencia,

el vocablo quiere decir la acción de conducir o dirigir algo. Conceptualmente la diferencia es más clara. Gobernabilidad hace referencia a la aptitud del gobierno para administrar y controlar una sociedad incapaz de autorregularse[19]. Por otro lado, la orientación de la Gobernanza consiste en destacar la imposibilidad del gobierno, así cuente con suficiencias fiscales, administrativas e institucionales para gobernar a las sociedades modernas.

Habermas expone en una de sus teorías respecto de la crisis de racionalidad que, la ingobernabilidad es el resultado conjunto de 2 crisis: una de entrada, de insumos o denominada de legitimidad que significa la disminución de apoyo de la ciudadanía a los políticos, autoridades, o gobierno; y una crisis de salida, de productos o que él llama de Racionalidad, entendida como la propia crisis de gestión administrativa del gobierno, del sistema[20].

Esta insuficiencia trae como efecto directo, sumar a la tarea de gobernar, a los protagonistas distintos al gobierno, pero que son indispensables para lograr encauzar el destino social.

Se perfila así entonces, la Gobernanza como una empresa donde la sociedad dirige y el gobierno es sólo una pieza del engranaje, pero ya no es el órgano exclusivo de dirección del proceso que ahora necesita de la intervención y participación de otros actores sociales.

La gobernanza consiste entonces en la transición de un gobierno central a un sistema gubernamental, en el cual, se abre camino a un modo de administrar horizontalmente, con mayor asociación y coordinación y deja de ser de jerarquía vertical. Uno de los retos principales y generales del gobierno mexicano es precisamente pasar de la gobernabilidad a la gobernanza.

La administración de una ciudad dentro del modelo de gobernabilidad está en manos de tener la suerte de un excelente gobierno, que cuente con todas las cualidades para gobernar, como son: eficiencia y eficacia, honestidad, responsabilidad y compromiso, transparencia en la rendición de cuentas, etc.; en cambio, en el modelo de gobernanza, una ciudad requiere de un gobierno verdaderamente democrático, abierto a escuchar y hacer a sus ciudadanos partícipes del proceso de desarrollo de las mismas. No obstante, la gobernanza no sólo necesita de procedimientos de participación social, requiere además de una sociedad de personas debidamente preparadas y conscientes de que comparten la responsabilidad con la vida pública de su ciudad, de verdaderos líderes que impulsen y motiven a la ciudadanía a actuar y participar. El paso de la gobernabilidad a la gobernanza supone que sus autoridades pasen de la exclusiva tarea de prestar servicios públicos a una gestión del desarrollo

19 Cfr. AGUILAR VILLANUEVA, Luis F., **Gobernanza y gestión pública**, FCE, México, 2015.
20 HABERMAS, Jürgen, P**roblemas de legitimación en el capitalismo tardío**, Ed. Cátedra, España, 1973.

sustentable de las ciudades.

Podemos ahora definir la gobernanza metropolitana como un proceso que persigue como finalidad última preparar adecuadamente la organización de todos los sectores de gobierno con la participación conjunta de la sociedad civil, organismos e instituciones con el objetivo de dotar de unidades administrativas eficaces para solucionar eficientemente las necesidades de ordenamiento territorial, dotación de servicios, desarrollo económico y otros requerimientos indispensables de las zonas metropolitanas.

Existe una amplia variedad de modelos de gobernanza, cada uno con características propias y distintivas que nos pueden ayudar a comprender diversos modelos que puede ser optativos para cada región, como: la gobernanza de un solo nivel, la gobernanza de dos niveles o supramunicipal, conjunto de autoridades intermunicipales o modelos no institucionales. Gobernanza a un solo nivel, se presenta en la asociación o concentración de varios municipios que conforman una zona metropolitana, por ejemplo, el caso de las ciudades de Toronto o Seúl; gobernanza de dos niveles o supramunicipal, en la que no se amalgaman los municipios que la configuran, pero sí existe una administración de otro grado que asegura la organización coordinada de la metrópoli, (Londres, Barcelona); Coordinación vertical: Las políticas metropolitanas se realizan por ámbitos de gobierno que ya existen (Federación, Estados); modelos no institucionales: cooperación voluntaria de municipios organizados por iniciativa propia. (Asociaciones intermunicipales o mancomunadas, requieren un liderazgo claro y ganas de cooperar).

En el sistema comparado, podemos aprender de ciudades que han implementado soluciones innovadoras en este tema. Brasil: Región Metropolitana de Natal, región del sur del continente americano con condiciones similares a las que prevalecen en México, 1.5 millones de pobladores, se forma por once municipios y está organizada bajo el Concejo de Desarrollo de la metrópoli, que cuenta con obligaciones tales como, planear, organizar e implementar todo lo concerniente a la infraestructura urbana para satisfacer las necesidades generales de los habitantes de los municipios conurbados. Otro caso se encuentra en Metro Vancouver en Canadá, con una población de dos y medio millones de personas formada por la agrupación de veintiún municipios, una comunidad natural (indígena) dotada de autonomía y una zona electoral, elabora sus proyectos de manera cooperativa y provee de bienes y servicios a nivel de toda la región.

Para que México pueda participar debe superar algunos retos, entre ellos está, observar con mayor diligencia la dirección de los fenómenos urbanísticos; marco legal que reconozca y regule con claridad el tema metropolitano y brinde las herramientas para establecer mecanismos de coordinación y

realizar una división proporcional tanto de los gastos que implica el desarrollo metropolitano como de los provechos que de este proceso se obtienen.

Para diseñar un modelo resulta importante destacar la perspectiva interdisciplinaria que reconoce el necesario involucramiento de otras áreas del conocimiento, entre las que destaca Arquitectura Urbana, Geografía, Economía, Ciencia Política, Sociología, Psicología Social, entre otras. Todas y cada una de estas materias aportan datos importantes para el diseño y planeación de la gobernanza metropolitana.

Tomando lo mejor de cada modelo, se identificaron varias cualidades que son esenciales para la construcción de un modelo de gobernanza para el desarrollo metropolitano de nuestro país. **Proyecto Organizacional.** Significa que debe realizarse un diseño en el que se dispongan los procedimientos, normatividad, estructura de la organización en su conjunto con base en la inclusión de la idea de gobernanza, de tal manera que todo esto permita el logro de metas y realización de tareas comunes con la participación de todos. **Cooperación** se maximizan beneficios y se minimizan los costos, se respalda la coordinación en la toma de decisiones entre sectores interrelacionados. **Suministro de servicios** es cuando un municipio realiza un servicio como abastecimiento de agua, recolección de desechos, manejo de desperdicio, alumbrado de más a una comunidad local. **Participación social** debe ser escuchada la opinión de la ciudadanía en relación a la forma de aplicación de los recursos, así como de todas aquellas actividades que tienen afectan de alguna manera el desarrollo de la comunidad en la que viven y que resulta esto ser el pilar de la gobernanza. **Uso del suelo** se refiere al giro al que se destinan los inmuebles que se encuentran dentro de una demarcación geográfica y deben definirse de acuerdo a los planes y programas de ordenamiento territorial a fin de ajustar la actividad de todos al orden y armonía social. **Financiación**, tal vez el mayor desafío, pues implica la seguridad de que se contará con los recursos económicos necesarios y suficientes para solventar los gastos públicos que precisa el desarrollo de las metrópolis tanto a corto, mediano y largo plazo, lo que no pudiera garantizarse sino mediante la anuencia de la sociedad civil y la convergencia de las instituciones políticas y gubernamentales de distintos niveles.

11. CONSIDERACIONES FINALES

Por último, se extraerán algunos conceptos y conjeturas que sirvan a modo de conclusión.

Los procesos territoriales y de urbanización de las áreas metropolitanas y ciudades importantes fueron analizados de acuerdo con todas las variables y elementos que se consideraron esenciales para comprender su evolución y

estructura actual.

Por ello, fueron examinados los conceptos fundamentales que intervienen como parte consustancial a dichos fenómenos de metropolización y tomando como supuesto de partida al municipio como la base del origen de la conformación de las ciudades.

Se distinguieron las categorías políticas que sirven como criterio para clasificar y diferenciar una ciudad de una metrópoli, conurbación o megalópolis.

Se reflexionó sobre la dinámica social del proceso demográfico de las zonas metropolitanas, así como de la dinámica económica del fenómeno metropolitano, considerando la forma que requiere la infraestructura y servicios públicos de las zonas metropolitanas.

Fueron también observadas las tendencias emergentes en los procesos metropolitanos en México y el mundo para finalmente examinar el marco jurídico correspondiente y las lagunas que existen al respecto en la legislación mexicana; y después de identificar los problemas y retos de las metrópolis, fueron propuestas algunas estrategias de solución, así como se planteó y argumentó sobre la justificación de la necesidad de hacer adecuaciones a la forma de administración pública para el desarrollo metropolitano y la inclusión del diseño de un modelo de gobernanza para las nuevas ciudades y zonas metropolitanas que permita la continuación y en su caso, creación de nuevas ciudades que procuren mejores condiciones de vida para sus pobladores con base en los fundamentos de la buena gobernanza.

Una zona metropolitana bien coordinada y correctamente dirigida, por lo general se traduce en un lugar con calidad de vida, lo que supone: inclusión, seguridad, sustentabilidad y competitividad.

Tenemos en nuestras manos como responsabilidad propia, no sólo lo que se decide hacer en el tiempo presente, sino lo que proyectamos hacia futuro. Un país como el nuestro, que ha logrado rebasar doscientos años de historia, nos ha dejado experiencias muy valiosas que hoy debemos tomar en consideración para planear el ordenamiento de nuestro territorio y su desarrollo urbanístico con cautela y por supuesto, el rumbo al que queremos dirigir nuestra historia.

REFERENCIAS

AGUILAR VILLANUEVA, Luis F., **Gobernanza y gestión pública**, FCE, México, 2015.

DE TOCQUEVILLE, Alexis, **La democracia en América**, FCE, México.

Delimitación de las zonas metropolitanas del 2005. Consultado en: http://www.conapo.gob.mx/work/models/CONAPO/zonas_metropolitanas/zm_2005.pdf.

Diccionario Etimológico Español, Ed. Biblograf, España, 1988.

Gobierno de México, **Conoce los beneficios de pertenecer a una zona metropolitana**. Consultado

en: https://www.gob.mx/inafed/es/articulos/conoce-los-beneficios-de-pertenecer-a-una-zona-metropolitana?idiom=es.

HABERMAS, Jürgen, **Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío**, Ed. Cátedra, España, 1973.

Las zonas metropolitanas de México. Consultado en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/ce/2014/doc/minimonografias/m_zmm_ce2014.pdf.

RENDÓN HUERTA BARRERA, Teresita, **Derecho Municipal**, Ed. Porrúa, México.

SLACK, Enid, **Financiación de políticas y servicios públicos metropolitanos**, Metrópolis/ Asociación mundial de las grandes metrópolis, 2019. Consultado en: https://www.metropolis.org/sites/default/files/2018-11/MetObsIP6_ES.pdf.

TREJO NIETO, Alejandra, "Las economías de las zonas metropolitanas de México en los albores del siglo XXI" en **Estudios demográficos urbano**s, vol.28, no.3, México, sep./dic., 2013. Consultado en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0186-72102013000300545&lng=es&nrm=iso&tlng=es#:~:text=Por%20su%20parte%20M%C3%A9ndez%20(2008,los%20mercados%20laborales%20%2Dvolumen%20y.

VENANCIO FLORES, Arturo y Alfonso IRACHETA CENECORTA, "Gobernanza metropolitana como estrategia para planificar y gestionar el desarrollo de la Zona Metropolitana del Valle de Toluca" en **Revista de Estudios Regionales**, 2ª. Época, Universidad Autónoma del Estado de México. España, 2015. Visible en: https://www.redalyc.org/pdf/755/75539637003.pdf .

Página del Consejo Nacional de Población. México. Visible en: https://www.gob.mx/conapo/documentos/sistema-urbano-nacional-2018.

Perfiles Demográficos y migración. Consultado en: http://observatorio.iinso.uanl.mx/index.php/diagnostico/diagnostico-03/diagnostico-0301.

15. PODER LOCAL E O DESENVOLVIMENTO URBANO SUSTENTÁVEL: UM ESTUDO A PARTIR DOS MODELOS BRASILEIRO E ESPANHOL

Janaína Rigo Santin

Pós Doutorado pela Universidade de Lisboa, com bolsa CAPES. Doutorado em Direito pela UFPR. Mestrado em Direito pela UFSC. Advogada e Professora Titular da UPF. Faz parte do corpo docente permanente do Mestrado em Direito e do Mestrado e Doutorado em História da UPF. Convidada do Mestrado em Governação e Gestão Pública da Universidade Agostinho Neto, em Angola-África. Colaboradora do PPGD da UCS.

Guilherme Rigo Berndsen

Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí, com dupla titulação no Master *en Territorio Urbanismo y Sostenibilidad Ambiental en el Marco de da Economía Circular*, na Universidade de Alicante (Espanha). Pós-graduação em Direito Processual Civil, pela Universidade Anhanguera-UNIDERP. Pós-graduação em Direito Civil Avançado, pela UNIVALI.

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Poder Local na Espanha e no espaço europeu: algumas aproximações; 3. Desenvolvimento Sustentável e Urbanismo: o caso espanhol; 4. As comunidades autônomas e a legislação urbanística local; 5. Desenvolvimento Sustentável e Poder Local: interfaces entre Brasil e Espanha; 6. Considerações Finais; Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Pretende-se no presente capítulo analisar o Poder Local como um novo paradigma de exercício do poder político, no qual sociedade civil e política são coautoras das leis e políticas públicas em âmbito local, com vistas a possibilitar a construção de cidades mais justas e sustentáveis. Congrega-se a perspectiva do Poder Local no direito comparado, eis que o artigo visa estudar práticas democráticas e de descentralização do poder no Brasil e na Espanha.

O Poder Local é uma categoria jurídica, política e sociológica, que alia descentralização do poder e participação dos cidadãos e movimentos sociais na gestão pública em âmbito local, regional ou Municipal. Parte-se da hipótese que, ao descentralizar o poder decisório para as instâncias administrativas mais próximas do cidadão, facilita-se a dinâmica democrática e participativa e, por conta disso, potencializa-se os instrumentos de controle em âmbito local no que tange à preservação ambiental e a sustentabilidade urbana.

No Brasil, o Judiciário tem sido habitualmente provocado para deliberar

sobre as violações aos direitos fundamentais, em especial, na área ambiental. Porém, é preciso ressaltar que, quando tais questões chegam ao Judiciário, o dano ambiental já ocorreu, e o que se busca é a penalização dos responsáveis. No presente capítulo, objetiva-se apresentar uma proposta de prevenção dessa litigiosidade, mediante o controle prévio e a atuação direta do cidadão no procedimento decisório das leis e políticas públicas municipais. Mediante procedimentos democráticos de definição das tutelas jurídico-políticas e controle do desenvolvimento econômico como um todo, os cidadãos poderão levar a público as suas demandas, definindo de maneira conjunta com o poder público, o desenvolvimento urbano sustentável de sua região, com vistas a aliar desenvolvimento econômico, preservação ambiental e justiça social para esta e para as futuras gerações.

Dessa forma, por meio do método hipotético-dedutivo e a partir de uma perspectiva comparada, pretende-se analisar as instituições de Poder Local no Brasil, comparando-as com o Poder Local na Espanha, tendo como foco a questão do desenvolvimento urbano sustentável. Mesmo em um país unitário, a Espanha tem uma tradição secular de valorização da descentralização e vem evoluindo cada vez mais na questão da sustentabilidade, inclusive, muito mais que no Brasil.

Assim, tenciona-se neste capítulo, realizar aproximações das instituições de Poder Local espanholas com as instituições de Poder Local brasileiras, a fim de verificar se a governança local pode potencializar a sustentabilidade como um todo, principalmente, em relação ao desenvolvimento urbano sustentável.

2. PODER LOCAL NA ESPANHA E NO ESPAÇO EUROPEU: ALGUMAS APROXIMAÇÕES

Tanto no Brasil, quanto na Espanha, a categoria Poder Local está muito presente, em especial nos textos constitucionais. A Carta Constitucional Brasileira de 1988 estabelece, em seu artigo 1.º, que o Brasil é um "Estado Democrático de Direito", irradiando assim os valores democráticos sobre todo o ordenamento jurídico e sobre todos os elementos constitutivos estatais. Da mesma forma, aumenta consideravelmente a descentralização administrativa, com a municipalização de grande parte dos serviços públicos, responsáveis pela efetivação de grande parte dos direitos fundamentais.

Por sua vez, na Espanha, o Poder Local articula-se em diferentes níveis territoriais de governo, constituído por uma pluralidade de órgãos, no qual o Estado espanhol se organiza territorialmente em dimensão nacional, regional – comunidades autônomas – e municipal. Os municípios espanhóis são regidos pelos respectivos "Ayuntamientos", integrados por "los Alcaldes

y los Concejales".[1]

Quanto a criação de leis dentro do território espanhol, a sua promulgação só ocorre em escala nacional, irradiando efeitos para toda a Espanha, ou em escala regional, ou seja, para as comunidades autônomas de forma individual.

Por certo, também na Espanha o processo de democratização das instituições jurídicas e políticas não foi algo que se obteve rapidamente, já que é uma construção não apenas institucional, mas, principalmente, cultural. Jordi Borja comenta o processo de descentralização aplicado na Espanha, afirmando que "a descentralização, do ponto de vista técnico, é um processo muito complicado se não se quer criar um caos e aumentar os custos consideravelmente."[2]

Já a participação, num primeiro momento, não foi aceita de pronto por todos, e gerou muitas resistências. Para o autor, "enquanto não forem criadas, numa cidade de quase 2 milhões de habitantes, estruturas descentralizadas eficientes, parece-me que é querer enganar as pessoas, estar a delinear grandes projetos de participação."[3]

Assim, a descentralização e a participação, para democratização das instituições em âmbito local é um projeto gradual, para o qual conclui dizendo que, "da mesma forma que agora, na Espanha, não há ninguém que se manifeste contra a democracia, tampouco se fala contra as autonomias. No caso, a descentralização e a participação, hoje, fazem parte da ideologia legítima, do consenso, aceita por todos."[4]

Por ser mais próximo do cidadão, o Poder Local é mais factível de ser democratizado e de oportunizar uma maior participação da comunidade.

> As soluções 'nacionais' – normalmente planejadas por burocratas que não vivem o cotidiano da população – são cada vez mais impotentes. Os sociólogos, economistas e demais cientistas sociais aprofundaram nas últimas décadas os estudos sobre o novo papel das cidades no novo contexto mundial. Este esforço é também necessário para reconstruir o Estado nacional, não somente a partir 'de cima', mas também a partir 'de baixo', ou seja, a partir de um novo tipo de descentralização e de novos processos de democratização, que possam ser experimentados, fundidos

1 MÁRQUEZ CRUZ, Guillermo. **Política y Gobierno Local**: la formación de gobierno em las Entidades locales en España. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 19-20.

2 BORJA, Jordi. A Descentralização como Estratégia de Valorizar a Cidade: o Caso de Barcelona. In: FISCHER, Tania (Org. e Coord.). **Poder Local** – governo e cidadania. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993. p. 125.

3 BORJA, Jordi. A Descentralização como Estratégia de Valorizar a Cidade: o Caso de Barcelona. In: FISCHER, Tania (Org. e Coord.). **Poder Local** – governo e cidadania. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993. p. 125.

4 BORJA, Jordi. A Descentralização como Estratégia de Valorizar a Cidade: o Caso de Barcelona. In: FISCHER, Tania (Org. e Coord.). **Poder Local** – governo e cidadania. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993. p. 127.

ao cotidiano da população.[5]

Por meio desse espaço, são produzidas identidades próprias à pluralidade de sujeitos, valorizando as redes de trocas locais e o próprio sentido de pertencimento. Transitam, nesses centros de poder, interesses diversificados dos vários setores da sociedade, os quais são contrastados uns com os outros; são, portanto, negociados e legitimados.[6]

Essa percepção da importância do avanço da descentralização, conjugada com mecanismos participativos de gestão da coisa pública em âmbito local foi reconhecida também em âmbito do direito comunitário, tendo a União Europeia em 1985 editado, em Estrasburgo, (com entrada em vigor em 1 de setembro de 1988) a Carta Europeia de Autonomia Local (2011).

A Carta foi formulada a partir da percepção das instituições comunitárias de que os entes ou autarquias locais são os principais fundamentos de um regime democrático, visto ser o espaço local o mais próximo do cidadão. Traz como pilares os princípios da descentralização e da democratização do poder político, e considera que "o direito dos cidadãos de participar na gestão dos assuntos públicos faz parte dos princípios democráticos comuns a todos os Estados membros do Conselho da Europa".[7]

Porém, apesar do ordenamento jurídico espanhol e também o direito comunitário europeu defenderem a descentralização do poder para as esferas administrativas menores (como as comunidades autônomas, na Espanha), o que se observa d´além-mar são os mesmos problemas de um déficit de participação democrática dos cidadãos nas instituições jurídico-políticas, em especial quando se constata a baixa participação da cidadania no processo eleitoral, eis que na Espanha o exercício do voto é facultativo.

Por sua vez, sabe-se que o espaço público europeu não traz nenhum debate público nas instituições comunitárias, as quais são integradas apenas pelos representantes dos Estados. Não há um espaço público real na Europa, em que a cidadania participe, decidindo. Não há um reconhecimento do pluralismo do conflito e nem uma articulação deste conflito mediante mediações políticas. O que há é a defesa de interesses nacionais nos órgãos supranacionais.[8]

Peter Haberle alerta uma situação de déficit democrático bastante presente na Europa: as convenções e tratados não são representativos da população, já

5 GENRO, Tarso, SOUZA, Ubiratan de. GENRO, Tarso; SOUZA, Ubiratan de. **Orçamento Participativo** – A experiência de Porto Alegre. 2.ed. São Paulo: Perseu Abramo, 1997. p. 10.

6 Ver DEMO, Pedro. **Participação É Conquista.** São Paulo: Cortez, 1988. p. 77.

7 ALEXANDRINO, José de Melo. Direito das Autarquias Locais. In: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro. **Tratado de Direito Administrativo Especial**. v. IV. Coimbra: Almedina, 2010.

8 Nesse sentido ver: SANTIN, Janaína Rigo. Constitucionalismo y Ciudadanía Europea: avances y retrocesos. **Revista del Derecho Constitucional Europeo**. Traducido del portugués por Augusto Aguilar Calahorro. Año 9, n. 17, enero-junio de 2012. Disponível em: http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/14_RIGO.htm. Acesso em 22 ago. 2020.

que somente Estados nacionais continuam sendo os "senhores dos Tratados". E aqui reside sua grande crítica: é preciso avançar do que se tem hoje na União Europeia, criando-se mecanismos de inserção e participação do povo como, por exemplo, referendos de dimensão europeia.[9]

A regionalização e a descentralização são importantes, mas somente elas não bastam para a democratização das instituições. Necessário se faz aumentar o espaço de participação dos cidadãos, individual e coletivamente, nas decisões políticas e jurídicas que afetem a sustentabilidade ambiental e a qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

3. DESENVOLVIMENTO URBANO SUSTENTÁVEL: O CASO ESPANHOL

Assim como outros países da Europa, a Espanha também passou por uma grave crise econômica nas últimas décadas, o que refletiu diretamente nas suas cidades e no seu planejamento urbano.

Nas palavras de Horacio Capel, o crescimento urbano espanhol ao longo do século XX desencadeou situações "explosivas". Com o rápido crescimento que se viu a partir da década de 70, houve a necessidade atender as demandas urbanísticas de asfaltamento, água, esgotamento sanitário, tratamento de resíduos, transportes urbanos, saúde, crescimento econômico, zonas verdes, áreas de lazer, bibliotecas, dentre outros.

A população urbana passou a reivindicar serviços e equipamentos públicos ao poder mais próximo e imediato, "*es decir, al poder local de los ayuntamientos, que seguían sin tener recursos para construir y mantener todos esos servicios.*[10]

Inúmeras cidades passaram a ter periferias e demais bairros de baixa renda de maneira crescente, trazendo, também, inúmeros impactos ambientais, sociais e urbanos,

> *El resultado ha sido una ocupación explosiva del territorio, produciendo la dispersión de la ciudad y, con ella, la insularización de los espacios naturales con la consiguiente pérdida de biodiversidad, la impermeabilización y el sellado de superficies inmensas, la distorsión del ciclo hídrico, la ruina de muchos valores paisajísticos, un galopante consumo de materiales, de agua y de energía y, con ello, una emisión de cantidades ingentes de contaminantes atmosféricos. Este proceso global de urbanización (en muchas ciudades españolas en tres décadas se ha duplicado y en ocasiones triplicado el suelo ocupado en toda la historia) supone tal consumo de recursos y tan elevado impacto contaminante sobre el conjunto de*

9 HÄBERLE, Peter. ¿Tienen España y Europa una Constitución? Traducido del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez. **Revista de Derecho Constitucional Europeo,** n. 12, jul./dez. 2009, p. 353-393. Disponível em: http://www.ugr.es/~redce/. Acesso em 05 nov. 2010.

10 CAPEL, Horacio. El urbanismo, la política y la economía (y viceversa). Una perspectiva comparada. **Revista Hábitat y Sociedad**, Espanha, n. 2, P. 155-78, mayo. 2011. Disponível: http://dx.doi.org/10.12795/HabitatySociedad.2011.i2.08. Acesso: mai. 2019. p. 172.

> *ecosistemas de la Tierra, que las incertidumbres creadas por ello nos llevan a afirmar que estamos inmersos en un proceso que no nos asegura el futuro y por ello es insostenible. Hoy se puede afirmar que las ciudades son los sistemas que mayor impacto generan en el Planeta y, por esto, sabemos que la batalla de la sostenibilidad la vamos a ganar o la vamos a perder en base a la organización y la gestión urbanas que desarrollemos a partir de ahora.*[11]

Verificou-se que a demanda por solução aos problemas urbanísticos e ambientais vinha crescendo rapidamente naquele país, o que acabou por levar, de maneira precursora, essa preocupação ao nível constitucional.

A partir disso, desde a Constituição espanhola de 1978 passou-se a editar uma legislação que contribuiu para afastar o modelo expansionista que existia até então, priorizando-se o desenvolvimento urbano sustentável, com a promoção do uso racional do solo e dos recursos naturais espanhóis.

O artigo 45 da Constituição espanhola de 1978 estabelece a preservação do meio ambiente como um dos princípios sociais constitucionais, inserido no Título I., denominado "*De los derechos y deberes fundamentales":*

> ***Artículo 45.- 1.*** *Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.*[12]

Assim, o direito de possuir e desfrutar de um meio ambiente ecologicamente equilibrado passou a ser mais que uma ambição daquela sociedade europeia, mas um direito fundamental que também possui deveres, ou seja, a utilização racional de todos os recursos naturais, objetivando a melhora na qualidade de vida.

Ocorre que, no cenário atual, além de um direito específico ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, também é necessário analisar e valorizar o Direito de fruição da própria Cidade, inclusive, sob a perspectiva do princípio da sustentabilidade. [13]

Consequentemente, para existir um ambiente ecologicamente equilibrado, também é necessário que exista um planejado desenho urbano, sendo este desenvolvido dentro dos parâmetros da sustentabilidade. Nesse contexto, a

11 PALENZUELA, Salvador Rueda. **El Libro Verde de Sostenibilidad Urbana y Local en la Era de la Información.** 1. ed. Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. Madrid, 2012. p. 22.

12 ESPANHA, **Constituição Espanhola de 27 de dezembro de 1978.** Disponível em: http://www.congreso.es/consti/. Acesso: 25 jul. 2020.

13 BERNDSEN, Guilherme; BODNAR, Zenildo. **A efetividade da tutela do meio ambiente urbano e o direito à cidade sustentável.** Revista Direito e Paz, v. v.1, p. 197-211, 2020.

Constituição Espanhola de 1978 dispõe, em seu artigo 47, que sociedade civil e política serão responsáveis conjuntamente pela definição de normas para regular a utilização do solo de acordo com o interesse de todos, com vistas a impedir especulações imobiliárias e subutilização do território e solos do país.

> ***Artículo 47.-*** *Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.*[14]

Nesse enquadramento de ideias, fazendo uma análise preliminar do supracitado artigo constitucional, Luciano José Parejo Alfonso, Geraldo Roger Fernández e Marcos Vaquer Caballería assim entendem:

> *El sometimiento que hace el precepto de la utilización del suelo al interés general nada tiene de especial: el suelo es un recurso económico y <toda la riqueza del país em sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general>, de conformidad con lo previsto em el artículo 128.1 de la Constitución.*[15]

Para concretizar estas disposições constitucionais, inúmeros profissionais da área da arquitetura, engenharia, jurídica, geografia, arquitetura e tantos outros, ligados pela interdisciplinaridade, buscaram promover um planejamento urbanístico sustentável, com melhoramento no padrão de qualidade das cidades espanholas e no padrão de vida das pessoas.

Portanto, foi criado um modelo que se propõe crescer economicamente com justiça social e equidade, bem como preservando o meio ambiente e os ecossistemas. E nesse sentido, "e*l urbanismo no es la excepción, sobre todo si se considera que la ciudad transforma de manera intensa el medio ambiente."*[16] Ou seja, o

14 ESPANHA, **Constituição da Espanha de 1978**. Disponível: http://www.congreso.es/consti/. Acesso: mar. 2019. "*A partir de la transición política, con la aprobación de la Constitución española de 1978 se hizo necesario un nuevo marco legal urbanístico. El artículo 47 establecía, como hemos visto, limitaciones a la propiedad privada. Al mismo tiempo, se señalaba la exigencia de gestionar de forma adecuada los recursos naturales (art. 45) y la necesidad de conservar el patrimonio histórico, artístico y cultural (artículo 46)*." CAPEL, Horacio. El urbanismo, la política y la economía (y viceversa). Una perspectiva comparada. **Revista Hábitat y Sociedad**, Espanha, n. 2, P. 155-78, mai. 2011. Disponível: http://dx.doi.org/10.12795/HabitatySociedad.2011.i2.08. Acesso: mai. de 2019. p. 166.

15 PAREJO ALFONSO, Luciano José; ROGER FERNANDEZ, Geraldo. **Comentarios a la ley de suelo** (ley 8/2007, de 28 de mayo). Madrid: Portal Derecho, 2007. p. 19.

16 RAMÍREZ, Teviño Alfredo, Sánchez Núñez, Juan Manuel. **Enfoques de desarrollo sostenible y urbanismo. Revista Digital Universitaria [en línea].** 10 de julio 2009, Vol. 10, No. 7 [Acesso: mai. 2019]. Disponível: http://www.revista.unam.mx/vol.10/num7/art42/int42.htm ISSN: 1607-6079. p. 08. *"El proceso de creación, crecimiento y transformación de la ciudad, es decir, el ciclo de vida útil de la edificación e infraestructuras, la forma en que se aborda su reforma o renovación y los cambios de paradigma, determinan los rasgos de cada periodo en la historia de la ciudad. Tradicionalmente, todos ellos eran muy estables y, por lo tanto, el modelo y paisaje de ciudad también lo era, pero en las dos últimas décadas interseculares, hemos asistido a una acelerada sucesión de los dos grandes paradigmas, es decir, de teorías cuyo núcleo central se acepta sin cuestionar, sobre la intervención y el futuro de la ciudad: crecer, desordenar las periferias y abandonar el centro; y su opuesto, limitar el crecimiento y volver a recuperar, por generación o renovación, la ciudad heredada."* CALDERON, Basilio; GARCIA-CUESTA, José-Luis. Utopía versus pragmatismo urbanístico en la ciudad españo-

papel do espaço local na Espanha é crucial, já que a maioria das pessoas vivem nas cidades.

> *Así, parece que los últimos años han traído numerosas novedades en materia de políticas y estrategias en torno a la ciudad. La sostenibilidad ha empezado a aparecer como finalidad propia o si no al menos como uno de los factores más importantes, incluso imprescindibles, a tener en cuenta; ya no se trata de un elemento más que pueda o no ser considerado, al igual que cualquier ley o norma se ha convertido en algo de obligado cumplimiento siempre y cuando el resultado supuesto que se persiga sea el positivo, y se entiende que es así. La sostenibilidad no es una alternativa, es ya una necesidad.*[17]

Assim, seguindo uma tendência mundial que objetiva criação e o desenvolvimento de cidades cada vez mais sustentáveis, a Espanha passou a tratar da questão ambiental por meio de seu Poder Local, onde a promoção do denominado urbanismo sustentável se mostra como uma resposta adequada para os problemas atuais. Tal método prima por um planejamento urbano que promova os espaços públicos, a mobilidade, aliado com edifícios inteligentes e abundante área verde.

Para regulamentar o desenvolvimento urbano sustentável na Espanha, objetivou-se traçar as linhas mestras e gerais sobre a regulamentação do solo e demais transformações urbanísticas sob a ótica da sustentabilidade, com a edição em 28 de maio a *Ley 8/2007*, conhecida como "*Ley del Suelo*", posteriormente alterada pelo Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de outubro.[18]

Supracitada lei veio para concretizar o disposto nos artigos 45 a 47 da Constituição espanhola, no que tange à proteção do meio ambiente, à conservação do patrimônio cultural e, sobretudo, ao direito à moradia, coibindo o uso privatístico e especulativo do solo em detrimento do interesse geral,[19] sendo a pedra angular do direito urbanístico espanhol, à semelhança do Estatuto da Cidade no direito urbanístico brasileiro.

Assim como na Constituição Brasileira (artigos 182 e 183), que necessitou de uma lei editada pela União para regulamentar a Constituição e dar diretrizes gerais sobre direito urbanístico em todo o país, verifica-se

la del siglo xxi. **EURE (Santiago),** v. 44, n. 132, p. 109-132, May 2018. Disponível: http://dx.doi.org/10.4067/s0250-71612018000200109. Acesso: mai. 2019. p. 68.

17 LAHOZ RODRÍGUEZ, Elísabeth, Reflexiones medioambientales de la expansión urbana. **Cuadernos Geográficos [*en linea]*** 2010, (Sin mes): [Acesso: mai. 2019] Disponível: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=17117027013. p. 302.

18 A primeira *Ley del Suelo* em Espanha foi editada em 1956, e a mais recente é esta de 2007, a qual sofreu uma atualização em 2015, sendo atualmente chamada de *Ley del suelo y rehabilitación urbana*. (Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de outubro. MATESANZ PARELLADA, Ángela. El Suelo em la legislación urbanística española. **Ciudades para um Futuro más sostenible**, Madrid, septiembre de 2009. Disponível em: http://habitat.aq.upm.es/boletin/n51/aamat.html. Acesso em 25 jul. 2020.

19 MARTÍN REBOLLO, Luis. **Colección Códigos Básicos Leyes Administrativas**. 24 ed. Pamplona. España: Editorial Aranzadi, 2018. p. 1923.

também que o legislador espanhol editou em âmbito central normas gerais sobre a ordenação urbana e territorial.

E, assim como no caso brasileiro, a *Ley del Suelo* espanhola, de caráter geral, atribuiu ao Poder Público local subsídios para criar normas específicas em seu âmbito de atuação, com intuito de atribuir e/ou criar áreas residenciais, agrícolas, industriais etc., com o objetivo de garantir o planejamento sustentável das cidades e combater a má utilização do solo e a tão famigerada especulação imobiliária.

Nesse enquadramento de ideias, a lei dispõe que é necessário planejar um crescimento urbanístico ordenado das cidades, aliado ao uso racional do solo, que pode ser um marco na busca de uma estratégia mais sustentável, baseada nas reais necessidades da população e da atividade econômica. Potencializando-se, assim, o adequado uso e ordenação do solo e dos demais recursos, especialmente os naturais considerando a sua intrínseca finitude. [20]

Assim, a partir da *Ley del Suelo*, houve uma mudança no método de valorização do solo, que além de buscar a ocupação dos espaços para fins econômicos, compatibilizou a questão econômica com a preservação ambiental e a justiça social. Veja-se:

> *Otro de los cambios es la reserva de un mínimo del 30% del suelo residencial para la construcción de viviendas protegidas. Por último, como uno de los puntos fuertes de la actual ley, el fomento de la transparencia, a través de la creación de un sistema de información urbana para toda España sobre suelo y urbanismo, así como la participación ciudadana en la elaboración de los planes. Destaca asimismo el que incluya, en la disposición adicional cuarta, unos criterios mínimos de sostenibilidad que limiten el crecimiento poblacional o de nuevo suelo clasificado por primera vez en una ley estatal.*[21]

Ou seja, a *Ley de Suelo* e, atualmente, o Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de outubro (*texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana*) traduzem bem o que aqui se defende como paradigma de poder político, ou seja, o Poder Local, capaz de aliar descentralização com participação.[22]

A atual legislação, além de trazer o princípio do desenvolvimento urbano sustentável, também apresenta a participação popular para tomada de decisões em relação ao solo e ao urbanismo como princípio geral, conforme artigo 4, número 3, "*la gestión pública urbanística y de las políticas de suelo fomentará la participación privada*".

20 BERNDSEN, Guilherme; BODNAR, Zenildo. **A efetividade da tutela do meio ambiente urbano e o direito à cidade sustentável**. Revista Direito e Paz, v. v.1, p. 197-211, 2020.

21 LAHOZ RODRÍGUEZ, Elísabeth, Reflexiones medioambientales de la expansión urbana. **Cuadernos Geográficos [en linea]** 2010, (Sin mes): [Acesso: mai. 2019] Disponível:<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=17117027013> ISSN 0210-5462. p. 308.

22 Para maior aprofundamento sobre Poder Local ver: SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI:** novos desafios da cidadania e do Poder Local. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

Essa gestão compartilhada é detalhada no capítulo I, quando trata do Estatuto básico do cidadão, e no Capítulo II, ao dispor sobre o Estatuto básico da iniciativa e participação na atividade urbanística. E no seu Capítulo I, traz direitos e obrigações ao cidadão, aumentando o seu controle cívico, inclusive, integrando as políticas pública e privada para promover mudanças positivas no território em benefício da coletividade.

> A derradeira e mais recente modificação ocorreu em 2015 (Real Decreto Legislativo 7/2015), em texto refundido que promoveu uma justaposição conceitual e adequação jurídica da Lei 20/2014, do Decreto Legislativo 2/2008 e da Lei 8/2013, que trata da reabilitação, regeneração e renovação urbanísticas. A nomenclatura herdada de 2007 se manteve, havendo basicamente dois regimes de solo: urbanizado (definido como todo aquele integrado à malha urbana) e rural (Art. 21), remetendo à ordenação territorial e urbanística a prerrogativa de instituir mecanismos de controle e proteção de solo preservado. Em termos substantivos, foi mantida a tendência à liberalização da produção do espaço urbano.[23]

O Real Decreto Legislativo 7/2015, mais precisamente no seu artigo 3º, dispõe sobre "*Principio de desarrollo territorial y urbano sostenible*", listando uma ampla gama de direitos e deveres para atingir tal intento tanto ao poder público quanto à sociedade como um todo.[24]

Referido Decreto Real, pode ser tratado como o guia basilar sobre ordem e utilização do território e uso do solo em Espanha atualmente vigente, obedecendo as políticas públicas com relevância constitucional. Nas palavras de Martín Rebollo, "*La Ley insiste em la perspectiva medioambiental. Sin desconocer que el crecimiento urbano seguirá siendo necesario, alude a la necesidad de responder a <los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto de aquel crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente.*"[25]

Segundo a lição de Luciano José Pareio Alfonso, todo o corpo normativo da lei está fundamentado na participação. Por isso, não trata somente do solo e da propriedade, mas de todos os direitos constitucionais integralizados.

> *Em consecuencia, la Ley propone también avances de relieve em el plano político, em el sentido más amplio del término. Desde la enunciación, por primera vez, de un catálogo mínimo de derechos y deberes de ciudadanía em relación con el suelo y urbanismo, a las reglas prácticas que aumentan el control cívico sobre las decisiones urbanísticas como la exigencia de someter todos los instrumentos*

23 GOULART, Jefferson Oliveira. O marco institucional da política urbana na Espanha e apontamentos comparativos com o Brasil. **Lua Nova**, São Paulo, n. 103, abril. 2018. Disponível: http://dx.doi.org/10.1590/0102-129/103. Acesso: mai. 2019. p. 240.

24 Para consulta do inteiro teor do dispositivo legal ver: ESPANHA. Ministerio de Fomento. **Real Decreto legislativo 7/2015**, de 30 de octubre. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 31 oct. 2015, p. 103232-103290. Disponível em: http:www.boe.es. Acesso em: 25 jul. 2020.

25 MARTÍN REBOLLO, Luis. **Colección Códigos Básicos Leyes Administrativas**. 24 ed. Pamplona. España: Editorial Aranzadi, 2018. p. 1924.

urbanísticos [...] [26]

Ou seja, o desenvolvimento urbano das cidades da Espanha passou a seguir a linha do princípio da sustentabilidade, conjugado ao princípio da participação, observando não somente o crescimento econômico expansivo, mas, também, obedecendo as necessidades ambientais e sociais das cidades, tornando-as mais ecológicas, inclusivas e democráticas.

> *El entero cuerpo normativo de la Ley está inspirado em una novedosa orientación a la ciudadanía – recuperando la noción de ciudad como ámbito de ciudadanía, como espacio colectivo em el que disfrutar y ejercer ese status – y debe ser viso con esta luz. Por ese ya no vincula su objeto sólo con el derecho de propiedad, sino con todos los derechos constitucionales concernidos, que son también los de participación em los asuntos públicos, de libre empresa, a disfrutar de un medio ambiente adecuado y a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.*[27]

Um dos objetivos mais importantes de qualquer projeto de futuro com sustentabilidade é, além do crescimento econômico e proteção ambiental, conjugar também a justiça social, com a busca constante pela melhoria das condições de vida das populações mais fragilizadas socialmente. Isso porque os problemas sociais e ambientais estão necessariamente interligados e somente será possível tutelar adequadamente o meio ambiente com a melhora das condições gerais destas populações.[28]

> *El desarrollo urbanstico sostenible postula una clasificación de los usos del suelo y, por lo tanto, de las edificaciones, infraestructuras, instalaciones y actividades que de la misma se derivan, desde una perspectiva ambiental y de la sostenibilidad especialmente con relación al consumo energético y al transporte, frente a la visión tradicional meramente economicista y arquitectónica.*[29]

Para atingir práticas sustentáveis mais adequadas ao espaço em que estarão inseridas, nada melhor do que serem elaboradas mais próximas aos cidadãos que serão atingidos por elas de maneira imediata. Segundo tal intuito, o ordenamento jurídico espanhol valoriza o Poder Local também no aspecto urbanístico, delegando às comunidades autônomas competência para realizar o planejamento urbano e regional conforme a sua realidade local. É o que se verá a seguir.

26 PAREJO ALFONSO, Luciano José; ROGER FERNANDEZ, Geraldo. **Comentarios a la ley de suelo (ley 8/2007, de 28 de mayo).** Madrid: Portal Derecho, 2007. p. 52.

27 PAREJO ALFONSO, Luciano José; ROGER FERNANDEZ, Geraldo. **Comentarios a la ley de suelo (ley 8/2007, de 28 de mayo).** Madrid: Portal Derecho, 2007. p. 52.

28 CRUZ, Paulo Márcio *et. al.* **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 50.

29 COMA, Martín Basools. La planificación urbanística y su contribución al desarrollo urbanístico sostenible. In: PARDO, José Esteve (coord.). **Derecho del medio ambiente y administración local.** ISBN: 84-609-8956-9. España: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2006. p. 683.

4. AS COMUNIDADES AUTÔNOMAS E A LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA LOCAL

Assim como a Constituição Brasileira de 1988 destinou às municipalidades elaborar o seu planejamento territorial com base no Plano Diretor Municipal, a Espanha também destinou ao Poder Local a regulamentação dos dispositivos definidos na Constituição e na *Ley del Suelo*.

Portanto, cabe às comunidades autônomas espanholas a competência de tratar sobre a ordenação do território, do urbanismo, e das habitações, conforme verifica-se no artigo 148 da Constituição Espanhola.

> ***Artículo 148.-*** *1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 1.º Organización de sus instituciones de autogobierno. 2.º Las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio y, en general, las funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre las Corporaciones locales y cuya transferencia autorice la legislación sobre Régimen Local. 3.º Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. 4.º Las obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio* territorio. [...] 9.º *La gestión en materia de protección del medio ambiente. 10.º Los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y redaíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales y termales. […] 16.º Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma. […]* [30]

As competências mais importantes sobre desenvolvimento sustentável em âmbito local estão dispostas no Art. 148 da Constituição Espanhola, cujo item "3" atribui ao âmbito regional a responsabilidade pela "*ordenación del territorio, urbanismo y vivienda*".

Ou seja, cabe às comunidades autônomas legislar e organizar o processo de ordenamento territorial e desenvolvimento urbano tanto no plano municipal como em escala regional. Ademais, estas também têm competências quanto a: alterações territoriais dos municípios; obras públicas; organização dos sistemas de transportes rodoviário e ferroviário; disposição de equipamentos como portos e aeroportos, dentre outros.[31]

Nesse contexto, a título de exemplificação traz-se aqui a *Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana*. Trata-se da ordenação em âmbito local da comunidade autônoma de Valência, na qual se enfatizam os objetivos estabelecidos na Carta Constitucional Espanhola e nas normas gerais de solo acima abordadas, as quais dispõe sobre a necessidade do desenvolvimento territorial sustentável das cidades *de la Comunitat Valenciana*.

30 ESPANHA, **Constitución Española 1978.** Disponível em: https://boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf. Acesso: 25 jul. 2020.

31 GOULART, Jefferson Oliveira. O marco institucional da política urbana na Espanha e apontamentos comparativos com o Brasil. **Lua Nova**, São Paulo, n. 103, abr. 2018. Disponível: http://dx.doi.org/10.1590/0102-129/103. Acesso: mai. 2019. p. 235.

> *Uno de los grandes objetivos de esta ley es la incorporación de la perspectiva de género como concepto transversal y transformador. Tal como aparece en la redacción de la Nueva agenda urbana de Naciones Unidas de la cumbre de Quito de 2017, estas se comprometen al cambio de paradigma de los modelos de ciudades, adoptando enfoques del desarrollo urbano y territorial sostenibles, integrados, centrados en las personas y teniendo en cuenta la edad y el género. […] El objetivo de facilitar la integración de los pilares de este desarrollo sostenible en la planificación territorial y urbanística, conlleva que la reforma legislativa se adapte a la citada legislación de evaluación ambiental del Estado.*[32]

Em seu artigo 3, a supracitada a lei traz o conceito do desenvolvimento territorial urbano sustentável, conforme segue abaixo:

> ***Artículo 3.*** *Concepto de desarrollo territorial y urbanístico sostenible. El desarrollo territorial y urbanístico sostenible es lo que garantiza la ordenación equilibrada del territorio, para distribuir de manera armónica las actividades residenciales y productivas de la población, así como los servicios y equipamientos, con los criterios de garantizar la salud y la calidad de vida de las personas, facilitando el acceso a una vivienda digna y de coste asequible, la prevención de riesgos, la conservación de los recursos naturales y la preservación de la flora y fauna natural y del paisaje. Para ello se satisfarán las demandas adecuadas y suficientes de suelo, de manera compatible con los anteriores objetivos, orientándolas de manera que se potencien asentamientos compactos, se minimice la ocupación de nuevos suelos, y se dé preferencia a la rehabilitación de edificios, la mejora de los espacios públicos urbanos y el reciclado de espacios ya urbanizados.*[33]

Verifica-se que a legislação urbanística espanhola em âmbito local, em especial na comunidade autônoma Valenciana, também se aprimorou em relação ao desenvolvimento urbanístico sustentável e à infraestrutura de qualidade. Priorizou o desenvolvimento do meio ambiente, da sociedade e da economia, em relação ao desenvolvimento urbano expansionista que até então vinha sendo praticado. Entendendo o solo como um produto econômico, a legislação constitucional espanhola optou por deixar a cargo dos Poderes Públicos locais as promoções necessárias para estabelecer o planejamento local de acordo com o interesse geral.

O solo é um recurso escasso, consequentemente, o urbanismo sustentável preocupa-se em como regenerar os espaços já existentes. Nesse sentido, a sustentabilidade urbana é a renovação do espaço já existente e a construção de novos espaços dentro do padrão de sustentabilidade, para que a população possa desfrutar de uma habitação digna e adequada dentro de um território ordenado e voltado à sustentabilidade, sem sofrer os altos custos da tão famigerada especulação imobiliária.

32 ESPANHA**, Ley 5/2014, de 25 de julio**, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana. Disponível: https://www.boe.es/eli/es-vc/l/2014/07/25/5. Acesso: jun. 2019

33 ESPANHA**, Ley 5/2014, de 25 de julio**, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana. Disponível: https://www.boe.es/eli/es-vc/l/2014/07/25/5. Acesso: jun. 2019

> *Y es que la sostenibilidad, renovación y regeneración como atributos del nuevo paradigma social-urbano, integran lo que hemos denominado pragmatismo urbanístico, es decir, del fin de la utopía social y urbanística, reducida ahora a cuestiones relacionadas con las denominadas soluciones inteligentes impulsadas por la necesidad ante un futuro medioambientalmente comprometido e incierto. De la ciudad social y urbanísticamente utópica, se ha pasado al más descarnado y necesario pragmatismo o posibilismo autocontenido: menor consumo de suelo, de energía, y de recursos.*[34]

No que tange à questão da água, importa ressaltar que a comunidade autônoma de Valência, historicamente, adota mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos sobre questões ambientais e urbanísticas. É o que ocorre, por exemplo, no Tribunal das Águas de Valência, que existe há mais de mil anos e tem por competência a disciplinar o uso da água em âmbito local[35].

> A principal fonte jurídica do Tribunal das Águas de Valência pode ser encontrada na Constituição espanhola de 27 de dezembro de 1978, que, em seu artigo 125, dispõe: "Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales". Como desenvolvimento direto da Constituição espanhola, e podendo ser aplicado a este Tribunal das Águas, aponta-se o Estatuto de Autonomia da Comunidade Valenciana, Lei orgânica de 01 de julho de 1982, que em seu artigo 39 diz: En relación a la Administración de Justicia, exceptuada la Militar, corresponde a la Generalidad Valenciana: Primera. Ejercer todas las facultades que las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Consejo General del Poder Judicial, reconozcan o atribuyan al Gobierno del Estado. Segunda. Fijar la delimitación de las demarcaciones territoriales de los órganos jurisdiccionales en su territorio y la localización de su capitalidad. Tercera. Coadyuvar en la organización de los Tribunales consuetudinarios y tradicionales, y en especial en el Tribunal de las Aguas de la Veja Valenciana, y en la instalación de los Juzgados, con sujeción, en todo caso, a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial**.** [36]

Não pertencendo ao Poder Judiciário, o Tribunal das Águas de Valência serve de exemplo de organismo de resolução de conflitos não judicial, "que atribui a sua milenar eficiência em resolver litígios sobre recursos hídricos na

34 CALDERON, Basilio; GARCIA-CUESTA, José-Luis**.** Utopía versus pragmatismo urbanístico en la ciudad española del siglo xxi. **EURE (Santiago),** v. 44, n. 132, p. 109-132, May 2018. Disponível: http://dx.doi.org/10.4067/s0250-71612018000200109. Acesso: mai. 2019. p. 78.

35 Para uma visão de direito comparado entre as disposições relativas aos recursos hídricos na União Europeia e no Mercosul ver: SANTIN, Janaína Rigo; CORTE, Thaís Dalla. **O Direito das Águas Subterrâneas no Brasil, no Mercosul e na União Europeia**: um estudo comparado. Santa Maria: UFSM, 2013.

36 OLIVEIRA. Celso Maran de. Tribunais de recursos hídricos: abordagem sobre o tribunal da água de Florianópolis o tribunal da água de Valência e a possibilidade de implantação no Brasil. **Revista de Direito Internacional, Econômico e Tributário**, v. 03, 2008, p. 107-142Disponível em: https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/4494/2803. Acesso em 23 ago. 2020.

região do Rio Túria ao princípio da oralidade, o qual desencadeia diversos outros, com o fito de se conseguir rapidamente a solução do caso". [37]

5. DESENVOLVIMENTO URBANO SUSTENTÁVEL E PODER LOCAL: INTERFACES ENTRE BRASIL E ESPANHA

Conforme analisado anteriormente, o quadro urbanístico espanhol apresentou uma grande semelhança do que ocorreu no Brasil nas últimas décadas, houve um intenso processo de urbanização.

Nesse contexto, a Conferência das Nações Unidas sobre o desenvolvimento sustentável de 2012 projetou que, em 2050, cerca de 75% da população viverá em zonas urbanas, sendo, inclusive, estas cidades responsáveis por consumir 70% da energia global.

Por tais motivos, seguir o *principio de desarrollo urbanistico y terrritorial sostenible* é tão importante para o aumento da qualidade de vida da população, uma vez que, desenvolvimento urbano, ambiental, econômico e social, devem estar intimamente interligados, com o único objetivo de tornar as cidades mais sustentáveis e harmônicas para as presentes e futuras gerações. [38]

> *El crecimiento económico a ultranza es visto como condición para proteger a la naturaleza. La idea de inversión, a fin de lograr un desarrollo sostenible, asegura la compatibilidad del crecimiento económico y el desarrollo con la protección del medio ambiente. El crecimiento económico y el fortalecimiento de la competitividad se reflejarán en inversión privada en la naturaleza y la biodiversidad y un descenso en términos absolutos de las emisiones peligrosas para el medio ambiente como resultado del desarrollo tecnológico de la empresa privada. Esta concepción apuesta por un "crecimiento inteligente" de la economía suponiendo que disminuye la presión general sobre el medio ambiente. Siendo así, el desarrollo sostenible será consecuencia del crecimiento económico.*[39]

Assim, para melhorar a qualidade de vida da população espanhola, bem como da própria cidade e do meio ambiente, foi necessário estabelecer projetos que envolviam o desenvolvimento urbano sob a ótica da sustentabilidade, seja ela econômica, espacial, social ou ambiental, nos quais a participação cidadã é um dos seus elementos fundamentais.

E essa questão vai ao encontro do que aqui se entende como Poder

37 OLIVEIRA, Celso Maran de; ZANQUIM JUNIOR, José Wamberto; ESPINDOLA, Isabela Battistello. O Tribunal arbitral como instrumento jurídico alternativo de solução de conflitos hídricos no Brasil. **Ambient. soc.**, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 145-162, mar. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414753X2016000100009&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 23 ago. 2020. http://dx.doi.org/10.1590/1809-4422asoc150150r1v1912016.

38 CAPEL, Horacio. El urbanismo, la política y la economía (y viceversa). Una perspectiva comparada. **Revista Hábitat y Sociedad**, Espanha, n. 2, P. 155-78, mayo. 2011. Disponível: http://dx.doi.org/10.12795/HabitatySociedad.2011.i2.08. Acesso: mai. 2019. p. 170.

39 RAMÍREZ, Teviño Alfredo, Sánchez Núñez, Juan Manuel. **Enfoques de desarrollo sostenible y urbanismo. Revista Digital Universitaria [en línea].** 10 de julio 2009, Vol. 10, No. 7 Acesso: mai. 2019. Disponível: http://www.revista.unam.mx/vol.10/num7/art42/int42.htm ISSN: 1607-6079. p. 06.

Local, ou seja, um novo paradigma de exercício do poder político, fundado na emancipação da cidadania, a qual vai além do sufrágio universal para ser chamada cotidianamente a decidir, em conjunto com os governantes locais, as leis e políticas públicas capazes de garantir o desenvolvimento sustentável da sua região.[40]

Trata-se de romper as fronteiras burocráticas que separam a sociedade civil e a sociedade política e recuperar o controle do cidadão nas decisões sobre questões jurídicas e políticas em sua comunidade.[41] Conjugar práticas de democracia participativa à representação tradicional, em espaços geográficos mais próximos dos cidadãos, a fim de potencializar procedimentos democráticos e extrajudiciais de decisão sobre as tutelas jurídico-políticas. A partir disso, cidadãos, agindo de forma conjunta com o poder público, passarão a ser responsáveis pelo seu destino e pelo destino de toda a sociedade.[42]

Para a concretização deste modelo de democracia participativa será preciso elaborar uma articulação dialética entre a sociedade civil e o Estado, entre participação e representação. Romper com o modelo de desenvolvimento paternalista e altamente centralizado de o Estado assumir a responsabilidade total em resolver os problemas dos indivíduos e o desenvolvimento sustentável do país. Reconhecer a ideia de que um Estado que devolve à comunidade o poder de decidir sobre seu futuro, potencializando os direitos fundamentais, a qualidade de vida e o desenvolvimento sustentável, fortalece-se a si mesmo.[43]

É uma proposta procedimental, indicativa de um método democrático e discursivo de concepção das tutelas jurídico-políticas, mais legítimo, em que cada cidadão, individual ou coletivamente, será considerado não apenas destinatário, mas coautor das normas e políticas públicas em âmbito local. Aperfeiçoa-se a aplicação do dinheiro público e previnem-se futuras lesões ao meio ambiente, já que aqueles que são diretamente atingidos pelas leis e políticas públicas municipais serão também seus coautores.

Essa perspectiva nada mais é do que o desenvolvimento de uma democracia representativa aliada à democracia participativa, caracterizada pela atuação conjunta da sociedade civil às instituições estatais no desenvolvimento sustentável da região, reconhecendo-se aquela como a origem e o destino do poder.

40 SANTIN, Janaína Rigo. O Tratamento Histórico do Poder Local no Brasil e a Gestão Democrática Municipal. **Estudos Jurídicos: Unisinos**, v. 40, p. 72-78, 2007.

41 SANTIN, Janaína Rigo. Princípio constitucional da participação e poder local: uma análise a partir do Ordenamento Jurídico brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto**, Luanda, n. 10, p. 9-27.

42 SANTIN, Janaína Rigo. O tratamento histórico do poder local no Brasil e a gestão democrática municipal. **Estudos Jurídicos,** v. 40, n. 2. pp. 72-78, jul./dez. 2007.

43 MOLINA SAUCEDO, Carlos Hugo et al. **Apre(he)ndiendo la Participación Popular**: análisis y reflexiones sobre el modelo boliviano de descentralización. La Paz: Offset Boliviana EDOBOL, 1996.

Por meio dessa nova cultura participativa e associativa apresenta-se uma maneira de superação da tradição de decisões voltadas aos grandes donos do poder, interessados no desenvolvimento sustentado, mas não sustentável. Construir-se "uma estrutura institucional mais democrática, posto que ancorada na sociedade civil e não nas elites que tradicionalmente controlam a sociedade política"[44]

A democracia, mais do que um regime de governo, é uma metodologia a ser desenvolvida culturalmente,[45] lançando suas luzes sobre todas as instituições sociais e jurídico-políticas. Deve ser reinventada cotidianamente. Logo, a ser concretizada a gestão democrática e o Poder Local dá-se um salto qualitativo para inserir na democracia representativa elementos de democracia participativa, potencializando a efetivação os direitos fundamentais, em especial os direitos relativos ao meio ambiente sustentável, de interesse difuso.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem dúvida, é impossível à democracia prescindir da representação, ante a magnitude e complexidade dos Estados contemporâneos, de todo diferentes das *polis* gregas. As eleições são fundamentais para a democracia, como um procedimento instrumental da expressão da confiança popular em seus representantes. Entretanto, não absorvem a plenitude democrática, a qual deve ser mantida viva durante toda a gestão pública do eleito, como o impulso que vivifica e anima sua atuação.

Assim, não se pode resumir a democracia apenas no poder do povo em eleger seus representantes de quatro em quatro anos. Essa concepção favorece o desinteresse sistemático dos administrados pela vida política, a apatia, a abstenção, a resignação ante a corrupção, a falta de confiança nos governantes e a abdicação da participação na vida pública, fatores que corroem o ideal democrático.

Essa visualização formal da democracia esvazia seu escopo de prática de resistência ao poder do Estado. Um discurso destinado a oferecer a segurança que afasta toda a possibilidade de interrogação, interpretação e questionamento sobre as instituições estatais e a maneira como se dão as gestões públicas. Tal maneira de encarar a democracia não é nada mais que um totalitarismo mascarado, um modelo com poucas oportunidades de práticas de resistência e de criatividade, destinado à uniformização do pensamento e à desmobilização dos cidadãos.

44 VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Globalização**. Rio de Janeiro: Record, 1997. p. 78.
45 HUSZAR, George B.de. **Aplicações Práticas da Democracia**. Tradução de: J. L. Melo. Rio de Janeiro: Record, 1965. p. 14.

Nesse sentido, o espaço local mostra-se como um *locus* privilegiado para a efetivação deste modelo de formação dialética das tutelas jurídico-políticas entre sociedade civil e sociedade política. Por estar o Município mais próximo ao cidadão, facilita-se o controle direto da cidadania sobre os atos de seus gestores públicos, assim como a participação da sociedade civil, tanto individual quanto coletivamente, nas decisões sobre leis e políticas públicas a serem executadas em âmbito local ou regional.

Registra-se, também, que somente o desenvolvimento urbano sustentável das cidades, que inclui os espaços de maior valor ambiental e maior qualidade de vida, pode trazer os benefícios sociais do crescimento ordenado e planejado de uma cidade, exaltando todo o seu potencial de transformação positiva das pessoas e do espaço em que habitam.

Supracitado modelo de desenvolvimento urbano sustentável avança na direção do planejamento de acordo com um uso mais racional do solo e dos recursos naturais existentes, inclusive, tornando a sustentabilidade e o planejamento urbano não mais uma alternativa, e, sim, uma necessidade.

Sua adoção exige um acordo entre todos os atores do processo de gerenciamento urbano, ou seja, administradores, governantes, profissionais de diversas áreas e a própria sociedade em geral, através de suas associações e órgãos de classe.

Trata-se da inauguração de um novo modelo de gestão pública, fundado na emancipação de uma nova cidadania, na emergência de uma sociedade civil organizada e atuante, ao lado do Poder Público, capaz de controlar a atuação dos governantes e do mercado na preservação ambiental e na adoção de políticas pautadas na sustentabilidade. Impor ao Estado, pela participação dos indivíduos, o devido controle democrático, no sentido de fazê-lo cumprir com suas obrigações constitucionais, sem distinções ou favoritismos, preservando o meio ambiente tanto para estas quanto para as futuras gerações

Assim, o artigo conclui que a descentralização das políticas públicas e a participação da sociedade civil no seu planejamento e execução são fatores relevantes para a concretização do desenvolvimento urbano sustentável, e por isso são muito presentes as interfaces sobre o Poder Local, tanto no Brasil, quanto na Espanha.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo. Direito das Autarquias Locais. In: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro. **Tratado de Direito Administrativo Especial**. v. IV. Coimbra: Almedina, 2010.

BERNDSEN, Guilherme; BODNAR, Zenildo. **A efetividade da tutela do meio ambiente urbano e o direito à cidade sustentável**. Revista Direito e Paz, v. v.1, p. 197-211, 2020.

BORJA, Jordi. A Descentralização como Estratégia de Valorizar a Cidade: o Caso de Barcelona. In: FISCHER, Tania (Org. e Coord.). **Poder Local** – governo e cidadania. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993.

CALDERON, Basilio; GARCIA-CUESTA, José-Luis. Utopía versus pragmatismo urbanístico en la ciudad española del siglo xxi. **EURE (Santiago),** v. 44, n. 132, p. 109-132, May 2018. Disponível: http://dx.doi.org/10.4067/s0250-71612018000200109. Acesso: mai. 2019.

CAPEL, Horacio. El urbanismo, la política y la economía (y viceversa). Una perspectiva comparada. **Revista Hábitat y Sociedad**, Espanha, n. 2, P. 155-78, mai. 2011. Disponível: http://dx.doi.org/10.12795/HabitatySociedad.2011.i2.08. Acesso: mai. de 2019.

COMA, Martín Basools. La planificación urbanística y su contribución al desarrollo urbanístico sostenible. In PARDO, José Esteve (coord.). **Derecho del medio ambiente y administración local.** ISBN: 84-609-8956-9. España: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2006.

CRUZ, Paulo Márcio *et. al.* **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012.

DEMO, Pedro. **Participação É Conquista.** São Paulo: Cortez, 1988.

ESPANHA, **Constituição Espanhola de 27 de dezembro de 1978.** Disponível em: http://www.congreso.es/consti/. Acesso: 25 jul. 2020.

ESPANHA**, Ley 5/2014, de 25 de julio**, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana. Disponível: https://www.boe.es/eli/es-vc/l/2014/07/25/5. Acesso: jun. 2019.

ESPANHA. Ministerio de Fomento. **Real Decreto legislativo 7/2015**, de 30 de octubre. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 31 oct. 2015, p. 103232-103290. Disponível em: http:www.boe.es. Acesso em: 25 jul. 2020.

GENRO, Tarso, SOUZA, Ubiratan de. GENRO, Tarso; SOUZA, Ubiratan de. **Orçamento Participativo:** A experiência de Porto Alegre. 2.ed. São Paulo: Perseu Abramo, 1997.

GOULART, Jefferson Oliveira. O marco institucional da política urbana na Espanha e apontamentos comparativos com o Brasil. **Lua Nova**, São Paulo, n. 103, abr. 2018. Disponível: http://dx.doi.org/10.1590/0102-129/103. Acesso: mai. de 2019.

HÄBERLE, Peter. ¿Tienen España y Europa una Constitución? Traducido del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez. **Revista de Derecho Constitucional Europeo,** n. 12, jul./dez. 2009, p. 353-393. Disponível em: http://www.ugr.es/~redce/. Acesso em 05 nov. 2010.

HUSZAR, George B.de. **Aplicações Práticas da Democracia**. Tradução de: J. L. Melo. Rio de Janeiro: Record, 1965.

LAHOZ RODRÍGUEZ, Elísabeth, Reflexiones medioambientales de la expansión urbana. **Cuadernos Geográficos [en linea]** 2010, (Sin mes). Disponível: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=17117027013. Acesso em: 20 maio 2019.

MÁRQUEZ CRUZ, Guillermo. **Política y Gobierno Local**: la formación de gobierno em las Entidades locales en España. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2007.

MARTÍN REBOLLO, Luis. **Colección Códigos Básicos Leyes Administrativas**. 24 ed. Pamplona. España: Editorial Aranzadi, 2018.

MATESANZ PARELLADA, Ángela. El Suelo em la legislación urbanística española. **Ciudades para um Futuro más sostenible**, Madrid, septiembre de 2009. Disponível em: http://habitat.aq.upm.es/boletin/n51/aamat.html. Acesso em 25 jul. 2020.

MOLINA SAUCEDO, Carlos Hugo et al. **Apre(he)ndiendo la Participación Popular**: análisis y reflexiones sobre el modelo boliviano de descentralización. La Paz: Offset Boliviana EDOBOL, 1996.

OLIVEIRA, Celso Maran de; ZANQUIM JUNIOR, José Wamberto; ESPINDOLA, Isabela Battistello. O Tribunal arbitral como instrumento jurídico alternativo de solução de conflitos hídricos no Brasil. **Ambient. soc.**, São Paulo, v. 19, n.1, p. 145-162, mar. 2016. Disponível em: http://www.

scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2016000100009&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 23 ago. 2020.

OLIVEIRA. Celso Maran de. Tribunais de recursos hídricos: abordagem sobre o tribunal da água de Florianópolis o tribunal da água de Valência e a possibilidade de implantação no Brasil. **Revista de Direito Internacional, Econômico e Tributário**, v. 03, 2008, p. 107-142. Disponível em: https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/4494/2803. Acesso em 23 ago. 2020.

PALENZUELA, Salvador Rueda. **El Libro Verde de Sostenibilidad Urbana y Local en la Era de la Información.** 1. ed. Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. Madrid, 2012.

PAREJO ALFONSO, Luciano José; ROGER FERNANDEZ, Geraldo. **Comentarios a la ley de suelo** (ley 8/2007, de 28 de mayo). Madrid: Portal Derecho, 2007.

RAMÍREZ, Teviño Alfredo, Sánchez Núñez, Juan Manuel. Enfoques de desarrollo sostenible y urbanismo. **Revista Digital Universitaria [en línea].** 10 de julio 2009, Vol. 10, No. 7 [Acesso: mai. 2019]. Disponível: http://www.revista.unam.mx/vol.10/num7/art42/int42.htm ISSN: 1607-6079.

SANTIN, Janaína Rigo. Constitucionalismo y Ciudadanía Europea: avances y retrocesos. **Revista del Derecho Constitucional Europeo**. Traducido del portugués por Augusto Aguilar Calahorro. Año 9, n. 17, enero-junio de 2012. Disponível em: http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/14_RIGO.htm. Acesso em: 22 ago. 2020.

SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI:** novos desafios da cidadania e do Poder Local. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

SANTIN, Janaína Rigo. O Tratamento Histórico do Poder Local no Brasil e a Gestão Democrática Municipal. **Estudos Jurídicos: Unisinos**, v. 40, p. 72-78, 2007.

SANTIN, Janaína Rigo; CORTE, Thaís Dalla. **O Direito das Águas Subterrâneas no Brasil, no Mercosul e na União Europeia:** um estudo comparado. Santa Maria: UFSM, 2013.

SANTIN, Janaína Rigo. Princípio constitucional da participação e poder local: uma análise a partir do Ordenamento Jurídico brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto**, Luanda, n. 10.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Globalização**. Rio de Janeiro: Record, 1997.

16. CONTEMPORANEIDADES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE NUEVOS MECANISMOS MUNICIPALES PARA GARANTIZAR EL DERECHO HUMANO AL MEDIO AMBIENTE

Martina Arroyo Díaz

Profesora de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Doctorando en Derecho por la misma universidad. Correo: martinaarroyo_9@hotmail.com.

Luis Antonio Lozano Zamora

Licenciado en Derecho, estudiante de maestría en Derecho Fiscal por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Correo: llozano.sercom@gmail.com.

Luis Guillermo Zazueta Beltrán

Estudiante de la licenciatura en Filosofía de la Universidad Autónoma de Sinaloa. Correo: guillermozazueta.ffyl@uas.edu.mx.

Sumario: 1. Consideraciones iniciales; 2. El derecho administrativo municipal y la protección al medio ambiente; 3. Mecanismos municipales para la protección del derecho ambiente a un medio ambiente sano; 4. La implementación en la hacienda pública municipal de la contribución especial por gasto; 5. Casos actuales aplicables; 6. Consideraciones finales; Bibliografía.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

La participación del municipio en la tutela a los derechos humanos es innegable, por una parte, porque la reforma constitucional al artículo primero, refiere la obligación de toda autoridad de respetar y hacer respetar estos, y por otra parte, porque al ser la más cercana al gobernado, le permite advertir en tiempo real la problemática cotidiana que se vive en cada uno de los pequeños y grandes municipios, rurales o urbanos y por ende, la posibilidad de buscar soluciones mediante las facultades que se les hubieran otorgado, mismas que en nuestro sistema de derecho, deben encontrarse previstas en una norma legal o reglamentaria; así, la tutela al derecho humano a un medio ambiente sano, se suma a la larga lista de tareas a cargo del municipio, previstas principalmente en el artículo 115 constitucional, el cual además de establecer el régimen jurídico-político, delimita la formación de la hacienda pública municipal, en el cual se establecen las diversas fuentes de ingresos a favor de los entes municipales. Por lo que, aun cuando existen ordenamientos federales y estatales que imponen obligaciones a los ayuntamientos en materia de medio ambiente, así como

diversos reglamentos que atribuyen facultades para prevenir, sancionar y remediar actos que importen la vulneración a ese derecho humano, lo cierto, es que ésta regulación no resulta del todo armónica y suficiente para que la administración municipal pueda en forma eficiente y efectiva garantiza el respeto a un medio ambiente sano, más aun, cuando además de que estas normas se encuentran dispersas, el municipio enfrenta en forma bastante grave la falta de recursos económicos para cumplir con dichas tareas públicas.

2. EL DERECHO ADMINISTRATIVO MUNICIPAL Y LA PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE

Las atribuciones de autoridad que competen al funcionamiento, organización, poderes y deberes del municipio se encuentran contenidas en lineamientos de distintos órdenes, que participan en una estrecha relación que no llega a contradecirse en un proceso que puede describirse como escalonado. Partiendo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tenemos las bases para entender la concepción del Derecho Administrativo de todos los municipios del país y que eventualmente se encuentran con regulaciones estatales y locales.

Este marco jerárquico reconoce la autonomía de cada eslabón al ser la Constitución Federal la que regula la estructura política municipal y las leyes que lo estructuran; las leyes y constituciones estatales y locales, aquellas que marcan la organización del gobierno y su administración, así como el poder político municipal junto con las jurisdicciones de sus órganos y sus finanzas; mientras que los estatutos municipales, los que velan por el acatamiento de los órdenes anteriores, ya sean estatales o federales.

De acuerdo con el Artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos "los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, democrático, laico y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa"[1]. Con respecto a esto, el municipio se conformará por los lineamientos federales y estatales, y será a partir de un proceso de elección popular directa que se elija al Presidente o Presidenta municipal, así como a distintos representantes del orden de sindicatura y regiduría.

A su vez, es la autonomía de cada uno de los municipios fundamental para comprender el funcionamiento de estos, particularmente dentro de tres esferas: política, administrativa y financiera; es decir:

> Los municipios estarán investidos de personalidad jurídica y manejarán

1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (véase en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf, consultado el 14/08/2020).

> su patrimonio conforme a la ley. Los ayuntamientos tendrán facultades para aprobar, de acuerdo con las leyes en materia municipal que deberán expedir las legislaturas de los Estados, los bandos de policía y gobierno, los reglamente, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisprudencias, que organicen la administración pública municipal, regulen las materias, procedimientos, funciones y servicios públicos de su competencia y aseguren la participación ciudadana y vecinal[2].

Específicamente en lo referente a la dimensión administrativa, hace referencia a la necesidad de gestionar los asuntos locales directamente, mediante la organización interna y el ejercicio de funciones y servicios públicos, garantizando una mejor ejecución debido a la cercanía que posee el ayuntamiento con sus gobernados. Finalmente, el objeto de dichas regulaciones será establecer:

a) Las bases generales de la administración pública municipal y del procedimiento administrativo, incluyendo los medios de impugnación y los órganos para dirimir las controversias entre dicha administración y los particulares, con sujeción a los principios de igualdad, publicidad, audiencia y legalidad:

b) Los casos en que se requiera el acuerdo de las dos terceras partes de los miembros de los ayuntamientos para dictar resoluciones que afecten el patrimonio inmobiliario municipal o para celebrar actos o convenios que comprometan al Municipio por un plazo mayor al periodo del Ayuntamiento;

c) Las normas de aplicación general para celebrar los convenios a que se refieren tanto las fracciones III y IV de este artículo, como el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 116 de esta Constitución;

d) El procedimiento y condiciones para que el gobierno estatal asuma una función o servicio municipal cuando, al no existir el convenio correspondiente que el municipio de que se trate esté imposibilitado para ejercerlos o prestarlos; en este caso, será necesaria solicitud previa del ayuntamiento respectivo, aprobada por cuando menos las dos terceras partes de sus integrantes; y

Las disposiciones aplicables en aquellos municipios que no cuenten con los bandos o reglamentos correspondientes[3].

En este marco, uno de los aspectos más importantes para los administrados en el ámbito municipal es el que compete a la protección del medio ambiente. Para entender este bien, es necesario posicionarlo en lo colectivo, situado en la esfera social, causa tanto de derechos como de obligaciones, sin embargo, al no poseer sus partes un valor dentro de un mercado, ante un agravio se dificulta solicitar una recomposición "*in natura*" o dineraria, por lo que siempre procede el principio preventivo y precautorio, luego la recomposición y finalmente la

2 *Ibidem*.
3 *Ibidem.*

reparación[4]. Si bien su protección es una problemática que escala a los poderes federales, estatales y municipales, no cabe duda de que al ser el último el que vela directamente con el ciudadano por estos intereses es que merece especial atención, aunado a que actualmente las obras de temática ambiental se enfocan al plano federal o internacional.

En lo que compete a la Constitución, esta marca en el artículo 4°, tercer párrafo: "el derecho a un ambiente sano para su desarrollo y bienestar. Donde el estado garantizará el respeto a este derecho. Mientras que el daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley"[5]. Por su parte el artículo 27° señala la necesidad de restaurar y preservar el equilibrio ecológico junto con la capacidad de crear reservas naturales, sobre este punto, compartimos la visión de Lunas Canales, con respecto a que esto último obedece a una preocupación del ambiente en términos económicos, debido a su conservación como recursos aprovechables y no como elementos ambientales[6], esto abre la puerta a dos panoramas que poseen una estrecha relación en protección y sanción, en los que las regulaciones municipales y estatales serán fundamentales: el primero de ellos, el ya mencionado cuidado del medio ambiente; y segundo, la protección del derecho humano a un ambiente sano.

Al respecto la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA), prevé "la preservación y restauración del equilibrio ecológico, así como a la protección al ambiente, en el territorio nacional y las zonas sobre las que la nación ejerce su soberanía y jurisdicción"[7]. Por parte de los Municipios, de acuerdo con el artículo 8° de esta ley, se espera que estos formulen, conduzcan y evalúen la política ambiental de su Municipio, por medio de los instrumentos previstos en las leyes locales en esta materia[8].

Las labores del Municipio, según la LGEEPA, comprenden las de crear y administrar zonas de preservación ecológica de los centros de población, jardines públicos y parques urbanos junto con otras áreas análogas, bajo los lineamientos del artículo 20 *bis* 4, que profundizan en los programas de ordenamiento ecológico, como es el caso de determinar y gestionar áreas ecológicas en relación con los centros de población. Por otro lado, es menester considerar el papel de estos para una respuesta efectiva ante contingencias y emergencias de carácter ambiental conforme a políticas y programas de protección civil.

En lo referente al concepto de ambiente, será preciso mostrar que de

4 LORENZETTI, Ricardo Luis, **Teoría del derecho ambiental,** Porrúa, D.F., 2008, p. 33-34.
5 **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**
6 CANALES, Armando Luna, "Municipio y medio ambiente", en **El Municipio en México,** ed. Manuel González Oropeza y David Cienfuegos Salgado, Editora Laguna, D.F., 2007, p. 461.
7 Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (véase en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/148_050618.pdf, consultado el 14/08/2020).
8 *Ibidem.*

acuerdo al artículo 3° de la LGEEPA, este se define como "el conjunto de elementos naturales y artificiales o inducidos por el hombre que hacen posible la existencia y desarrollo de los seres humanos y demás organismos vivos que interactúan en un espacio y tiempo determinados"[9]. Dicho brevemente, de acuerdo con esta definición, no cabe duda de que garantizar y acatar estos lineamientos que en mayor medida giran en torno a la protección del medio ambiente, facilitan a su vez la garantía al derecho de vivir en un ambiente sano para toda persona, factor clave para posibilitar su desarrollo, salud y bienestar.

Pues, continuando con el artículo 3° de dicha ley, sería necesario aunado a lo dicho hasta el momento, subrayar elementos como son el desarrollo sustentable, pues es un proceso que evalúe mediante criterios ambientales, económicos y sociales aquello que tienda a una mejor calidad de vida para las generaciones por venir, sin que esto signifique descuidar factores de equilibrio ecológico, en el entendido de que esto es a su vez la misma interdependencia de los elementos que conforman el ambiente y que es lo que posibilita la existencia y desarrollo del ser humano.

Finalmente, es fundamental de acuerdo con la fracción XXXVIII de dicho artículo posibilitar un proceso de formación tanto en el ámbito escolar como extraescolar para toda la sociedad en conductas enfocadas en el desarrollo ambiental y social. Esta educación comprende la racionalización de conocimientos y formación de valores que garanticen la preservación de la vida, elemento fundamental para cultivar un ambiente apropiado para el desarrollo de los seres humanos, y en cuya formación han de intervenir principalmente las autoridades municipales[10].

3. MECANISMOS MUNICIPALES PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO

Al ser el municipio la figura reconocida como la base organizacional del estado, es que sobre este tiende a recaer la atención inmediata del y hacia el ciudadano respecto de muchas de las afectaciones que sufre la sociedad; tal es el caso de la violación al derecho a un medio ambiente sano; pues si bien es cierto en los tres niveles de gobierno existen las facultades y mecanismos pertinentes para poder salvaguardar tanto este como otros derechos; es de vital importancia estar atentos de la existencia y relevancia de aquellos que se encuentran al alcance del gobierno municipal.

En el caso particular del municipio de Monterrey en el Estado de Nuevo León, por su relevancia industrial y habitacional al tratarse de la ciudad

9 *Ibidem.*
10 *Ibidem.*

capital, conlleva a una diversidad de actividades productivas y sociales, por ende la necesidad de crear e imponer mecanismos y procedimientos con los que se pretende atender el tema relativo al cuidado y protección del medio ambiente, uno de ellos es el Reglamento de Protección Ambiental e Imagen Urbana de Monterrey, el cual enfrenta los posibles escenarios de afectación al medio ambiente, que a su vez implicarían la violación al derecho humano a un medio ambiente sano de la sociedad; siendo esto mediante la vigilancia, prevención y sanción.

Así entonces, la tutela de la autoridad municipal en su ámbito de vigilancia se regula expresamente a través del citado reglamento en forma precisa en su numeral 110 que vincula su obligación como gobernante a llevar a cabo programas de vigilancia acordes a las prioridades ambientales establecidas por el mismo municipio, a fin de localizar los impactos negativos al derecho humano al medio ambiente sano colectivo.

Por su parte, el gobernado dentro de su reconocimiento poblacional tutelado cuenta con un mecanismo a través de la denominada denuncia ciudadana que atribuye a la autoridad, de información, para hacerse conocedora de posibles impactos negativos a fin de llevar a cabo una investigación al respecto, manteniendo informado en todo momento a dicho denunciante; situación que si bien es cierto, es conveniente a fin de salvaguardar la afectación que los particulares están percibiendo en lo que a su derecho al medio ambiente sano respecta, puede llegar a ser insuficiente, ya que aun cuando la autoridad municipal realice sus investigaciones no conlleva necesariamente al cese de la acciones que afecten al medio ambiente, ni mucho menos la reparación causada al colectivo poblacional.

Así entonces, aun cuando existen los mecanismos para realizar las investigaciones de las posibles afectaciones causadas por particulares, estas pueden ser atribuibles no solo al municipio como ente sino también al estado como entidad federativa y a la autoridad federal, lo que no se subsana con los convenios de colaboración que a la fecha pudieran estar suscritos, ya que sus alcances aún son limitados, esto en virtud de que los municipios como tal, tienen actualmente capacidad y atribuciones limitadas en su accionar, a pesar de ser quienes se encuentran en una relación directa con los ciudadanos afectados por las violaciones a su derecho al medio ambiente sano.

Ahora bien, en lo referente a las acciones preventivas con que este nivel de gobierno cuenta, existen varios dispositivos diseñados a fin de proteger el interés público, tal y como son los siguientes:

Suspensiones temporales y/o definitivas de actividades en los casos en que las actividades, servicios y/o procesos en cuestión se detecte son una fuente inmediata de afectaciones al medio ambiente.

La prohibición de actos de uso de bienes muebles o inmuebles.

Restricción de horarios o días de labores.

Inmovilización de bienes que incumplan con los lineamientos planteados en las Normas Oficiales Mexicanas en la materia.

Aseguramiento precautorio de material peligroso, así como de especies de flora y fauna silvestre.

La suspensión de establecimientos en que se encuentren fuentes contaminantes.

De igual manera, la autoridad municipal cuenta con facultades sancionadoras a efecto de desincentivar la práctica de acciones y/o actividades tendientes a generar efectos negativos en el derecho social de contar con un medio ambiente sano, así como el de resarcir dichas afectaciones, estos mecanismos surten vital relevancia en razón de que dichos mecanismos se activan al momento de existir una afectación tangible en el medio ambiente, por lo cual estos mecanismos deben de surtir una dualidad de efectos, no solamente el de generar una consecuencia punible al infractor, sino la de resarcir el daño sufrido por la sociedad en general, razón por la cual este tipo de mecanismos consideramos deben de robustecerse a efecto de que la autoridad municipal se encuentre facultada para brindar una solución eficiente y expedita a afectaciones generadas en beneficio y resguardo de este derecho.

Dichas actividades sancionadoras las clasifica la norma en su numeral 137 del reglamento citado en:

- **Amonestación.-** Si bien esta atribución está contemplada en la norma aplicable, resulta insuficiente para sancionar, puesto que su efecto es bastante limitado al no percibir el infractor alguna repercusión tangible como consecuencia del menoscabo infringido al derecho social del medio ambiente sano, por lo que a pesar de estar en sus atribuciones, consideramos no debe de ser empleado en demasía ya que su aplicación en sí, implica que efectivamente se ha llevado a cabo una transgresión al derecho de los ciudadanos, y debería de ser considerada en realidad una consecuencia inherente a la facultad de vigilancia, y no en sí a la facultad sancionadora de la autoridad municipal.
- **Multa**.- Respecto a estas posibles sanciones consideramos deben de ser impuestas con suma cautela ya que tal y como lo manifiesta el diverso artículo 141 de la norma, y en atención a los principios de proporcionalidad y equidad, se deben de atender a las condiciones económicas del infractor, más a pesar de que esta autoridad es una autoridad administrativa y no jurisdiccional, es menester el llevar a cabo un ejercicio de ponderación respecto a la jerarquía de los derechos en colisión, ya que si bien es cierto la sanción conforme al reglamento puede

llegar a ser desproporcionada en relación a la capacidad económica del infractor, también lo es que la afectación colectiva generada en razón de la conducta del infractor ha repercutido en el derecho de una colectividad, siendo en consecuencia la afectación a la sociedad superior al ánimo del infractor; e incluso superior al derecho de este último, por lo cual, en atención a la legislación actual, en que se conmina a toda autoridad a llevar a cabo la ponderación en comento a fin de que siempre se encuentren salvaguardados los derechos fundamentales, siendo necesario analizar los alcances de la afectación para poder determinar el importe de la multa correspondiente, y no limitarse únicamente a la condición económica del infractor.

- **Clausura; en sus diversas modalidades, ya sea total o parcial; y temporal o definitiva.-** Si bien es cierto es un mecanismo eficiente puesto que en forma inmediata previene que se continúe con las actividades identificadas que generan un menoscabo al derecho humano a un medio ambiente sano; también lo es que este por sí solo no necesariamente es suficiente para salvaguardar dicho derecho, lo anterior toda vez que puede existir afectación ya consumada que requieran de actos de remediación, lo cual parcialmente es contemplado por el multicitado reglamento, ya que este contempla la posibilidad de imponer simultáneamente a la presente sanción, la de reponer la biomasa vegetal perdida, más el derecho a un medio ambiente sano no se limita a la biomasa vegetal, puesto que existe una gran diversidad en el medio ambiente, por lo cual es aconsejable el ahondar en el estudio de las posibles afectaciones generadas a fin de sancionar con acciones tendientes a una mayor reparación del daño, pues por citar un ejemplo, si se diera el caso de la modificación del cauce natural de un río, podría conllevar como consecuencia el daño a todo un ecosistema, no solamente a la biomasa vegetal, sino que se estaría ante una afectación a la flora y fauna de suma importancia para el desarrollo de una comunidad, lo que inevitablemente terminaría por trastocar el derecho a un medio ambiente sano.
- **Revocación de las autorizaciones, permisos o licencias otorgadas.-** Respecto a esta sanción es necesario observar previamente el otorgamiento de dicha autorización o licencia otorgada para llevar a cabo la actividad que actualmente genera efectos negativos al medio ambiente, lo anterior en razón de que dicha autorización o licencia debe de considerar, al momento de su otorgamiento el resultado de un estudio de impacto ambiental que considere mayores alcances a los actuales contemplados, esto con la finalidad de que la autoridad otorgante pueda allegarse de los elementos necesarios para poder determinar si la actividad a desarrollar podrá coadyuvar junto con el plan de desarrollo municipal vigente a obtener un desarrollo sustentable para la sociedad; lo anterior ya que es posible que del referido estudio se desprenda desde sus orígenes la exposición de la posible afectación al derecho a un medio

ambiente sano, y a pesar de ello se hubiere expedido la autorización o licencia que se pretende revocar, por lo que al ejecutar esta facultad de la autoridad, se estaría violentando el derecho de los particulares a contar con certeza jurídica, situación que en consecuencia otorgaría la facultad a estos particulares para acudir ante instancias federales buscando obtener la suspensión de dicho acto administrativo, cuya ulterior consecuencia sería la de una afectación continua y permanente al derecho de los ciudadanos a un medio ambiente sano.

- **Demolición de construcciones o instalaciones efectuadas en contravención con la normatividad aplicable.-** Respecto a esta sanción, si bien es cierto cumple con su carácter de remediación, es necesario el atender a los factores que llevaron a encontrarse ante tal situación, ya que la existencia de una construcción y/o instalaciones no permitidas, por la norma son posibles en gran medida por la falta de supervisión de la autoridad municipal, si bien es cierto el particular es consciente de la regulación en la materia, la autoridad debe de contar con los recursos suficientes para poder disponer de personal capacitado para inspeccionar las actividades que puedan generar algún menoscabo al medio ambiente .
- **Reposición en especie de la biomasa vegetal perdida.-** En lo relativo a esta sanción consideramos conveniente el robustecerla contemplando la posibilidad de una afectación no solo en la biomasa vegetal, sino que la remediación contemple acciones tendientes a la remediación de la fauna afectada por las actividades del infractor.
- **Arresto hasta por treinta y seis horas.-** En cuanto a este tipo de sanción si bien es cierto tiene un alcance disuasorio considerable, es necesario percatarnos que la severidad de la sanción no es lo suficientemente eficaz para poder evitar que los particulares lleven a cabo actividades que puedan poner en riesgo el derecho social a un ambiente sano, por lo que es menester el considerar la posibilidad de elevar el grado de sanción de un arresto de treinta y seis horas, a una sanción corporal mayor, a fin de cumplir cabalmente con el efecto disuasorio pretendido con este mecanismo, lo anterior aunado a que tal y como se ha planteado en líneas precedentes, los mecanismos existentes no son del todo eficaces para garantizar el derecho a un ambiente sano.
- **Trabajo a favor de la comunidad.-** A nuestra consideración esta es una excelente medida impuesta por la autoridad municipal, ya que dentro de las condicionantes para su aplicación es que el trabajo a realizar tenga como objetivo el atenuar el impacto ambiental negativo generado; de igual manera esta sanción es una alternativa para la autoridad en el caso de que el infractor sea un particular sin recursos económicos suficientes para poder hacer frente a los costos y/o sanciones para llevar a cabo la remediación del daño generado, puesto que en dichos casos, se le sancionará con esta medida a fin de que mitigue el daño ambiental

> generado. El inconveniente o deficiencia que se logra vislumbrar con esta sanción, es que sus alcances son limitados, lo anterior en virtud de que si bien es cierto genera un acto de remediación tendiente a salvaguardar el derecho a un medio ambiente sano; también es cierto que la redacción misma de la norma no constriñe al infractor a resarcir el impacto negativo generado por sus actividades, sino solo a atenuar o mitigar sus efectos, por lo cual se considera conveniente el ampliarlos alcances de este mecanismo a fin de que se configure como una alternativa eficaz para la salvaguarda del derecho humano a un ambiente sano.

En razón de los mecanismos anteriormente enlistados con que cuenta la autoridad municipal, podemos percatarnos que si bien es cierto que en la actualidad tanto el municipio de Monterrey, como la gran mayoría de los municipios en el país cuentan con normatividad aplicable a la materia, así como mecanismos de diversa magnitud para salvaguardar el derecho a un ambiente sano, también es necesario darnos cuenta que no son por sí mismos capaces de salvaguardar en su totalidad este derecho, puesto que sus alcances son limitados, ya sea por la efectividad de los mismos, como por las esferas jurídicas de las atribuciones del municipio ante los niveles de gobierno estatal y federal. Es por lo anteriormente expuesto que es necesario el implementar mecanismos adicionales o bien robustecer los actuales con procesos que coadyuven a incrementar la eficiencia de estos, ya que por citar un ejemplo, actualmente a nivel federal es necesaria la realización de un estudio de impacto ambiental para efecto de poder determinar la afectación al derecho social por alguna actividad realizada, siendo en consecuencia igualmente necesario que la autoridad municipal lleve a cabo mayores acciones a fin de poder determinar en forma precisa la afectación generada con el propósito de estar en condiciones de cuantificar los recursos necesarios para poder llevar a cabo los trabajos de remediación, puesto que tal y como se comentó en líneas precedentes, los trabajos actualmente contemplados de remediación son limitados únicamente a la reposición de biomasa vegetal.

4. LA IMPLEMENTACIÓN EN LA HACIENDA PÚBLICA MUNICIPAL DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL POR GASTO

El régimen de la hacienda pública municipal establecido en el artículo 115, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone que los ingresos municipales provienen entre otras fuentes, de las contribuciones establecidas por la legislatura local, cuya materia gravable principalmente es la propiedad inmobiliaria.

Conforme al precepto constitucional invocado, el municipio obtiene los ingresos más importantes por la vía de contribuciones, especialmente los impuestos que gravitan sobre bienes inmuebles, como se advierte de la Ley

de Ingresos de los Municipios para el Estado de Nuevo León[11] en la cual se señalan las contribuciones en esta materia; así tenemos el impuesto predial, el impuesto sobre adquisición de inmuebles y el impuesto sobre mejoría específica de la propiedad.

Adicionalmente a las contribuciones vías impuestos establecidas en la citada Ley, se establecen además, el cobro de derechos que gravan diferentes servicios prestados por el municipio, así como una contribución por nuevos fraccionamientos, sin considerar dentro de las diversas contribuciones, las llamadas contribuciones especiales cuya materia imponible esté referida a bienes raíces.

En este punto cabe precisar lo que debe entenderse como contribución especial, a fin de distinguirla de los impuestos y los derechos; ¿Qué es una contribución especial? La fracción III del artículo 3 del Código Fiscal del Estado de Nuevo León[12], refiere que son contribuciones especiales las prestaciones cuyo presupuesto de hecho se caracteriza por un beneficio económico particular proporcionado al contribuyente por la realización de obras públicas o de tareas estatales o municipales provocadas por las actividades del contribuyente.

La definición que establece el citado código fiscal estatal, permite identificar dos distintos presupuestos legales en la contribución especial; el primero, cuando se trata de la existencia de un beneficio económico particular proporcionado al contribuyente por la realización de obras públicas, contribución que en la doctrina generalizada se conoce como contribución de mejoras; figura tributaria reconocida en la fracción III del artículo 2o del Código Fiscal de la Federación vigente[13].

El segundo supuesto legal que establece el código tributario estatal se refiere a la realización de tareas estatales o municipales provocada por las actividades del contribuyente; a este último caso se refiere Sergio Francisco de la Garza cuando señala que la contribución por gasto no fue reconocida en el código fiscal federal, pues éste solamente refiere dos tipos de contribuciones especiales, esto es, la contribución de mejoras y las aportaciones de seguridad social.

De la contribución por gasto, Sergio F. De la Garza, en su obra clásica Derecho Financiero Mexicano[14], refiere que la contribución por gasto no se encuentra prevista en la legislación mexicana y cuando se presenta tiene una

11 **Ley de ingresos de los municipios del Estado de Nuevo León para el año 2019** (véase en: http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/leyes/ley_de_ingresos_de_los_municipios_del_estado_de_nuevo_leon_para_el_ano_2019/, consultado el 15/08/2020).

12 **Código Fiscal del Estado de Nuevo León,** (véase en: http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/codigos/codigo_fiscal_del_estado_de_nuevo_leon/, consultado el 16/08/2020).

13 **Código Fiscal de la Federación,** (véase en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/8_090120.pdf, consultado el 16/08/2020).

14 DE LA GARZA, Sergio Francisco, **Derecho Financiero Mexicano,** Ed. Porrúa, 28ª ed., México, 2008, p. 358.

regulación defectuosa, confundiendo a esta con frecuencia con los derechos, por ello, define a la contribución por gasto como la prestación en dinero legalmente obligatoria, a cargo de aquellas personas que provocan con su actividad un gasto público especial en el Estado.

Para el citado autor[15], las características de la contribución por gasto son las siguientes:

> 1. Prestación en dinero. En el derecho tributario mexicano, la mayoría de las contribuciones se pagan en dinero al ente público, a fin de atender en forma general las erogaciones previstas en el presupuesto de egresos.
>
> 2. Es una obligación *exlege*. Como toda contribución, la fuente de la obligación radica en la existencia del presupuesto legal en una ley, en su sentido formal y material, cuya realización provoca el nacimiento de la obligación
>
> 3. El presupuesto de hecho está referido a un gasto provocado o incrementado con motivo de la realización de una actividad particular, la cual debe ser lícita, de carácter económico, por virtud de la cual se provoca que una entidad pública realice una erogación que tiene origen en esa actividad del particular.
>
> 4. El autor del hecho generador es el particular que provoca el gasto. Al tratarse de una contribución que se origina por los gastos realizados por la entidad pública como resultado de una actividad particular, debe estimarse que el autor del hecho generador es precisamente el sujeto particular.
>
> 5. El sujeto pasivo es el particular que provoca el gasto. Esto es, la persona física o moral que la realiza la actividad provocadora del gasto.

Como se dijo, la figura tributaria de la contribución por gasto no se encuentra reconocida como tal en la codificación federal ni estatal, en tanto que el primer ordenamiento solo reconoce la contribución de mejoras y las aportaciones de seguridad social, mientras que la legislación fiscal estatal (Nuevo León), solo ofrece una definición de la contribución especial, de la cual se desprenden dos tipos de ellas, contribución de mejoras y contribución por gasto, no obstante, en las Leyes de Ingresos para el Estado de Nuevo León y para sus Municipios, se ha incorporado dicho tributo, pues el legislador únicamente delimitó el concepto de contribución especial, pero no la desarrolló en norma fiscal alguna, o por lo menos, en los ordenamientos estatales o municipales en materia tributaria no aparece figura alguna cuya denominación corresponda a la contribución especial por gasto.

5. CASOS ACTUALES APLICABLES

Siguiendo la línea de pensamiento del tratadista De la Garza, ¿puede considerarse que la contribución por gasto se encuentra prevista en la

15 *Ibid.*, pp. 357-358.

legislación fiscal vigente en el Estado de Nuevo León, pero con una regulación defectuosa?, para resolver esta cuestión es importante analizar uno de los casos en que las características de la contribución por gasto descritas por el citado autor se pueden identificar en el tipo tributario relativo a los derechos por el control y limpieza de lotes baldíos, previstos en la Ley de Ingresos para los Municipios del Estado de Nuevo León y la Ley de Hacienda para los Municipios del Estado de Nuevo León.

Conviene hacer un breve paréntesis antes de abordar el análisis de la citada figura de derechos municipales por control y limpieza de lotes baldíos, pues el Código Fiscal del Estado de Nuevo León[16] dispone que son derechos las contribuciones establecidas en ley por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público del Estado, así como por recibir servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público.

Respecto a la definición de derechos descrita, la doctrina es coincidente al estimar que los derechos son contribuciones que se causan por recibir servicios del Estado en sus funciones de derecho público, así, Raúl Rodríguez Lobato[17], señala que los derechos son contribuciones en dinero que establece el Estado conforme a la ley, con carácter obligatorio, a cargo de las personas físicas y morales que de manera directa e individual reciben la prestación de servicios jurídicos administrativos inherentes al propio Estado en sus funciones de derecho público y que están destinadas al sostenimiento de esos servicios.

Conforme a lo anterior, los derechos como contribuciones se causan cuando el particular (contribuyente) recibe un servicio por parte del Estado, actuando éste en funciones de derecho público, como sucede cuando se expide una licencia para conducir, o bien, cuando se realiza la inscripción de una escritura pública de compraventa de un inmueble, en estos casos, es cierto que el servicio se presta como resultado de una obligación prevista en un diverso ordenamiento legal o reglamentario (legislación civil, por ej.), no obstante se requiere que el particular usuario del servicio acuda ante la autoridad correspondiente a solicitar el servicio referido, quien recibido el pago procede a prestar el servicio, esta última característica distingue entonces al derecho como tributo, pues, si bien es cierto que el servicio lo debe solicitar el particular para cumplir con una diversa obligación legal, que al mismo tiempo le representa un beneficio (el uso de la licencia para fines personales o laborales, así como cumplir con una norma reglamentaria, por ejemplo), **lo cierto es que en tanto el particular no se acerque ante la autoridad a solicitar el servicio y efectúe el pago respectivo, la autoridad pública no puede proporcionar el mismo, no obstante se trate de una obligación impuesta en una norma legal.**

16 **Código Fiscal del Estado de Nuevo León,** *op. cit.*
17 **Derecho Fiscal,** Ed, Oxford, tercera edición, México, 2014.

Vistas las características que enmarcan la figura tributaria del derecho, puede observarse que en el caso de los llamados derechos por el control y limpieza de lotes baldíos, se presenta un supuesto distinto a los derechos, al establecerse en el artículo 65 de la Ley de Hacienda para los Municipios del Estado de Nuevo León[18], la obligación de los propietarios de predios baldíos o casas desocupadas para que se efectúe la limpieza de los mismos tres veces al año, en los meses de marzo, julio y noviembre; dispone que en caso de ser necesario, la autoridad municipal se encuentra facultada para requerir en cualquier momento al propietario para la limpieza de estos inmuebles, por razones de insalubridad o inseguridad.

Previene, además, el precepto legal en cita, que ante el incumplimiento del propietario de los referidos inmuebles, la autoridad municipal procederá a realizar los trabajos de limpieza necesarios, por sí mismo, o a través de la contratación de terceros, estableciendo la obligación de pago de dichos servicios conforme a las cuotas fijadas en proporción a las dimensiones del inmueble de que se trate, así como las multas a que se hiciera acreedor el citado propietario.

Como se advierte de lo dispuesto en el ordenamiento municipal invocado, el derecho por el control y limpieza de lotes baldíos, será prestado por la autoridad municipal, ante el incumplimiento de la obligación del propietario del inmueble, lo que conlleva a que no se trate en esencia de la figura contributiva del derecho, sino que se trata de una verdadera contribución especial.

Lo anterior es así, pues como se dijo, los derechos se pagan por recibir servicios del Estado en funciones de derecho público, los cuales tienen sustento en una obligación legal, como sucede en el caso de la limpieza de lotes baldíos, sin embargo, en este caso, el derecho se paga cuando el particular incumple con la obligación de limpiar el inmueble, en cuyo caso es la autoridad municipal o un tercero autorizado por ella, quien realiza las tareas de limpieza del predio respectivo, con lo cual se aparta de las características que se presentan en los derechos, pues no se requiere que el particular solicite la prestación del servicio, sino que, ante la inactividad del particular o dicho desde otra óptica, el particular mantiene un predio en condiciones de insalubridad, conducta que permite a la autoridad municipal intervenir en el predio realizando los servicios de limpieza, sin que sean solicitados por el particular, situación que acerca a este supuesto legal a la figura de la contribución por gasto.

En efecto, contrario a lo que sucede con los demás derechos municipales (rastro, refrigeración, control de higiene de carnes, construcciones y urbanizaciones, entre otros), aunque se trata de servicios prestados por la

18 **Ley de Hacienda para los Municipios del Estado de Nuevo León,** (véase en: http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/pdf/LEY%20DE%20HACIENDA%20PARA%20LOS%20MUNICIPIOS%20DEL%20ESTADO%20DE%20NUEVO%20LEON.pdf, consultado el 17/08/2020).

autoridad municipal en funciones de derecho público, de la redacción a tales derechos se desprende que es el particular quien debe acudir ante la entidad pública a solicitar dichos servicios y proceder al pago, en algunos casos, se requiere que estos se paguen en forma anticipada; en ese orden de ideas, los llamados derechos por control y limpieza de lotes baldíos, se prestan por la autoridad municipal ante la negativa del particular de cumplir con la obligación de mantenerlos limpios, misma que debe cumplirse tres veces en el año calendario, por lo que, los servicios de limpieza se prestan cuando el particular simplemente no atiende a la referida obligación o dicho de otra forma, mantiene el predio en estado de insalubridad.

Estos servicios de limpieza también se prestan por la autoridad municipal en cualquier tiempo, si al requerir al particular para que cumpla con la referida obligación no lo hace y se trata de una situación de insalubridad e inseguridad para los vecinos a dichos predios, lo que denota que en ambos casos, al proceder a la limpieza en los meses preestablecidos o en cualquier época si así lo considera necesario la autoridad municipal, estos servicios se prestan aun en contra de la voluntad del propietario del inmueble e incluso, sin que se efectúe el pago de los mismos, estableciéndose un parámetro para calcular el costo del servicio y la forma en que será pagado.

Como se advierte, los derechos por el control y limpieza de lotes baldíos, reúnen las características de la contribución por gasto, principalmente la que consiste en que se trata de una erogación a cargo de la autoridad pública cuyo origen es una actividad del particular, aun cuando en este caso, se trata de una conducta negativa (incumplir con la limpieza de un inmueble), siendo las demás características comunes a todas las contribuciones (obligación *exlege*, prestación en dinero, sujeto activo-el municipio, sujeto pasivo-el propietario del inmueble, proporcional y equitativo), con lo cual puede concluirse que la deficiente regulación de la citada figura tributaria, en palabras del maestro Sergio De la Garza, por ello, que la legislación tributaria municipal puede reconocer en la figura del citado derecho municipal, una verdadera contribución por gasto.

6. CONSIDERACIONES FINALES

El papel del municipio en la tutela de los derechos humanos constituye una labor crucial en el siglo XXI, dado que, no obstante los esfuerzos en el ámbito internacional y nacional por atenderlos, no puede soslayarse que al encontrarse la autoridad municipal en una situación más cercana al gobernado, es quien puede desarrollar proyectos específicos según se trate de municipios pequeños o grandes, rurales o urbanos, conjuntamente con los gobernados, a fin de buscar soluciones eficientes y efectivas que garanticen, en este caso, un ambiente sustentable a las actuales generaciones y a las próximas, pues

no se trata únicamente de un tema de carácter económico, sino de un tema de carácter social, incluso de supervivencia, así, deben buscarse nuevas herramientas legales que permitan evolucionar las actuales facultades del municipio, así como que se busquen los recursos que garanticen el desarrollo de estas, pues en esa medida, podrá consolidarse una verdadera tutela al derecho humano a un medio ambiente sano, empezando por la parte más pequeña de la administración pública, impactando y complementando las tareas actuales de las autoridades estatales y federales.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

DE LA GARZA, Sergio Francisco, **Derecho Financiero Mexicano,** Ed. Porrúa, 28ª ed., México, 2008.

LOREZETTI, Ricardo Luis, **Teoría del derecho ambiental.** D.F.: Porrúa, 2008.

LUNA CANALES, Armando, "Municipio y medio ambiente". En **El Municipio en México,** editado por Manuel González Oropeza y David Cienfuegos Salgado, 461-474. Distrito Federal.: Editora Laguna, 2007.

RODRÍGUEZ LOBATO, Raúl, **Derecho Fiscal,** Ed, Oxford, tercera edición, México 2014.

RUAL, I., **Guía Para el Buen Gobierno Municipal. Gestión Ambiental Municipal.** México, Distrito Federal, México: INSTITUTO NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE CAPACIDADES DEL SECTOR RURAL.

Legisgrafía

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf

Código Fiscal del Estado de Nuevo León, disponible en: www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/codigos/codigo_fiscal_del_estado_de_nuevo_leon/.

Código Fiscal de la Federación, disponible en: www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/8_090120.pdf.

Ley de Aguas Nacionales, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/16_060120.pdf.

Ley Ambiental del Estado de Nuevo León, disponible en: http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/leyes/ley_ambiental_del_estado_de_nuevo_leon/.

Ley de Hacienda para los Municipios del Estado de Nuevo León, disponible en: www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/pdf/LEY%20DE%20HACIENDA%20PARA%20LOS%20MUNICIPIOS%20DEL%20ESTADO%20DE%20NUEVO%20LEON.pdf.

Ley de Ingresos de los Municipios del Estado de Nuevo León. www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/leyes/ley_de_ingresos_de_los_municipios_del_estado_de_nuevo_leon_para_el_ano_2019/.

Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/148_050618.pdf.

Ley General de Vida Silvestre, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/146_190118.pdf.

Reglamento de Protección Ambiental e Imagen Urbana en Monterrey, disponible en http://portal.monterrey.gob.mx/pdf/reglamentos/Reg_proteccion_ambiental.pdf.

PARTE 4

DIREITO ADMINISTRATIVO DA EMERGÊNCIA, REGULAÇÃO E SEUS EFEITOS

17. O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO NA PANDEMIA: ESTADO DE NECESSIDADE, PODER DE POLÍCIA E (UM REDIVIVO) INTERESSE PÚBLICO

Leandro Caletti

Doutorando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela Faculdade Meridional (IMED). Professor da Escola de Direito (graduação) e do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito da Faculdade Meridional (IMED). Advogado.

Joana Stelzer

Doutora e Mestre em Direito pela UFSC. Pós-Doutora pela Faculdade de Direito da USP. Professora Associada II da UFSC, credenciada no Programa de Pós-Graduação em Direito para Mestrado e Doutorado (PPGD/UFSC). Líder do Núcleo de Estudos em *Fair Trade* (NEFT/UFSC).

Sumário: 1. Considerações Iniciais; 2. A ocorrência do 'estado de necessidade administrativo'; 3. O poder de polícia no 'estado de necessidade administrativo' da pandemia SARS-CoV-2; 4. O (redivivo) interesse público; 5. Considerações finais; Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito administrativo do século XXI se via às voltas com padrões emergentes de governança global e com um crescente corpo de direito administrativo global[1] quando, em 30 de janeiro de 2020, sobreveio o reconhecimento, pela Organização Mundial de Saúde[2], da emergência de saúde pública de importância internacional acerca da pandemia de SARS-CoV-2. *Incontinenti*, o Congresso Nacional da República Federativa do Brasil, por meio do decreto legislativo n. 6[3], reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública de caráter nacional.

Desde então, o foco das relações jurídicas se voltou para o direito público e, notadamente, para o direito administrativo, em face do inequívoco estabelecimento de um 'estado de necessidade administrativo'[4], mormente

1 KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The Emergence of Global Administrative Law. **International Law and Justice Working Papers**, New York University School of Law, n. 2004/1. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=692628. New York: Institute for International Law and Justice, 2012.

2 ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **OMS declara emergência de saúde pública de importância internacional por surto de coronavírus**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6100:omsdeclaraemergencia-de-saude-publica-de-importancia-internacional-em-relacao-a-novo-coronavirus&Itemid=812. Acesso em: 12 abr. 2020.

3 BRASIL. Congresso Nacional. **Decreto legislativo n. 6, de 20 de março de 2020**. Brasília: Congresso Nacional, 20 mar. 2020. Disponível em: https://www.ufpe.br/documents/40070/1837975/ABNT+NBR+6023+2018+%281%29.pdf/3021f721-5be8-4e6d-951b-fa354dc490ed. Acesso em 15 abr. 2020.

4 Para este estudo científico, o conceito operacional adotado para a categoria "estado de necessidade

– não apenas, mas principalmente – no campo do direito administrativo ordenador[5] (poder de polícia). Equivale dizer, a demanda por reações estatais urgentes autoriza seja preterido o regramento administrativo ordinário, dando lugar, temporariamente, a uma legalidade excepcional ou extraordinária.

Assim, de forma paradoxal, o estado da arte do direito administrativo, que tangenciava a abertura desse último a novos paradigmas[6] (direito administrativo global, no âmbito transnacional[7], controle social e participação popular[8], no âmbito interno), retorna às suas origens, mais especificamente ao conceito e à amplitude do 'interesse público', considerado como justificação das prerrogativas estatais excepcionais decorrentes do 'estado de necessidade' administrativo.

Essa é a temática delimitada do presente estudo, que se justifica não apenas na atualidade absoluta do tema, mas, principalmente, no reexame de três institutos basilares e singulares do direito administrativo, a saber, 'estado de necessidade administrativo', 'poder de polícia' e 'interesse público'. Nesse cenário, o problema central gira em torno da seguinte indagação: o

administrativo" é o seguinte: princípio geral de direito que condiciona a atuação administrativa em situações de vida caracterizadas pela anormalidade, devendo preencher os seguintes pressupostos: (i) perigo iminente e atual: risco de lesão ou ofensa, com caráter de urgência que, tratando-se de situação de evolução rápida, só uma intervenção célere poderá ser eficaz na prevenção dos efeitos danosos; (ii) interesse público essencial: essencialidade do interesse público tutelado que justifique a inaplicabilidade da "legalidade ordinária"; (iii) circunstância excepcional: realidade social anormal, revestida "de características cuja raridade não tenha permitido a sua previsão para efeito de, através de uma regra excepcional, prevenir os graves inconvenientes da sujeição à regra geral"; (iv) não provocada pelo agente: a situação de anormalidade não pode ter sido provocada pelo agente, tendo em vista o princípio da boa-fé; e (v) adequação da inaplicabilidade da regra estabelecida: juízo sobre a instrumentalidade do afastamento das regras estabelecidas para afastamento ou atenuação do perigo iminente e atual, com o atendimento do interesse público essencial. CORREIA, José Manuel Sérvulo. Revisitando o estado de necessidade. In: ATHAYDE, Augusto de; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória F. P. D. **Em homenagem ao professor doutor Diogo Freitas do Amaral.** Coimbra: Almedina, 2010.

5 "[...] parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio". SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20.

6 "Paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade científica partilham. E, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que compartilham um paradigma". KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1975, p. 219.

7 "O fenômeno da transnacionalização representa o novo contexto mundial, surgido principalmente a partir da intensificação das operações de natureza econômico-comercial no período do pós-guerra, caracterizado – especialmente – pela desterritorialização, expansão capitalista, enfraquecimento da soberania e emergência de ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal. A transnacionalização não é fenômeno distinto da globalização (ou mundialização), pois nasce no seu contexto, com características que podem viabilizar o surgimento da categoria Direito transnacional". STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: STELZER, Joana; CRUZ, Paulo Márcio (Org.). **Direito e Transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2009, p. 15-54, p. 16.

8 Pode-se especular que o direito administrativo se encontre em vias de superar o paradigma tradicional de fundação do regime jurídico administrativo sobre o princípio da supremacia do interesse público, que deu origem a um sistema de poderes e de prerrogativas assimétrico e verticalizado. Em substituição, estaria emergindo um modelo de Administração Pública democrática, fundado em regimes jurídicos de matriz constitucional, estratificados sobre os vetores da dignidade da pessoa, do estado democrático de Direito e do princípio republicano. Esse novo paradigma se assentaria na construção plural das decisões administrativas e se ampararia no controle social de uma Administração horizontalizada, consensual, dialógica e isonômica. Ver, a esse respeito: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O estado democrático de Direito como princípio constitucional estruturante do direito administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da administração pública democrática. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 145-167, jul/dez. 2016.

interesse público, a despeito das críticas que lhe são direcionadas[9], ressurge como fundamento hodierno de uma atuação administrativa anormal, mas inexorável? A hipótese básica deste estudo responde afirmativamente ao problema de pesquisa, sublinhando uma noção de 'interesse público' imbricada e fundamentada no estado constitucional de Direito e que dialoga com o sistema de direitos fundamentais.

O objetivo geral consistiu em aferir se o interesse público é o fundamento das prerrogativas estatais excepcionais de modo a permitir uma sinalização para uma noção dialógica do instituto. Os objetivos específicos, por sua vez, foram subdivididos em harmonia com os três subitens da pesquisa: caracterizar o denominado 'estado de necessidade administrativo', identificar o poder de polícia atrelado ao interesse de 'estado de necessidade administrativo' da pandemia SARS-CoV-2 e avaliar o (redivivo) interesse público não somente quanto à supremacia, mas, renovado e alicerçado no estado constitucional de Direito.

Quanto à metodologia, a natureza da investigação retratou pesquisa pura, iniciada na compreensão de categorias fundamentais ao Direito Administrativo e, especialmente, do sentido teorético acerca do interesse público. Quanto à abordagem do problema, refletiu estudo qualitativo, pois foi decisiva a nitidez que se almejou na utilização de conceitos caros ao direito administrativo, de maneira a não mitigar distinções pontuais sinalizadas pela legislação e doutrina. Quanto aos fins, a pesquisa foi descritiva, fortemente norteada a partir das ações de políticas públicas do Governo Federal. O método de abordagem foi indutivo com enfoque crítico, a partir de observação sistemática dos fatos relacionados ao 'interesse público' no âmbito pandêmico e seu equacionamento na almejada dimensão republicana e democrática pautada pela Constituição Federal. Os procedimentos técnicos utilizaram doutrina, legislação e jurisprudência. Os resultados foram expostos exclusivamente em forma de textos.

2. A OCORRÊNCIA DO 'ESTADO DE NECESSIDADE ADMINISTRATIVO'

É notória a circunstância de o direito administrativo ordenador ter sido guindado a ponto central dos debates jurídicos, no Brasil e no México[10], a partir

9 Neste estudo, são consideradas como críticas direcionadas ao interesse público a sua alegada origem autoritária, advogada, dentre outros, por Vasco Pereira da Silva (SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**: ensaio sobre as ações no novo processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009), e a pretensa relação antitética do princípio com o regime de direitos fundamentais, demonstrada por Gustavo Binenbojm (BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica de Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./maio 2008, p. 7-8. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp. Acesso em: 10 set 2020).

10 LIZÁRRAGA, Pedro Alejandro Villarreal. El marco jurídico mexicano relativo a las emergencias sanitarias y pandemias. In: LIZÁRRAGA, Pedro Alejandro Villarreal. **Pandemias y derecho: una perspectiva de gobernanza global**. Disponível em: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/

do reconhecimento, pela Organização Mundial de Saúde, da emergência de saúde pública de interesse internacional[11]. Isso se deu pela singela razão de que, global e localmente, ações estatais determinaram incisivas restrições a direitos fundamentais, desde a liberdade de locomoção ambulatorial até a livre iniciativa.

O liame, no entanto, que une direito administrativo e situações de crise não é novo, tampouco imprevisto. No ordenamento jurídico brasileiro, colhem-se inúmeras regras – constitucionais e infraconstitucionais – que se constituem em ferramentas apriorísticas de solução de problemas administrativos anormais.

Assim é que, por exemplo, a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXIV, prevê a desapropriação por necessidade pública, o mesmo se dando com a requisição de bens em caso de iminente perigo público, prevista no artigo 5º, inciso XXV. O texto constitucional, nessa toada, também possibilita, no artigo 37, inciso IX, a contratação temporária de servidores públicos sem concurso, em atenção à necessidade temporária de excepcional interesse público.

No terreno infraconstitucional, a título de ilustração, a Lei n. 8.666/93, em seu artigo 24, incisos III e IV, faculta, respectivamente, a contratação direta, com dispensa de licitação, de empresas para prestação de serviços, fornecimento de bens e execução de obras, nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem, bem como nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando houver risco de prejuízo ou comprometimento à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros.

Esses instrumentos, não obstante positivados para situações de anormalidades, não se confundem com o 'estado de necessidade administrativo', que deve ser compreendido como o princípio geral de direito que condiciona a atuação administrativa em situações de vida caracterizadas pela excepcionalidade e que se implementa uma vez preenchidos os seguintes pressupostos: (i) perigo iminente e atual: risco de lesão ou ofensa, com caráter de urgência que, tratando-se de situação de evolução rápida, só uma intervenção célere poderá ser eficaz na prevenção dos efeitos danosos; (ii) interesse público essencial: essencialidade do interesse público tutelado que justifique a inaplicabilidade da 'legalidade ordinária'; (iii) circunstância excepcional: realidade social anormal, revestida "de características cuja

libros/12/5641/12.pdf. Ciudad de México: UNAM, 2019, p. 139-178.

11 Não apenas o direito administrativo foi guindado à centralidade dos debates jurídicos; o internacional também, na medida em que o Regulamento Sanitário Internacional (RSI), de 2005 (acordado, precisamente, depois da crise da SARS, em 2002-2003), se constitui na legislação de regência internacional de proteção contra a propagação internacional de doenças. É com espeque na redação do Artigo 12 do RSI que o Diretor-Geral da OMS tem o poder de declarar uma emergência de saúde pública de interesse internacional (PHEIC). Só pode fazê-lo, no entanto, depois de receber as opiniões de um Comitê de Emergência, conforme estabelecido no Artigo 48 do RSI. Uma PHEIC é definida, pelo Artigo 1 do RSI, como um evento que "[...] constitui um risco à saúde pública de outros Estados por meio da disseminação internacional de doenças" e que "potencialmente, exige uma resposta internacional coordenada". No Brasil, o RSI foi internalizado por meio do decreto n. 10.212, de 30 de janeiro de 2020.

raridade não tenha permitido a sua previsão para efeito de, através de uma regra excepcional, prevenir os graves inconvenientes da sujeição à regra geral"; (iv) não provocada pelo agente: a situação de anormalidade não pode ter sido provocada pelo agente, tendo em vista o princípio da boa-fé; e, (v) adequação da inaplicabilidade da regra estabelecida: juízo sobre a instrumentalidade do afastamento das regras estabelecidas para afastamento ou atenuação do perigo iminente e atual, com o atendimento do interesse público essencial.[12]

São, portanto, as circunstâncias práticas excepcionais – a exigirem reações estatais urgentes – que justificam o afastamento do regramento administrativo ordinariamente regente da administração pública, dando espaço à vigência de uma legalidade excepcional.

É por essa razão que Paulo Otero[13] vislumbra o estado de necessidade administrativo como verdadeira causa de exclusão da ilicitude de uma atuação administrativa *contra legem*, porquanto a atuação será submetida a uma "legalidade alternativa". Ainda, de acordo com o autor, a natureza *contra legem* da atividade administrativa se relaciona com o seu confronto face à legalidade jurídico-positiva que normalmente rege a administração pública, sabendo-se, no entanto, que a mesma é substituída, desde que se verifiquem os pressupostos do estado de necessidade administrativa, por uma legalidade excepcional.

Noutras palavras, o estado de necessidade administrativo é uma espécie de cláusula habilitadora, com efeitos derrogatórios, suspensivos ou até criativos, de uma atuação da administração pública interventiva e ordenadora na sociedade, não prevista em lei ou contrária a esta, integrando o conceito de legalidade alternativa, sem prescindir da constatação de circunstâncias excepcionais que clamam por uma ação urgente e necessária, posto o resguardo do interesse maior sopesado e ponderado.[14]

Não obstante o 'estado de necessidade administrativo' se imponha a despeito de inexistência de previsão constitucional ou legal expressa, ao contrário do que sucede em Portugal – em que o Código do Procedimento Administrativo[15] prevê o estado de necessidade de forma expressa, no artigo 3º, item 2 – ; no ordenamento jurídico brasileiro, o instituto se apresenta como

12 CORREIA, José Manuel Sérvulo. Revisitando o estado de necessidade. p. 733-738.

13 OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 998.

14 MIRANDA, Juliana Gomes. **A teoria da excepcionalidade administrativa**: a juridicização do estado de necessidade. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 116.

15 "Os atos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas no presente Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados têm o direito de ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração". REPÚBLICA PORTUGUESA. **Código do Procedimento Administrativo**. Diário da República Eletrônico. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/115726880/202009111642/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=diploma. Acesso em: 31 ago. 2020.

princípio constitucional implícito, intuído analogicamente das previsões constitucionais de defesa do Estado e das instituições democráticas (Título V da Constituição Federal). Ainda que assim não fosse, valeria a advertência de Juan Carlos Cassagne[16] no sentido de que a admissibilidade de regulamentos como a necessidade administrativa, ainda que não previstos expressamente na Constituição, se fundamenta pelo próprio princípio da subsistência e da continuidade do Estado.

Seja como for, é clarividente que o 'estado de necessidade administrativo' se desvela uma tentativa de, em situações de grave perturbação da normalidade – para além daquelas previstas no regime jurídico administrativo positivado – , preservar um elo, ainda que tênue, entre o poder e o Direito[17]. Em crises de saúde pública, como a ora verificada, tal instituto se opera por meio, principalmente, dos serviços públicos e do poder de polícia, em clara e contraditória oposição ao contexto de privatização do direito administrativo, em curso até a verificação do estado pandêmico. Ou acaso se olvida de que os servidos privados de saúde e a autorregulação – ainda que minimamente regulada[18] – não dariam cabo de resolver sequer os problemas iniciais da pandemia SARS-CoV-2?

Foi o que ocorreu em 2009, por ocasião da influenza pandêmica H^1N^1: a Administração brasileira concebeu o Plano de Preparação para Enfrentamento de uma Pandemia de Influenza[19], que previa fossem adotados protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas preventivas e repressivas para garantia de saúde pública. Semelhante procedimento foi adotado no momento presente para a pandemia de SARS-CoV-2, no Brasil[20], no México[21] e globalmente[22].

16 CASSAGNE, Juan Carlos. Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el Derecho argentino. **Revista Española de Derecho Administrativo**, n. 73, Madrid: Civitas, p. 17-28.

17 BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação.** Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 151.

18 A expressão "autorregulação regulada" foi introduzida no âmbito do direito público pela doutrina alemã, por ocasião da publicação, na revista *Die Verwaltung*, n. 4, 2000, das palestras apresentadas no Seminário em celebração ao sexagésimo aniversário do professor Wolfgang Hoffmann-Riem. DARNACULLETA GARDELLA, Maria Mercè. **Derecho administrativo e autorregulación:** la autorregulación regulada. Girona: Universitat de Girona, 2003, p. 22.

19 BRASIL. Ministério da Saúde. **Plano Brasileiro de Preparação para Enfrentamento de uma Pandemia de Influenza.** Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_brasileiro_pandemia_influenza_IV.pdf. Acesso em: 17 ago. 2020.

20 BRASIL. Ministério da Saúde. **Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus COVID-19**. Disponível em: https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/marco/25/Livreto-Plano-de-Contingencia-5-Corona2020-210x297-16mar.pdf. Acesso em: 17 jul. 2020.

21 ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Secretaría de Salud. **Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)**. Disponível em: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590339&fecha=24/03/2020. Acesso em 18 ago. 2020.

22 ESPANHA. Gobierno de España Ministerio de sanidad. **Estrategia de detección precoz, vigilância y control de covid-19**. Disponível em: https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCovChina/documentos/COVID19_Estrategia_vigilancia_y_control_e_indicadores.pdf. Acesso em 19 ago. 2020. ÁFRICA DO SUL. National Department of Health South Africa. **Clinical management of suspected or confirmed COVID-19 disease Version 4 (18th May 2020)**. Disponível em: https://www.nicd.ac.za/wp-content/uploads/2020/05/Clinical-management-of-suspected-or-confirmed-COVID19-Version-4.pdf. Acesso em 19 ago. 2020. AUSTRÁLIA. Department of Health. **Corona-**

3. O PODER DE POLÍCIA[23] NO 'ESTADO DE NECESSIDADE ADMINISTRATIVO' DA PANDEMIA SARS-COV-2

Pode-se, indene de dúvidas, intuir que o poder de polícia se justifica no interesse público – preponderante sobre o interesse particular – para a proteção do interesse social; interesse este que também serve de fundamento para que os ordenamentos constitucional e infraconstitucional, expressa ou implicitamente, atribuam à Administração a fiscalização, o controle e o poder de fixar restrições ao uso de bens e ao exercício de direitos e atividades particulares, em atenção ao interesse coletivo.

Nessa lógica, o poder de polícia administrativo se constitui na parcela da função administrativa que disciplina a liberdade e propriedade dos indivíduos, interferindo no campo que lhes é próprio, mediante a imposição de limites (deveres de não fazer) e encargos (deveres de fazer), de modo preventivo ou repressivo, para o fim de adequar sua conduta à coletividade. É precisamente o que se infere do conceito legal do instituto, insculpido no artigo 78 do Código Tributário Nacional[24], declarado regular quando desempenhado pelo órgão competente, nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder (parágrafo único).

No que diz com o objeto do poder de polícia, o exercício de sua atribuição enfeixa um conjunto de atividades diversas, inexistindo, no ordenamento jurídico brasileiro, um rol normativo que esgote os comportamentos possíveis de fiscalizações e restrições. Há, isto sim, um sem número de textos normativos que direcionam ao Estado atribuições de limitações administrativas à liberdade e à propriedade.

É com esse pano de fundo que se desce à casuística de situar o poder de

virus (COVID-19) health alert (atualizado 2020 Ago 3). Disponível em: https://www.health.gov.au/news/health-alerts/novel-coronavirus-2019-ncov-health-alert. Acesso em 19 ago. 2020.

23 Não se desconhecem as críticas ao emprego da expressão, versadas, ilustrativamente, por Carlos Ari Sundfeld (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 38-85), no Brasil (a expressão, por si, seria antitética, a par de relembrar época pretérita de "estado de polícia"), e por Agustín Gordillo (GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Macchi-Lopes, 2000, t. II, p. XII-1 e XII-2), na Argentina (o conceito, na Antiguidade, protegia valores como a segurança, a salubridade e a moralidade públicas, mas acima da ordem jurídica, como conceitos metajurídicos, de modo que não existiria, na atualidade, um regime determinado para as "medidas de polícia" separado do resto da atividade estatal). Ainda assim, este estudo opta pela utilização da expressão, em razão da expressa menção constitucional (artigo 145, inciso II) e da conceituação infraconstitucional (Código Tributário Nacional, artigo 78).

24 "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". BRASIL. [Código Tributário Nacional (1966)]. **Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172Compilado.htm. Acesso em: 1º set. 2020.

polícia na garantia da saúde pública, por ocasião da pandemia de SARS-CoV-2, desde a edição da lei n. 13.979/20[25], passando pelas ações constitucionais que a questionaram e a outras espécies normativas do período de excepcionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Em 7 de fevereiro de 2020, se fez publicar a lei n. 13.979/20, a dispor sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do SARS-CoV-2, em vigor enquanto vigente o decreto legislativo reconhecedor do estado de calamidade pública em nível nacional. Posteriormente, em 20 de março de 2020, foi publicado o decreto regulamentador (decreto n. 10.282/20[26]), que definiu os serviços públicos e as atividades essenciais cujo funcionamento e exercício deveriam ser resguardados.

A predita lei previu, para o enfrentamento da pandemia de SARS-CoV-2, dentre outras medidas afetas ao poder de polícia: a) isolamento social; b) quarentena; c) determinação para a realização compulsória de exames, testes laboratoriais, coletas de amostras clínicas, outras medidas profiláticas e tratamentos médicos específicos, além de fixar a obrigatoriedade do uso de máscaras; d) restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos de entrada e saída do país e de locomoção interestadual e intermunicipal; e) requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas (com garantia de ulterior pagamento de indenização justa); f) autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia de SARS-CoV-2 do coronavírus; g) dispensa de licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional; e, h) compulsoriedade de comunicação acerca de possíveis contatos com agentes infecciosos do coronavírus ou de circulação em áreas consideradas como regiões de contaminação pelo coronavírus.

Afora isso, em disposição de destacada importância, o artigo 3º, inciso III, alínea "d" autorizou a vacinação compulsória, celeuma que, agora, aporta ao Supremo Tribunal Federal (STF), no reconhecimento de repercussão geral (tema 1103) ao recurso extraordinário com agravo n. 1.267.879[27]. Não se trata, no

25 BRASIL. **Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979compilado.htm. Acesso em: 1º set. 2020.

26 BRASIL. **Decreto 10.282, de 20 de março de 2020**. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Decreto/D10282.htm. Acesso em: 1º set. 2020.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário com agravo 1.267.879/SP**. Repercussão Geral. Recorrente: Ana Carolina Prudente Correa e outros. Recorrido: Ministério Público do

entanto, da única controvérsia judicializada relativamente ao regime de estado de necessidade administrativo desencadeado pela pandemia de SARS-CoV-2, no Brasil: na mesma corte de vértice foi apreciada a medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 6343[28].

Dito de outro modo, o artigo 3º, inciso VI, alínea "b", e os parágrafos 6º e 7º, inciso II, da indigitada lei n. 13.979/2020 condicionavam a que Estados e Municípios, no âmbito das competências e em seus territórios, pudessem adotar medidas de restrição à locomoção intermunicipal e local, durante o estado de emergência decorrente da pandemia de SARS-CoV-2, apenas com a autorização do Ministério da Saúde. No ponto, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, concedeu em parte a medida cautelar, a fim de, sem redução de texto, suspender em parte a aplicabilidade dos dispositivos questionados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a par de explicitar que, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição e desde que amparadas em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde, Estados, Municípios e Distrito Federal podem determinar as medidas sanitárias de isolamento, quarentena, exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver.

Demais disso, as ações diretas de inconstitucionalidade n. 6351, 6347 e 6353[29] questionaram, também no Supremo Tribunal Federal, dispositivos da medida provisória n. 928/20 – cujas exigibilidades foram suspensas – que limitavam o acesso às informações prestadas por órgãos públicos durante a emergência de saúde pública decretada em razão da pandemia de SARS-CoV-2. Com isso, foi enfatizada a violação e ofensa aos princípios constitucionais da publicidade e da transparência.

Para além das referidas contendas constitucionais, ainda pendem de registro o ajuizamento das ações de descumprimento de preceito fundamental n. 668 e 669[30], que questionaram a contratação e a divulgação da campanha publicitária denominada 'O Brasil não pode parar', que pregava que o isolamento vertical apenas para idosos e pessoas com doenças crônicas, o retorno das aulas e atividades educacionais em todos os níveis de ensino, além do retorno do funcionamento dos modais de transporte públicos e privados, tudo com o fito

Estado de São Paulo. Relatora: min. Roberto Barroso, 12 de maio de 2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5909870. Acesso em: 3 set. 2020.

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 6343**. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: min. Marco Aurélio, 24 de março de 2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008. Acesso em: 3 set. 2020.

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 6351**. Julgamento conjunto com as ações diretas de inconstitucionalidade 6347 e 6353. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: min. Alexandre de Moraes, 25 de março de 2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881853. Acesso em: 3 set. 2020.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 668**. Julgamento conjunto com a arguição de descumprimento de preceito fundamental 669. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos. Relator: min. Roberto Barroso, 30 de março de 2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884082. Acesso em: 3 set. 2020.

de retomada econômica. O deferimento da medida cautelar vedou a produção e a circulação da peça publicitária impugnada, por qualquer meio, bem assim de outras campanhas que sugerissem que a população devesse retornar às suas atividades plenas ou que minimizassem a gravidade da pandemia de SARS-CoV-2. A medida foi fundamentada no caráter informativo, educativo e de orientação social que as campanhas publicitárias dos órgãos públicos devem ter.

Com efeito, um tal controle de constitucionalidade operado às indigitadas espécies normativas excepcionais denota, a toda evidência, que mesmo o 'estado de necessidade administrativo' resta circunscrito ao estado constitucional de Direito.

Nos âmbitos estaduais, distrital, e municipais, os referidos entes federados exercitaram, principalmente, por meio de decretos[31], no exercício da competência constitucional legislativa concorrente, medidas locais de enfrentamento da pandemia de SARS-CoV-2, reputadas inexoráveis, em um primeiro momento, mas impopulares, com o passar do tempo.

Seja como for e em quaisquer dos casos, este estudo defende – como hipótese central de pesquisa, aliás – que o manejo dos instrumentos de poder de polícia no momento presente, de estado de necessidade administrativo, antes de se constituir em alegada ponderação apriorística do legislador, relativizadora do direito fundamental à liberdade em favor do direito fundamental à saúde[32], concretiza o interesse público. Não, todavia, o interesse público da superada supremacia, mas um redivivo, alicerçado em novo e emergente regime jurídico administrativo que tem alicerces fincados no estado constitucional de Direito e na democratização da administração pública.

4. O (REDIVIVO) INTERESSE PÚBLICO

Como já escrito, muito mais do que representar uma colisão de direitos fundamentais solvida pela ponderação[33], a utilização dos instrumentos do poder de polícia concebidos no âmbito de um estado de necessidade pandêmico reflete a concretização efetiva do interesse público, ainda que a maioria das medidas ostentem caráter impopular ou necessitem de fiscalização rigorosa e constante.

Importa fixar que o interesse público perseguido e realizado, no ponto, diz respeito não à supremacia do interesse público – cujo caráter alegadamente

31 A título ilustrativo, o decreto n. 55.240, de 10 de maio 2020, no Estado do Rio Grande do Sul, o decreto n. 509, de 17 de março de 2020, no Estado de Santa Catarina, e no Município de Florianópolis, o decreto n. 21.340, de 13 de março de 2020.

32 Posição defendida em OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Estado de necessidade administrativo e poder de polícia: o caso do novo coronavírus. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, a. 18, n. 68, p. 9-23, jan./mar. 2020.

33 Confira-se, a respeito: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Menos princípios, mais regras: a teoria da ponderação na encruzilhada do decisionismo. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, a. 5, n. 3, 2019, p. 993-1023.

autoritário é especulado, dentre outros, por Paulo Otero[34] e Vasco Pereira da Silva[35] – , mas, sim, a um interesse público renovado e alicerçado no estado constitucional de Direito, que, por conta disso, fundamenta uma nova Administração, eficiente, plural, dialógica e consensual, tanto quanto possível.

A atual noção de administração pública e o conceito de interesse público guardam visceral ligação histórica e sociopolítica com a ideia de Estado Moderno, que sucedeu ao feudalismo medieval e, não obstante seu conteúdo varie conforme a conformação estatal (liberal, social e constitucional), nasce afinada com a noção cristã de bem comum e de bem-estar geral. Mais tarde, com o advento da constitucionalização do direito público, o conceito de interesse público se vê limitado à ordem constitucional, fonte de legitimação e justificação de todas as instituições democráticas e poderes constituídos[36].

Deriva dessa compreensão a ilação de Jaime Rodríguez-Arana Muñoz[37] no sentido de que o interesse público admite diferentes entendimentos em função do módulo constitucional em que se encontre, não sendo igual o conceito que se pode manejar de Direito Administrativo no Estado Liberal de Direito à versão que pode apresentar o modelo de Estado Social e Democrático de Direito.

Entre nós, pela expressa menção do artigo 2º da Lei 9.784/99[38], é princípio de assento infraconstitucional[39] e, a despeito de abalizado entendimento acerca da indeterminação de seu conceito[40], definido, na respeitada doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello[41], como o "interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem". Essa explicação é emendada em outra passagem doutrinária do mesmo autor: "o

34 OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade.

35 SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**: ensaio sobre as ações no novo processo administrativo. Em sentido contrário: GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 155-201.

36 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração pública democrática e a supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015, p. 67-78.

37 MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. El concepto del derecho administrativo y el proyecto de Constitución Europea. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 23, p. 13-14, jan./mar. 2006.

38 BRASIL. **Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso em: 1º set. 2020.

39 Para além de infraconstitucional, o princípio pode ser considerado também constitucionalmente implícito, posto que os interesses difusos e coletivos declarados pela Constituição Federal estariam aptos a conformar-lhe um bloco de sustentação.

40 Ver, por todos, GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017.

41 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 25. ed. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 51.

interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é do que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade (entificada juridicamente no Estado)".[42]

Seja como for, para efeitos deste estudo, se advogam algumas premissas básicas que conduzem o interesse público no adrede retratado estado de necessidade administrativo, a saber: (1) a defesa do interesse público não é a defesa de um estado autoritário (se poderia especular que a Teoria das Razões de Estado[43], sim); (2) a defesa de que a gênese do direito administrativo moderno, amparada na noção de (supremacia do) interesse público, é autoritária, de fato, reflete uma nuança de debilidade de motivação e de transparência afetas ao momento histórico anterior ao da constitucionalização; (3) no momento presente, a noção de interesse público é produto de uma dimensão republicana e democrática de uma sociedade plasmada na Constituição Federal, com a submissão estatal a essa dimensão.

De fato, o espaço legítimo e originário, por excelência, de definição dos valores e dos interesses aceitos como válidos em uma dada sociedade não é outro que não a sua Constituição e as leis que lhe buscam validade. No essencial, não compete à Administração decidir acerca dos interesses públicos, seus conteúdos, limites, meios e recursos necessários à concretização. Sua função é instrumental, de prossecução daqueles interesses já delineados pelo legislador constitucional.[44]

Essa é a arquitetura que serve de base para a defesa de que o estado de necessidade administrativo instalado com a pandemia de SARS-CoV-2 e os variados instrumentos de exercício do poder de polícia manejados no período excepcional, antes de representarem pretenso perfil autoritário do Estado, em última análise, concretizam um redivivo interesse público, vetor de um modelo de administração pública democrática e estratificada sobre os valores da dignidade da pessoa, do estado democrático de Direito e do princípio republicano.

42 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 183.

43 "A tradição de pensamento indicada pela expressão Razão de Estado compreende todo o curso histórico da Europa moderna e das áreas a ela culturalmente ligadas (a América particularmente). Nela se pode distinguir algumas linhas particularmente significativas. O ponto de partida se situa no limiar da Idade Moderna e é constituído pelas instituições geniais e inspiradoras de Maquiavel, com que começa a emergir, em seus contornos mais gerais, o conceito de Razão de Estado, mas não ainda a sua exata formulação verbal [...] O segundo momento especialmente significativo desta tradição está na reflexão e análises dos mestres da razão e dos interesses de Estado, em sua maioria italianos e franceses, da segunda metade do século XVI e do século XVII [...] Esta doutrina atingiu depois um momento de enorme esplendor e de um altíssimo nível de conceituação na cultura alemã do século XIX e primeira metade deste". BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de João Ferreira. v. I. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 1067.

44 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração pública democrática e a supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. p. 115.

Note-se que essa conformação rompe com o paradigma tradicional do regime jurídico administrativo, erigido na superada concepção de soberania do interesse público, que deu origem a um sistema de poderes e de prerrogativas assimétrico e verticalizado. E, ainda que assim não fosse, a utilização de instrumentos potestáticos, pelo Estado, amparados na lei e na Constituição, não constitui endosso à superada supremacia do interesse público.

O novo modelo se reflete na construção plural das decisões administrativas e se ampara no controle social de uma Administração horizontalizada, tanto quanto possível consensual, dialógica e isonômica. E assim o é porque a Constituição Federal permite defender a existência de um direito fundamental à boa administração, por meio de uma gestão aberta, de um modelo de governança plural e democrático.[45]

Sucede, todavia, que as situações de estado de necessidade administrativo, como a ora vivida, colocam em teste não apenas os instrumentos administrativos, mas também o próprio papel do Estado enquanto estrutura instrumental. Aliás, no ponto, é mister ponderar que o só fato de o fenecimento do poder soberano que o Estado detinha de dizer o Direito e de aplicá-lo com autonomia[46] (transposição do Estado moderno para o atual[47]) não significa removê-lo da centralidade de ações em matéria de instrumentos de controle da pandemia de SARS-CoV-2, por exemplo.

Para além disso, o que se desvela necessário fomentar não é nem a supremacia estatal, nem sujeição irrestrita, mas comportamentos compartidos que concretizem, conjunta e simultaneamente, direitos fundamentais e metas coletivas, por meio da democratização da Administração e do controle social. Ilustrações claras dessa cogestão podem ser visualizadas no momento pandêmico.

Uma delas é o aplicativo Coronavírus-SUS, por meio do qual o Ministério da Saúde alerta, pelo número do telefone celular, em até vinte e quatro horas, acerca de pessoas que testaram positivo para SARS-CoV-2 e estiveram próximas ao titular da linha, nos últimos quatorze dias. A tecnologia de inteligência artificial denominada *API Exposure Notification* foi disponibilizada

45 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O estado democrático de Direito como princípio constitucional estruturante do direito administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da administração pública democrática. p. 600-601.

46 CALETTI, Leandro. **Os Direitos Humanos no cenário (transnacional) de fragmentação do Direito**. 2016. 219 f. Disponível em: https://www.imed.edu.br/Uploads/LibraryPeriodical/555461e0-ada-7-4110-b1bd-989eac9b7520.pdf. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Meridional, Passo Fundo, 2016.

47 "Estado, soberanía, ciudadanía y territorio son conceptos jurídicos que han construido y acompañado a la modernidad y han permitido la construcción de los ordenamientos jurídicos nacionales. Pero la realidad desafía estos conceptos que parecen inaplicables a una dimensión mundial dominada por la transnacionalización de la economía, por las modificaciones que continuamente introducen la innovación científica y tecnológica, por una red electrónica que envuelve al mundo, borra las fronteras y torna vanas las jurisdicciones nacionales". RODOTÀ, Stefano. Cual derecho para el nuevo mundo? **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, n. 9, p. 5-20, jul./dez. 2005, p. 6.

a partir de uma parceria entre o Ministério da Saúde, Google e Apple[48]. Como a catalogação dos casos depende da prestação de informações de rastreio dos infectados atendidos, se presume uma sinergia entre particular (fidedignidade da informação de contato/rastreio) e Estado (aplicativo)[49], na alimentação de um instrumento de poder de polícia de rastreio e controle.

Outro exemplo afinado com a temática, porém, de índole global, é a declaração de uma concorrência saudável para a economia e os consumidores enquanto presente a pandemia, firmada por mais de uma centena de autoridades concorrenciais. O documento (*ICN Steering Group Statement: Competition during and after the Covid-19 Pandemic*[50]) identifica a imperiosidade de cooperação entre empresas e entre estas e os Estados, com prazo e objetivo limitados, ao efeito de garantir o abastecimento de bens à população.

A toda evidência, a atuação conjunta, dialógica – consensual, quando possível – e organizada da Administração e do controle social fomenta a democratização da primeira e assegura a promoção dos direitos fundamentais, ainda que em períodos de excepcionalidade administrativa. Afora isso, ainda dá concretude ao princípio da eficiência, que densifica, em última análise, o próprio estado republicano, social e democrático de Direito, erigido como elemento estrutural fundamental.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se é bem verdade que o direito administrativo, nos dias antecedentes à pandemia de SARS-CoV-2, se debruçava sobre argumentos privatizantes do direito público (governança global, direito administrativo de índole global, autorregulação regulada, relativização das cláusulas exorbitantes etc.), é igualmente autêntica a depreensão segundo a qual, declarada a emergência de saúde pública de importância internacional, o direito público, notadamente, o administrativo, se viu alçado ao centro das discussões jurídicas nacionais e globais.

Foi precisamente nesse cenário que ações estatais determinaram incisivas restrições a direitos fundamentais, desde a liberdade de locomoção

48 BRASIL. Ministério da Saúde. **Aplicativo Coronavírus-SUS vai alertar contatos próximos de pacientes com Covid-19.** Disponível em: https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47292-aplicativo-coronavirus-sus-vai-alertar-contatos-proximos-de-pacientes-com-covid-19. Acesso em: 12 set. 2020.

49 Para exemplos de outras modalidades de inter-relacionamento entre Estado e particulares, mas na via da autorregulação regulada, ver CALETTI, L.; STAFFEN, M. R. A fragmentação jurídica e o direito ambiental global. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, p. 277-310, jan./abr. 2019. DOI: https://doi.org/10.18623/rvd.v16i34.1455. Disponível em: http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1455. Acesso em: 25 mar. 2020.

50 International Competition Network. **Comunicado do Steering Group: concorrência durante e após a Pandemia COVID-19**. Disponível em: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/08/Comunicado-do-Steering-Group-da-ICN-sobre-COVID-19.pdf. Acesso em: 12 set. 2020.

ambulatorial até a livre iniciativa, em flagrante ocorrência de um 'estado de necessidade administrativo', assim compreendida a tentativa de, em situações de grave perturbação da normalidade, preservar a ligação entre poder e Direito. Na presente crise de saúde pública, o predito estado de necessidade se opera por meio, principalmente, do poder de polícia, perfectibilizado, entre nós, por instrumentos decorrentes de uma legislação excepcional de competência concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com inédito reconhecimento e protagonismo, aliás, destes últimos.

Ainda que nessas condições, o exercício do poder de polícia pandêmico – antes de se constituir em ponderação apriorística do legislador (mitigadora do direito fundamental à liberdade em favor do direito fundamental à saúde) – concretiza o interesse público, em clara afirmação positiva da hipótese de pesquisa aventada.

Não é, todavia, o interesse público da superada 'supremacia' o concretizado, mas, sim, um interesse público redivivo, alicerçado em novo e emergente regime jurídico administrativo que tem alicerces fincados no estado constitucional de Direito e na democratização da administração pública. Em suma, produto de dimensão republicana e democrática da sociedade plasmada na Constituição Federal, com a submissão estatal a essa dimensão.

Por derradeiro, as ilustrações de atuação compartilhada, dialógica e coordenada da Administração e do controle social citadas na última seção espelham não apenas a abertura da administração pública ao diálogo e à participação popular, mas também asseguram a promoção dos direitos fundamentais, mesmo em períodos de excepcionalidade administrativa. E, para além disso, como virtuoso consectário, tal cenário ainda materializa o princípio da eficiência, densificador do estado republicano, social e democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. National Department of Health South Africa. **Clinical management of suspected or confirmed COVID-19 disease Version 4 (18th May 2020)**. Disponível em: https://www.nicd.ac.za/wp-content/uploads/2020/05/Clinical-management-of-suspected-or-confirmed-COVID19-Version-4.pdf. Acesso em 19 ago. 2020.

AUSTRÁLIA. Department of Health. **Coronavirus (COVID-19) health alert (atualizado 2020 Ago 3)**. Disponível em: https://www.health.gov.au/news/health-alerts/novel-coronavirus-2019-ncov-health-alert. Acesso em 19 ago. 2020.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica de Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./maio 2008, p. 7-8. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp. Acesso em: 10 set 2020.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de João Ferreira. v. I. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BRASIL. [Código Tributário Nacional (1966)]. **Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172Compilado.htm. Acesso em: 1º set. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. **Decreto legislativo n. 6, de 20 de março de 2020**. Brasília: Congresso Nacional, 20 mar. 2020. Disponível em: https://www.ufpe.br/documents/40070/1837975/ABNT+NBR+6023+2018+%281%29.pdf/3021f721-5be8-4e6d-951b-fa354dc490ed. Acesso em 15 abr. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 1º set. 2020.

BRASIL. **Decreto 10.282, de 20 de março de 2020**. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Decreto/D10282.htm. Acesso em: 1º set. 2020.

BRASIL. **Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso em: 1º set. 2020.

BRASIL. **Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979compilado.htm. Acesso em: 1º set. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Aplicativo Coronavírus-SUS vai alertar contatos próximos de pacientes com Covid-19.** Disponível em: https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47292-aplicativo-coronavirus-sus-vai-alertar-contatos-proximos-de-pacientes-com-covid-19. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Plano Brasileiro de Preparação para Enfrentamento de uma Pandemia de Influenza.** Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_brasileiro_pandemia_influenza_IV.pdf. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus COVID-19**. Disponível em: https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/marco/25/Livreto-Plano-de-Contingencia-5-Corona2020-210x297-16mar.pdf. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 6343**. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: min. Marco Aurélio, 24 de março de 2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 6351**. Julgamento conjunto com as ações diretas de inconstitucionalidade 6347 e 6353. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: min. Alexandre de Moraes, 25 de março de 2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881853. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 668**. Julgamento conjunto com a arguição de descumprimento de preceito fundamental 669. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos. Relator: min. Roberto Barroso, 30 de março de 2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884082. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário com agravo 1.267.879/SP**. Repercussão Geral. Recorrente: Ana Carolina Prudente Correa e outros. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: min. Roberto Barroso, 12 de maio de 2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5909870. Acesso em: 3 set. 2020.

CALETTI, Leandro. **Os Direitos Humanos no cenário (transnacional) de fragmentação do Direito**. 2016. 219 f. Disponível em: https://www.imed.edu.br/Uploads/LibraryPeriodical/555461e0-a-

da7-4110-b1bd-989eac9b7520.pdf. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Meridional, Passo Fundo, 2016.

CALETTI, Leandro; STAFFEN, Márcio Ricardo. A fragmentação jurídica e o direito ambiental global. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, p. 277-310, jan./abr. 2019. DOI: https://doi.org/10.18623/rvd.v16i34.1455. Disponível em: http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1455. Acesso em: 25 mar. 2020.

CASSAGNE, Juan Carlos. Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el Derecho argentino. **Revista Española de Derecho Administrativo**, n. 73, Madrid: Civitas, p. 17-28.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Revisitando o estado de necessidade. In: ATHAYDE, Augusto de; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória F. P. D. **Em homenagem ao professor doutor Diogo Freitas do Amaral.** Coimbra: Almedina, 2010.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração pública democrática e a supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Menos princípios, mais regras: a teoria da ponderação na encruzilhada do decisionismo. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, a. 5, n. 3, 2019, p. 993-1023.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O estado democrático de Direito como princípio constitucional estruturante do direito administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da administração pública democrática. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 145-167, jul/dez. 2016.

DARNACULLETA GARDELLA, Maria Mercè. **Derecho administrativo e autorregulación:** la autorregulación regulada. Girona: Universitat de Girona, 2003.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Secretaría de Salud. **Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)**. Disponível em: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590339&fecha=24/03/2020. Acesso em 18 ago. 2020.

ESPANHA. Gobierno de España Ministerio de sanidad. **Estrategia de detección precoz, vigilância y control de covid-19**. Disponível em: https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCovChina/documentos/COVID19_Estrategia_vigilancia_y_control_e_indicadores.pdf. Acesso em 19 ago. 2020.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 155-201.

GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Macchi-Lopes, 2000, t. II.

International Competition Network. **Comunicado do Steering Group: concorrência durante e após a Pandemia COVID-19**. Disponível em: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/08/Comunicado-do-Steering-Group-da-ICN-sobre-COVID-19.pdf. Acesso em: 12 set. 2020.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The Emergence of Global Administrative Law. **International Law and Justice Working Papers**, New York University School of Law, n. 2004/1. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=692628. New York: Institute for International Law and Justice, 2012.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LIZÁRRAGA, Pedro Alejandro Villarreal. El marco jurídico mexicano relativo a las emergencias sanitarias y pandemias. In: LIZÁRRAGA, Pedro Alejandro Villarreal. **Pandemias y derecho: una perspectiva de gobernanza global**. Disponível em: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5641/12.pdf. Ciudad de Mexico: UNAM, 2019, p. 139-178.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 25. ed. Malheiros: São Paulo, 2008.

MIRANDA, Juliana Gomes. **A teoria da excepcionalidade administrativa**: a juridicização do estado de necessidade. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. El concepto del derecho administrativo y el proyecto de Constitución Europea. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 23, p. 13-14, jan./mar. 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Estado de necessidade administrativo e poder de polícia: o caso do novo coronavírus. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, a. 18, n. 68, p. 9-23, jan./mar. 2020.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **OMS declara emergência de saúde pública de importância internacional por surto de coronavírus**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6100:oms-declara-emergencia-de-saude-publica-de-importancia-internacional-em-relacao-a-novo-coronavirus&Itemid=812. Acesso em: 12 abr. 2020.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Código do Procedimento Administrativo. Diário da República Eletrônico. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/115726880/202009111642/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=diploma. Acesso em: 31 ago. 2020.

RODOTÀ, Stefano. **Cual derecho para el nuevo mundo?. Revista de Derecho Privado**, Bogotá, n. 9, p. 5-20, jul./dez. 2005.

SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**: ensaio sobre as ações no novo processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: STELZER, Joana; CRUZ, Paulo Márcio (Org.). **Direito e Transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2009, p. 15-54.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

18. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANTE EL CORONAVIRUS Y SUS EFECTOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Alfredo Islas Colín

Investigador Nacional, nivel III del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, CONACYT. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de París II. Profesor en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias. Correo: islas40@hotmail.com.

Sumario: 1. Consideraciones iniciales; 2. Administración pública: acto administrativo y servicios públicos; 3. Derechos humanos; 4. Grupos vulnerables; 5. Consideraciones finales; Referencias.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

Existen varias opiniones de filósofos sobre la pandemia, que están vinculadas con las decisiones de las autoridades administrativas que tomar en consideración para hacer frente a la pandemia del COVID-19, ya sea mediante la emisión de acuerdos, resoluciones, políticas públicas y la prestación de servicios públicos de seguridad pública, salud, educación, cultural y las específicas para proteger grupos vulnerables.

De manera general vamos enunciar de una manera ejemplificativa las siguientes: 1) la de *Giogio Agamben* quien sostiene que la pandemia fue creada para provocar una situación de excepción, pues sostiene que el COVID-19 no tiene la letalidad superior de una gripe común —afirmación muy criticada— por lo que señala que no se justifican las medidas de seguridad y aislamiento exigidas por las autoridades al difundir un pánico por los mismos gobiernos; 2) para *Jean-Luc Nancy*, afirma que la pandemia es viral debido a que los flujos biológicos, informáticos y culturales nos "pandemizan" a todos, agregaría 3) *Roberto Esposito* y la "biopolítica"; 4) para *Slavoj Zizek* la pandemia del coronavirus puede hacer surgir un nuevo "comunismo global" basado en la confianza depositada en la personas y la ciencia; 5) para *Byung-Chul Han* existen dos modelos de hacer frente a la pandemia, el modelo europeo basado en la soberanía para cerrar fronteras y el confinamiento de la población y el modelo asiático basado en técnicas algorítmicas que pueden "prever" dónde y cómo se producirá la transmisión viral; 6) para *Franco Bifo Berardi*, la pandemia altera de modo decisivo el ritmo del sujeto capitalista, antes obligado a trabajar ininterrumpidamente y ahora

expuesto a una psicodeflación que puede dar cabida a un capitalismo todavía más individualista y competitivo o a un saludable decrecimiento en el que los valores colectivos se encuentren en primer plano; 7) para *Alain Badiou* que la epidemia del Covid no es nueva, que es solamente una reedición del SARS (*Severe Acute Respiratory Syndrom*), que lo único nuevo es la histeria e irracionalismo que derivan de la pandemia pues se está gestionando bien por el presidente de Francia, *Macron*; 8) para *Achille Mbembe*, que la pandemia es solamente un elemento más a las desigualdades raciales y económicas en el que los poderosos preparan un ataque a la vida, que antes de la pandemia, los poderosos ya habían quitado el derecho a respirar a la población, al destruir sus bosques[1].

Algunas de éstas opiniones son la base de varios Estados al tratar de hacer frente al coronavirus y tienen algunas por características de considerar sus afirmaciones como universales, sin tomar en consideración los países en vías de desarrollo, los diferentes niveles de desarrollo, diversas clases sociales, los grupos vulnerables, diversidad de desarrollo tecnológico y asociar unos fenómenos sociales a otros que no son la causa de la pandemia y que sí corresponden a intereses ideológicos: como el "comunismo global"; que el responsable es el capitalismo; presentar modelos en conflictos como el modelo europeo y el asiático, con un modelo asiático triunfador; que esta pandemia del COVID no es nueva, pero sí el temor pues la gestión de la pandemia es correcta que realiza *Macron*; que es provocada por las "desigualdades raciales y económicas".

Para el filósofo coreano *Byung-Chul Han* existen dos modelos para hacer frente a la pandemia: el modelo europeo y el modelo asiático. El modelo europeo se caracteriza por justificarse en el ejercicio de la soberanía mediante el método de "vigilar y castigar". El método de vigilar se usó para controlar la lepra y el método de castigo, para controlar la peste. En el modelo europeo se cierran sus fronteras y ciudades, los Estados europeos exigen que sus ciudadanos se cuiden, se inspeccionen día a día, se laven las manos con frecuencia y se mantengan una estrecha vigilancia unos a otros y los infectados se les dejen en sus casas morir, pues los hospitales y cementerios están llenos de pacientes infectados y pone como ejemplos Italia y España, Brasil, Colombia y México[2]. En el modelo asiático como la sociedad esta más acostumbrada al autoritarismo, existe vigilancia digital y constantemente y de manera masiva obtención de información *big data* para garantizar que los enfermos no se infecten, veamos la cita siguiente para entender su sistema de control en el modelo asiático:

> Toda la infraestructura para la vigilancia digital ha resultado ser ahora sumamente eficaz para contener la epidemia. Cuando alguien sale de la estación de Pekín es captado automáticamente por una cámara que mide

1 MOURA COSTA MATOS, Andityas. **El virus como filosofía. La filosofía como virus.** Barcelona. Ediciones Bellaterra, 2020, pp. 19-32.
2 Ibidem, pp. 53-54.

> su temperatura corporal. Si la temperatura es preocupante todas las personas que iban sentadas en el mismo vagón reciben una notificación en sus teléfonos móviles. No en vano el sistema sabe quién iba sentado dónde en el tren. Las redes sociales cuentan que incluso se están usando drones para controlar las cuarentenas. Si uno rompe clandestinamente la cuarentena un dron se dirige volando a él y le ordena regresar a su vivienda.
>
> Quizá incluso le imprima una multa y se la deje caer volando, quién sabe. Una situación que para los europeos sería distópica, pero a la que, por lo visto, no se ofrece resistencia en China. […]
>
> En Taiwán el Estado envía simultáneamente a todos los ciudadanos un SMS para localizar a las personas que han tenido contacto con infectados o para informar acerca de los lugares y edificios donde ha habido personas contagiadas. Ya en una fase muy temprana, Taiwán empleó una conexión de diversos datos para localizar a posibles infectados en función de los viajes que hubieran hecho. Quien se aproxima en Corea a un edificio en el que ha estado un infectado recibe a través de la «Corona-app» una señal de alarma. Todos los lugares donde ha habido infectados están registrados en la aplicación. No se tiene muy en cuenta la protección de datos ni la esfera privada. En todos los edificios de Corea hay instaladas cámaras de vigilancia en cada piso, en cada oficina o en cada tienda. Es prácticamente imposible moverse en espacios públicos sin ser filmado por una cámara de vídeo. Con los datos del teléfono móvil y del material filmado por vídeo se puede crear el perfil de movimiento completo de un infectado. […] En las oficinas del ministerio de salud coreano hay unas personas llamadas «tracker» que día y noche no hacen otra cosa que mirar el material filmado por vídeo para completar el perfil del movimiento de los infectados y localizar a las personas que han tenido contacto con ellos [3].

Los modelos expuestos por el filósofo *Han* son muy interesantes, pero son generales que por sus abstracciones incurre en superficialidades y llega hasta caer en errores que no corresponden con la realidad, pues no son absolutos los modelos en su aplicación en los diversos países e incurre también en errores sobre la información, por ejemplo en el caso de que en México, los hospitales y cementerios son insuficientes, pues desde el inicio de la pandemia hasta mitad de agosto de 2020, siempre han existido hospitales disponibles en el país, si bien con muchos pacientes, nunca para dejar morir a las personas en sus casas, pues se han instalado hospitales móviles y muchos otros hospitales se terminaron de construir para hacer frente a la pandemia.

Lo que es manifiesto es que nadie se preparó de manera suficiente para una emergencia sanitaria global de la magnitud y efectos mortales como es la generada por el virus SARS-CoV2, pues para el día 30 de marzo del año 2020, se declaró en México por Consejo de Salubridad General se suspendan las llamadas "actividades no esenciales" para mitigar la dispersión y trasmisión del virus COVID-19 dirigidas a las instituciones del sector público, social y

3 MOURA COSTA MATOS, Anditas. **El virus como filosofía…, cit.** pp. 54-57.

privado, del periodo 31 de marzo al 30 de mayo del año 2020. Aunque el plazo de la suspensión sería modificado, según avance por regiones de la pandemia. Se cerraron escuelas, universidades, fabricas, todo establecimiento que realiza actividades no esenciales. Para ello, se dictaron diversas acciones extraordinarias para hacer frente a la epidemia que provoca enfermedad con consecuencias graves hasta la muerte, situación que se requiere, atención prioritaria en este periodo de emergencia sanitaria provocadas por fuerza mayor. Para fortalecer la suspensión de las "actividades no esenciales" para evitar la dispersión y contagio por la transmisión del virus COVID-19, se dirigieron a las personas físicas para que de manera voluntaria sigan los programas denominados "Sana distancia" y después, "Quédate en casa" para reducir su movilidad.

La pandemia se enfrenta en México en condiciones de vulnerabilidad, bajo la siguiente situación: 1) más de la mitad de la población trabaja en el sector informal; 2) más del 49% vive en la pobreza (ver Cuadro núm. 1); 3) un alto número de nacionales tienen diabetes y enfermedades cardiovasculares; 4) domina la precariedad laboral y estancamiento económico; 5) existe carencias en el acceso al agua; 6) limitado cumplimiento de los derechos sociales de salud, alimentación, educación, seguridad social y vivienda[4]. 7) Y se descubre, que el sistema hospitalario es precario por la corrupción de administraciones gubernamentales anteriores que desmantelaron el sistema de salud por haber abandonado más de trescientos hospitales que dejaron a medias, sin terminar su construcción, sin muebles, ni personal para su funcionamiento, fruto de la corrupción y que habían reportado como terminados.

Cuadro núm. 1. El porcentaje de personas que vive en algún tipo de pobreza en 2018:

Indicador	**Porcentaje**	**Millones de personas**
Población en situación de pobreza	**41.9**	**52.4**
En pobreza moderada	**34.5**	**43.1**
En pobreza extrema	**7.4**	**9.3**
Vulnerable con carencias sociales	29.3	36.7
Vulnerable por ingresos	6.9	8.6
No pobre y no vulnerable	21.9	27.4

Fuente: Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, (CONEVAL), *La política social en contexto de la pandemia por el virus SARS-CoV-2 (COVID-19) en México*, CONEVAL, 2020, p.21.

Por lo que las medidas que se toman, tienen en consideración éstos aspectos, como el respeto de los derechos humanos y los diecinueve programas sociales

4 CONEVAL, "*La Crisis Sanitaria Generada por la Covid-19 Y sus Consecuencias Económicas ponen en Riesgo Avances en Desarrollo Social y puede Afectar en Mayor Medida a Grupos Vulnerables", Comunicado No. 6, 11 mayo 2020.*

implementados por el gobierno federal (ver cuadro número 1), los cuales son inclusivos de los grupos vulnerables, que les permite el acceso a los servicios públicos de salud, educación, alimentación y que disminuyan los impactos económicos, de pobreza, desempleo, como lo recomienda la *Organización de los Estados Americanos (OEA)* en su *Guía Práctica de respuestas inclusivas y con enfoque de derechos humanos ante el COVID-19 en las Américas*[5], con "enfoque interseccional" para proteger y evitar la discriminación de los grupos vulnerables siguientes: 1.- niños; 2.- adultos mayores; 3.- mujeres; 4.- trabajadores; 5.- indígenas y afromexicanos; 6.- discapacitados; 7.- migrantes, solicitantes de asilo, refugiados, desplazados; y 8.- personas que viven en pobreza.

Pues es necesario, proteger a los grupos más vulnerables de los efectos de la pandemia, porque no daña de la misma manera, a aquellos que no tienen lo indispensable para cubiertas sus necesidades primarias como vivienda, alimentación, salud, educación e ingresos, que aquellos, que si lo tienen.

Cuadro núm. 2. Programas y acciones de desarrollo social considerados como prioritarios para continuar operaciones durante la emergencia sanitaria provocada por la enfermedad COVID-19. México, 2020.

Área	**Nombre del Programa**	**Beneficiarios**
Educación	1. Programa de Becas de Educación Básica para el Bienestar Benito Juárez	Niños inscritos en educación básica. Prioridad en zonas de **pobreza extrema, rezago social y municipios indígenas.**
	2. Universidades para el Bienestar Benito Juárez García	Implementación de Universidades en **municipios marginados y jóvenes** con bachillerato terminado.
	3. Beca Universal para Estudiantes de Educación Media Superior Benito Juárez	Estudiantes de educación media superior en **municipios indígenas, municipios marginados o zonas de atención prioritaria**.
	4. Jóvenes Escribiendo el Futuro	Becas escolares a alumnos en estado de **pobreza o vulnerables, zonas de violencia, indígenas y afromexicanos**.
	5. La Escuela es Nuestra	Mejoramiento de infraestructura y equipamiento de planteles públicos primero en **municipios de marginación, población indígena**.

5 OEA, **Guía Práctica de respuestas inclusivas y con enfoque de derechos humanos ante el COVID-19 en las Américas**. Washington D.C., Organización de los Estados Americanos, 2020.

Campesinos, Pescadores e Indígenas	6. Programa de Fomento a la Agricultura, Ganadería, Pesca y Acuicultura	Beneficia a 190,000 **pescadores**
	7. Precios de Garantía a Productos Alimentarios Básicos	Pequeños y medianos **productores agropecuarios**
	8. Fertilizantes	Productores de pequeña escala en **Guerrero e indígenas**
	9. Producción para el Bienestar	**Productores de granos básicos, caña café**.
	10. Sembrando Vida	**Apoyo a agricultores**.
Pobreza	11. Programa de Microcréditos para el Bienestar	Apoyo a **microempresas en municipios en zona de marginación**.
	12. Programa de Apoyo Financiero a Microempresas Familiares	Apoyo a micronegocios.
	13. Jóvenes Construyendo el Futuro.	Integrar **jóvenes entre** 18 a 29 años que **no estudian, ni trabajan** para alejarlos del desempleo y condutas antisociales. Se prioriza **indígenas, zonas de marginación y con índices de violencia**.
	14. Programa de Apoyo para el Bienestar de las Niñas y Niños, Hijos de Madres Trabajadoras	Mejoramiento laboral de madres, **padres solos** o tutores que trabajan, buscan empleo o estudian cuenten con México **3 hijos dentro de un hogar**
Adultos mayores y discapacitados	15. Pensión para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores	Apoyo adultos mayores. En **zonas indígenas a partir de 65 años y el resto 68 años**.
	16. Pensión para el Bienestar de las Personas con Discapacidad Permanente	Apoyo a niños y jóvenes con discapacidad permanente de 0 a 20 años. **Personas indígenas** de 30 a 64 años y zonas de alta marginación y violencia.
Salud	17. Atención a la Salud y Medicamentos Gratuitos para la Población sin Seguridad Social Laboral.	Incrementar los servicios de salud en **zonas de marginación, que no tienen seguridad social** laboral: medicamentos, insumos, equipo médico y recursos humanos.

Construcción	18. Programa de Mejoramiento Urbano	Rehabilitación de espacios públicos, viviendas y mejora de zonas habitabilidad.
	19. Programa Nacional de Reconstrucción	Apoyo a personas afectadas con los sismos de 2017 y febrero de 2018 para reconstrucción de vivienda, infraestructura física de escuelas, bienes culturales y arqueológicos.

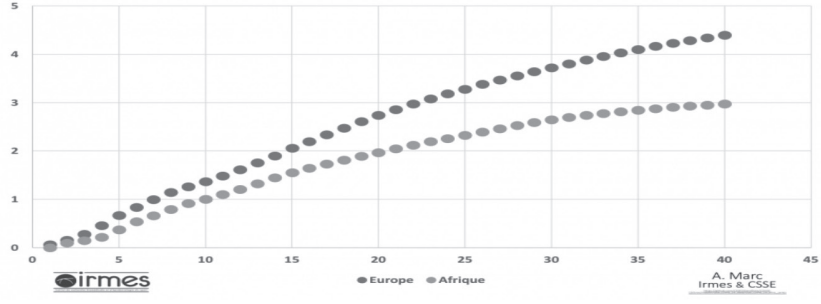
Fuente: Elaboración propia a partir del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, (CONEVAL), *La política social en contexto de la pandemia por el virus SARS-CoV-2 (COVID-19) en México*, CONEVAL, 2020, pp. 82 a 93.

Esta combinación de medidas: por una parte, la suspensión de "actividades no esenciales," obligatorias para los establecimientos de los sectores públicos, privados y sociales; y por otra parte, voluntarias para las personas físicas, el cumplimiento de los programas "Sana distancia" y "Quédate en Casa" tienen por finalidad el respeto del Estado de Derecho. Lo anterior es así, ya que las acciones gubernamentales se han realizado de conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 73, fracción XVI, que estipula que el Consejo de Salubridad General, el cual depende del Presidente de la República, está facultado para que en caso de epidemias de carácter grave, dicte disposiciones de carácter general que tendrán el carácter obligatorio en el país. De lo anterior, es importante resaltar, que el acuerdo del 30 de marzo del Consejo de Salubridad General que se suspendan las llamadas "actividades no esenciales", no corresponde a suspensión de derechos humanos previsto en el artículo 29 Constitucional, tanto porque al Comité de referencia no tiene competencia para ello, tampoco es el procedimiento para ello, no se están suspendiendo derechos humanos a las personas y las acciones dictadas por el Comité van dirigidas a los establecimientos, no a las personas físicas, con la finalidad de evitar la dispersión del COVID-19 y proteger de dicha manera a las personas en su salud y hasta su derecho a la vida. A partir de acuerdos, el Poder Judicial de la Federación, el Consejo de la Judicatura Federal, la Cámara de Diputados y de Senadores, los órganos de la administración centralizada y los órganos constitucionales autónomos como la Comisión Nacional de Derechos Humanos, emitieron acuerdos en los que declaran que no correrán plazos, ni términos legales y que solamente funcionarán en actividades esenciales con personal para las guardias.

México optó por el confinamiento, como un gran número de países del mundo, lo que dio lugar a un escenario muy distinto a lo que presentaron otros países que no aplicaron el confinamiento. La crítica al confinamiento, expuesta por *Jean-Francois Toussaint* profesor de psicología en la Universidad de París, es interesante, ya que el profesor *Toussaint* sostiene que el confinamiento no tienen ningún beneficio para la población, debido a que en

los países europeos que no adoptaron ninguna medida de contención, mostró un curso epidémico similar que aquellos que sí lo adoptaron, y con tasas similares de mortalidad, que el impacto de esas medidas de confinamiento es del 5% como máximo de diferencia entre el confinamiento y no confinamiento, además los efectos sobre las esperanzas de vida serían mucho menores en aquellos países que aplicaron el confinamiento[6].

Por otra parte, en el cuadro número 3, se muestra del estudio realizado por el profesor *Toussaint*, la evolución del número de defunciones en el continente africano sigue, desde el inicio de la epidemia, una curva exponencial muy inferior a la curva europea: a las cuatro semanas, los valores logarítmicos correspondían a 5.260 defunciones en Europa frente a 456 en África (Total actualizado a 21/4/20: 1189 muertes en África, 103.770 en Europa; una proporción de 1 a 100). Incluso si se puede cuestionar la exactitud del número de muertes declaradas, no se pueden explicar los dos órdenes de magnitud que separan estas cifras: de hecho es el mismo viroma pero su dinámica está muy ralentizada no por las mediciones de confinamiento, pero debido a un entorno físico, biológico y humano muy diferente, desfavorable para la transmisión del SARS-CoV-2[7].



Cuadro núm. 3. Defunciones en Europa continente africano: cuatro semanas desde el inicio de la pandemia.

Fuente: Toussaint, Jean-Francois, "Sortir d'un confinement aveugle," *Revue La Recherche*, 22 abril 2020, France, pp.1-15.

2. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: ACTO ADMINISTRATIVO Y SERVICIOS PÚBLICOS

De manera general podemos señalar que el acto administrativo como todo acto jurídico, que constituye una manifestación de voluntad de carácter

6 MICHEL, Jean-Dominique, **Covid: Anatomie dúne Crise Sanitaire**, Editions HumenSciences/ Humensis, 202, p. 156.

7 TOUSSAINT, Jean-Francois, "Sortir d'un confinement aveugle," en **Revue La Recherche**, 22 abril 2020, France, p. 3.

jurídico, que generalmente opera, o pretende operar una modificación del ordenamiento jurídico existente. Esta manifestación de voluntad puede tener el aspecto unilateral o bilateral. En el acto jurídico unilateral, la administración tiene la facultad, por su propia voluntad modificar o crear situaciones jurídicas; en los actos bilaterales, el acto es plurilateral [8].

Asimismo, de manera general en cuanto a los servicios públicos, podemos señalar que la administración pública satisface las necesidades de los administrados de manera directa o indirecta, de bienes y servicios, al ocuparse de ciertas actividades que son calificadas como muy importantes para los administrados por lo que fueron calificados como tales, por beneficiar al interés general[9]. Ahora expondremos primero, como la administración pública emite actos administrativos como decretos, acuerdos, programas; luego como la misma administración pública de manera directa o indirecta presta servicios públicos a los administrados que a su vez son derechos humanos de las personas, los servicios públicos de salud, educación, seguridad, pública, protección de las personas entre otros.

A.- Acto administrativo. Los elementos que constituyen el acto jurídico administrativo son: el sujeto; la voluntad; el objeto; el motivo; el fin, y la forma.

1.- El sujeto del acto administrativo es el órgano de la Administración que lo realiza. En su carácter de acto jurídico, el acto administrativo exige ser realizado por quien tiene aptitud legal.

2.- El acto administrativo debe de estar formado por una voluntad libremente manifestada. En relación con este elemento del acto administrativo se puede suscitar el problema relativo a la formación de voluntad cuando se trata de un órgano colegiado, es decir, cuando varios miembros son simultáneamente titulares de un órgano de la Administración. Normalmente, sin embargo, las disposiciones legales que instituyen tal órgano fijan los requisitos para la reunión de los titulares, para la expresión de su voto y para la determinación del número de éstos que son necesarios para considerar formada la voluntad del órgano de que se trate.

3.- La existencia de un objeto constituye otro elemento fundamental del acto administrativo. El objeto del acto debe ser determinado o determinable, posible y lícito. La licitud supone no sólo que el objeto no esté prohibido por la ley, sino que además esté expresamente autorizado por ella, salvo el caso de que la propia ley otorgue facultad discrecional a la autoridad administrativa para elegir y determinar el objeto del acto.

8 RICCI, Jean- Claude, **Droit Administrative. D´Axix-en-Provence**. Ed. Hachette, 2004. P. 45 y ROUSSET, Michel; y Olivier. **Droit Administrative, Tome I. L´action administrative,** Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2004, p. 101.

9 RICCI, Jean- Claude, **Droit Administrative..,** cit. p. 83. y ROUSSET, Michel; y Olivier. **Droit Administrative**… cit. p. 139.

4.- El motivo del acto es el antecedente que lo provoca, es la situación legal o de hecho prevista por la ley como presupuesto necesario de la actividad administrativa

B.- Los servicios públicos. A continuación expondremos los aspectos generales de los servicios públicos, sus elementos orgánicos y materiales y los principios que los rigen.

1.- Aspectos generales. El servicio público se considera que es, por una parte, una estructura o un organismo; y, por otra parte, una actividad determinada por la autoridad (el gobierno, las autoridades locales) como servicio público, pero no existen actividades que se consideren servicios públicos por estar determinados por su naturaleza, sino que tienen, dichas actividades, un alto contenido social (en las que el Estado responde a las demandas sociales) y una selección política en su determinación, por lo que cambia, en razón de circunstancias de tiempo, lugar y modo[10].

Un primer acercamiento de servicio público, es expuesto por *Jean Chevalier*, al señalar que el "servicio público es la actividad ordenada, tomada a su cargo, directamente o indirectamente por la administración pública para satisfacer una necesidad de interés general"[11]. Dicha noción, debe tener algunas precisiones, como la relativa a que estamos frente a un servicio público cuando una actividad de interés general, en algunos casos, es asegurada por una persona pública; en otros casos, porque dicha actividad se confió, por una persona pública, a una persona privada. El servicio público es por lo tanto, dice Léon *Duguit*, una actividad, asegurada, regulada y controlada por los gobernantes, por la importancia de la actividad que demanda la población, esto es, el servicio público constituye el fundamento y límite del poder de la autoridad.

2. Los elementos orgánicos y materiales de los servicios públicos. En los servicios públicos los elementos orgánicos consisten en el aseguramiento de dicha actividad por un órgano de la administración pública, pero en el derecho administrativo clásico, se permite: por una parte, que una persona privada pueda prestar un servicio público; por otra parte, que una persona pública no preste necesariamente un servicio público[12].

El elemento material del servicio público se explica por la finalidad del servicio público, la cual consiste en la satisfacción del interés general. Así las autoridades y agentes que realizan un servicio público no lo realizan para obtener un beneficio personal sino para obtener el mayor beneficio a la

10 "Service Publique", Pierre SANDRAN, en **Dictionnaire Constitutionnel**, 976-179 pp, Olivier DUHAMEl, Ives Mény, PUF, 1e editión, France, 2001.
11 CHEVALIER, Jean, **Le service public**, Paris, PUF, Que sais-je?, núm. 2359, 1987.
12 *Charles* DEBBASCH**, Droit Administrative,** 6ª edición, Editorial Economica, París, 2002, pp. 406 y siguientes.

colectividad. Ésta distinción con el tiempo la jurisprudencia la está diluyendo, así, la autoridad frente a la necesidad pública, puede adoptar para la satisfacción una medida técnica, como la reglamentación de policía, o proceder como un servicio público. La elección no es un tema de derecho sino de política. En éste sentido, solamente el poder político puede decidir respecto de cuáles son las demandas de los ciudadanos, cuáles son necesarias satisfacer, y cuáles son los medios para satisfacerlas por su función de policía o de servicio público, ya que no existe una división natural entre las actividades del Estado y las de los particulares. Aunque la norma constitucional puede crear los "servicios públicos constitucionales" los cuales son aquellos servicios que la ley regula y que no pueden ser delegados a los particulares pues son servicios vinculados a la soberanía como los de defensa nacional, de justicia, de asuntos extranjeros y de policía. Asimismo, puede adicionarse a esta lista, los servicios públicos de educación, salud y ayuda social a este "núcleo principal".

3. Los principios de los servicios públicos. Los servicios públicos deben responder al fin para el cual fueron creados y sujeto a los principios deducidos por la doctrina y la práctica para la mejor satisfacción del interés general. Estos principios se aplican a todos los servicios públicos cualesquiera que sean las particularidades de su régimen jurídico, los cuales son los siguientes: el principio de evolución, el principio de continuidad, y el principio de igualdad.

a. – El principio de evolución de los servicios públicos. Éste principio consiste en la satisfacción del interés general, el cual puede variar, puede requerir un reforzamiento, para satisfacer las necesidades públicas, por lo que los contratantes de la administración pública, están sometidos al poder de modificación unilateral de la administración pública, a condición de respetar el equilibrio financiero del contrato, por lo que puede modificar las cláusulas del contrato, en la medida en la que se requiera para la satisfacción del interés general.

b.- El principio de continuidad de los servicios públicos. Los servicios públicos no pueden satisfacer las necesidades públicas de manera intermitente, por lo que nada debe impedir el funcionamiento continuo de la prestación de un servicio público, por lo que debe de garantizarse su funcionamiento permanente, sin fallas.

c.- El principio de igualdad en los servicios públicos. Éste principio se encuentra regulado en los artículos 1º y 4º de la Constitución que establece que a todas las personas se les garantizan los derechos humanos previstos en la misma Constitución Política y los tratados internacionales y por otra parte la igualdad del hombre y la mujer ente la ley, asimismo, deriva de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.* Asimismo, consiste en que los usuarios que se encuentran en condiciones similares se les debe aplicar la prestación

del servicio público en similares condiciones de tratamiento. La prestación del servicio público de conformidad con éste principio, comprende que su ejercicio sea neutro, sin distinciones religiosas o políticas, por lo que deben aplicarse reglas de neutralidad en su prestación.

d.- El principio de gratuidad de prestación del servicio público. Los servicios están implementados en beneficio del interés general, por lo que se admite los servicios públicos, los más esenciales, que tienen el carácter de obligatorios, deben proporcionarse gratuitamente sus prestaciones.

3. DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos son aquellos que el hombre posee por el mero hecho de serlo (considerado individual y colectivamente), que emanan de los atributos de las personas, y que las normas jurídicas (de origen interno y externo, así como las consuetudinarias) les otorga facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural. Son inherentes a la persona, inalienables, imprescriptibles, iguales, fuera del alcance de cualquier poder político. Son una constante histórica y de la defensa que se hace de la persona y su dignidad. Buscan el orden público, el bien común, el desarrollo humano y la democracia[13].

Los derechos humanos en México. Se reconocen, los previstos en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* como en los tratados internacionales en los que México sea parte y deben ser respetados, prevenirse, investigar y reparar las violaciones de derechos humanos conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Se reconoce en la *Constitución Política, artículo 4, párrafo 4º*, como un derecho humano, que "toda persona" tiene el derecho a la salud, el cual es protegido, de manera concurrente entre las autoridades de la federación como cada una de las treinta y dos entidades federativas. En la *Declaración Americana de Derechos Humanos, artículo XI*, se señala que el derecho a la salud que tiene toda persona, será "preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica…"; y en el *"Protocolo de San Salvador"* se comprometen los Estados a otorgar, el más alto nivel de bienestar, se declare la salud un "bien público", se otorgue inmunización por enfermedades infecciosas, se eduque en la prevención y se satisfaga las necesidades de los grupos de más alto riesgo en su salud y los que por su condición de pobreza sean más vulnerables[14].

13 ISLAS COLÍN, Alfredo. "Criterios Jurisprudenciales en materia de Derechos Humanos", en **Derecho Procesal Constitucional, Tomo II**, Porrúa, México, 3ra. Edición, 2002; en la **revista IURIS TANTUM, Año XVII, núm. 13, 2002**; en la **revista LEX, 3era. Época, año VI, mayo 2001, No. 71**; y en la **Revista ELIAIA**, del Instituto de Investigaciones Jurídicas, año 2, No. 4, Monterrey, México, 2002.

14 **Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Dere-**

Las violaciones de derechos humanos durante la contingencia sanitaria COVID-19 en México son diversas, con consecuencias mayores que en tiempos normales, las cuales generan efectos diferenciados a los grupos más vulnerables, por lo que las autoridades que emitan "medidas y acciones extraordinarias" para atender la emergencia sanitaria deben ser en el marco del respeto de la: dignidad; la igualdad; la libertad de las personas; respetando el principio de legalidad; las estrictamente necesarias en una sociedad democrática; y proporcionales para el fin legítimo de protección del derecho a la salud.

Enunciaremos algunas posibles violaciones de derechos humanos, seleccionadas más por la información que se tiene al momento, que por su orden de importancia. Los temas que expondremos son: la libertad de tránsito; el derecho a la salud de los trabajadores; y el derecho a la identidad.

A. Libertad de tránsito. La limitación a la circulación de las personas con el cierre de fronteras, caminos, carreteras, toques de queda, retenes en otros que impidan que las personas viajen o circulen legalmente de una comunidad a otra o municipio o estado no solamente es una violación a la libertad de tránsito, sino que como sabemos los derechos humanos son interdependientes de este derecho vinculado con otros derechos humanos relacionados con el mismo estado de emergencia sanitaria con que su limitación puede producir en algunos casos consecuencias fatales. Por lo anterior, son ilegales los llamados "Toques de Queda" decretados en 31 municipios de once Estados de la República mexicana como son: Guerrero, Michoacán, Quinta Roo, Yucatán, Jalisco, Baja California, Sonora, Chihuahua, Morelos, Coahuila y Nuevo León.

Se considera violatorio de la libertad de tránsito los programas siguientes: 1.- El programa "Quédate en casa obligatorio en fase 2" en el Estado de Sonora; 2.- Los programas "aislamiento obligatorio" en los Estados de Michoacán y Jalisco; 3.- El cierre de fronteras internacionales los estados de Coahuila, Tamaulipas y Nuevo León mediante el control estricto de 21 puentes fronterizos entre sus entidades y los Estados Unidos de Norte América; 4.- El acceso restringido o controlado por parte de las autoridades municipales o la misma población de la región, de 340 municipios lo que equivale al 20% del total de los municipios del país, en casi la mitad de los estados del país, principalmente en los estados siguientes: Campeche todos los municipios, en Guerrero el 80%; Veracruz 36% y Oaxaca 25%.

Estas restricciones a la libertad de tránsito, no pueden justificarse por la situación extraordinaria, pues no se ha declarado suspensión de derechos humanos, ya que no es el procedimiento para suspender derechos humanos, ni tampoco las autoridades están facultadas para restringir derechos

chos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", artículo 10.

humanos, por lo que el Comité Estatal de Salud del Estado de Sonora, no puede aprobar válidamente en el programa "Quédate en casa obligatorio en fase 2" dicha obligación, ni usar la fuerza pública para hacerse obedecer, ni ordenar "toques de queda" y mucho menos fijar y hacer efectivas multas a las personas que no cumplan.

Algunas de las sanciones indebidas por no respetar la restricción de movilidad, van desde multas, arrestos, trabajos comunitarios, como en los estados de Michoacán y Jalisco, hasta tortura al provocarles las autoridades a las personas sufrimientos físicos y o psicológicos con motivo del incumplimiento de sus restricciones a la libertad de tránsito, como ha sucedido en Guerrero, con la policía Comunitaria de Tecampanera debido a que los "jóvenes no acataron las medidas de quedarse en casa".

B.- Derecho a la salud de trabajadores. El acuerdo del Consejo de Salubridad General señalamos que declaró la suspensión de "actividades no esenciales" en los establecimientos públicos, privados y sociales, con la finalidad de evitar la contaminación entre las personas. Asimismo, se reconoció que existen personas con mayor riesgo, las personas embarazadas, mayores y que tengan alguna enfermedad cardiovascular, crónicas respiratorias, cáncer, diabetes o hipertensión. Por lo que estas personas, aún desempeñándose en actividades "no esenciales", no están obligadas a trabajar durante el periodo de la suspensión. Pero las violaciones de los derechos humanos de los trabajadores como de los grupos vulnerables como lo exponemos a continuación:

1.- De las quejas recibidas por el Comité Nacional para Prevenir la Discriminación, el 32% son de personas que perteneciendo a estos grupos vulnerables de mayor peligro por el SARS-CoV2, que puede afectar su salud y hasta su vida por ser obligados a acudir a su centro de trabajo;

2.- En Chihuahua, Ciudad Juárez, 340 trabajadores exigen en tres maquiladoras paro técnico para evitar los contagios, el respeto de su salario íntegro y prestaciones; y en el mismo estado, 13 trabajadores han muerto en una sola maquiladora por contagios del COVID-19;

3.- En Baja California, 60 trabajadores de maquiladoras están contaminados por el COVID-19;

4.- En todo el país la empresa "Grupo Salinas" que se ocupa de venta de electrónicos, muebles para las casas, telecomunicaciones (televisión, estaciones de radio, televisión por cable, telefonía), servicios financieros (bancos, afores, venta de seguros), ensambladora de motocicletas, con filiales en Honduras, Guatemala, Panamá, el Salvador, República Dominicana, Perú, Brasil, no cierra sus tiendas que no realizan "actividades esenciales", contaminándose varios de sus trabajadores y ha ocasionado cierre de locales por autoridades municipales

y protestas de otros establecimientos por el trato desigual.

Es importante resaltar, según la experiencia en varios países del mundo, que la mayor mortalidad por el contagio del COVID-19, se presenta en **personas mayores**. El *Pacto de San Salvador*, estable en su *artículo 17*, la protección de los ancianos, lo que comprende instalaciones adecuadas, con alimentación y atención médica especializada y estimular su formación para mejorar su calidad de vida. Asimismo, la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* recomendó, en su *Resolución 1/2020* denominada "*Pandemia y Derechos Humanos en las Américas"* lo siguiente: que se deben de proteger de manera prioritaria a los grupos vulnerables, dentro de ellos, a los adultos mayores; que deben ser incluidos en los programas de prevención y protección de la salud con motivo de la pandemia COVID-19; y que, se revisen los protocolos de actuación de los médicos para que en la distribución de recursos y tratamientos médicos, se otorguen sin criterios de discriminación.

C.- Derecho a la identidad de las personas. Los gobernadores de los Estados de Coahuila, Tamaulipas y Nuevo León declararon que las personas que fallecieron por motivo del SARS-CoV2, **deben ser cremados los cadáveres**, sin distinguir si las personas están identificadas o no. Es importante, no borrar los elementos de prueba, especialmente en el caso de las personas desaparecidas ya que se requiere saber, si se localiza la persona desaparecida, conocer las causas de su muerte para delimitar responsabilidades. Por lo que la *Ley General en Materia de Desaparición de Personas* ordena que aquellos cadáveres o restos que no han sido identificados, está prohibida la incineración de cuerpos. Las leyes generales son eso, de cumplimiento general, por todos los estados de la república, están obligados a su cumplimiento, pues a la Nación le interesa, que esos temas sean regulados por la federación, para evitar la dispersión legislativa. Asimismo, de manera específica, se emitió por el gobierno federal, la Secretaria de Salud y de Gobernación acuerdan el 17 de abril de 2020, que se prohíbe la incineración de los cadáveres no identificados, no reclamados, que hayan fallecido a consecuencia de la enfermedad por el virus SARS-CoV2.

4. GRUPOS VULNERABLES

A continuación analizaremos los grupos vulnerables siguientes: A.- Pueblos indígenas y afromexicanos; B.- Personas privadas de su libertad y Ley de amnistía; C.- Discapacitados; D.- Migrantes, solicitantes de asilo, refugiados y desplazados; y E.- Personas que viven en situación de pobreza y pobreza extrema.

Derechos humanos a grupos vulnerables. Los grupos vulnerables son las personas que se encuentran en una situación de trato desigual, aunque son

iguales a los demás, por lo que para compensar esa desigualdad real, se debe compensar esos derechos que los ponen en situación de desigualdad que los demás, para darles un trato de igual real. Los derechos humanos se reconocen a "todas las personas", los cuales comprende, cada uno de los integrantes de éstos grupos vulnerables en los instrumentos internacionales siguientes: la *Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos y Sociales, la Convención Americana de Derechos Humanos*. Los integrantes de los grupos vulnerables se tratan históricamente de manera discriminatoria. Mencionaremos algunas líneas de los pueblos indígenas, afromexicanos, reclusos, discapacitados, migrantes, refugiados, solicitantes de asilo, refugiados y desplazados:

A. Pueblos indígenas y afromexicanos. La nación mexicana es pluricultural, sustentada en los pueblos indígenas y afromexicanos los cuales tienen los derechos para garantizar su libre determinación, autonomía, desarrollo e inclusión social. Los indígenas y afromexicanos en su mayoría se encuentran en situación de vulnerabilidad por la pobreza, exclusión social, discriminación y contar con los niveles más bajos de escolaridad. Se tienen datos de 209 casos de personas indígenas y afromexicanos que tienen positivo al SARS-CoV2 de 784 pruebas aplicadas.

La falta de una política pública de difusión suficiente plurilingüística, diferencial, con perspectiva inclusiva, transversal e interseccional, son parte de dicha situación, no obstante las recomendaciones de la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* en su Resolución denominada *"Pandemia y Derechos Humanos en las Américas"* señala, de informar en su idioma tradicional. El mayor número de éstos grupos vulnerables con dicho diagnóstico son de los Estados de Quintana Roo, Ciudad de México, Estado de México y Yucatán. La misma Comisión Interamericana reitera que los derechos de los pueblos indígenas y afromexicanos tienen derechos como la salud con pertinencia cultural, atendiendo cuidados preventivos, sus prácticas curativas y medicina tradicionales. Asimismo, evitar, en la restricción de derechos humanos, el uso de la fuerza de manera desproporcionada y con criterios discriminatorios a éstos grupos vulnerables. El *Convenio 169 de la OIT, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, otorga, en los *artículos 24 y 25*, el derecho a la salud adecuados a los pueblos indígenas, de manera que tienen derecho al nivel máximo de salud física y mental.

B.- Personas privadas de su libertad y ley de amnistía. 1.- Las personas privadas de su libertad. De manera específica, se reconocen derechos de las personas privadas de su libertad en el *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión* en los *artículos 1 y 24*, los cuales deben ser tratados humanamente, reconociendo su dignidad

intrínseca y tendrán derecho a la atención y tratamiento servicio médico. Los reclusos son un grupo vulnerable, por las siguientes consideraciones:

a.- no solamente por la restricción a su libertad personal, sino que también,

b.- el mayor número de recomendaciones emitidas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos a establecimientos públicos, por años, son los centros de reclusión, por no cumplir las condiciones mínimas de infraestructura y porque existe hacinamiento en un gran número de centros de reclusión;

c.- la condición de vulnerable por ser reclusos, se agrava la situación de aquellas personas privadas de su libertad que son más vulnerables por los efectos mortales que produce en mujeres embarazadas, adultos mayores y personas con enfermedad cardiovascular, crónicas respiratorias, cáncer, diabetes o hipertensión;

d.- los reclusos al tener un gran número de ellos, mala alimentación, desnutrición, estrés, enfermedades como tuberculosis u otras enfermedades sanguíneas disminuye su sistema inmunológico.

Por lo que, para el caso del cumplimiento de la "sana distancia" y así evitar la dispersión y contagio del SARS-CoV2, por el hacinamiento y sobrepoblación en centros de reclusión, se han dictado las siguientes medidas: otorgar su liberación o cambio de medidas cautelares de personas privadas de su libertad. En el Estado de México, de conformidad con la *Ley Nacional de Ejecución Penal*, preliberaron 59 del fuero local y 1864 reclusos les fue otorgada su libertad condicionada con uso de brazaletes electrónicos. En la Ciudad de México, les otorgaron la preliberación a 78 reclusos por razones humanitarias ya que tienen enfermedades crónicas o ser perseguidos por delitos patrimoniales en donde no ejercieron violencia.

La *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* recomendó en su *Resolución 1/2020*, y la *OEA*, en su *Guía*[15], en el mismo sentido resolvió que el gobierno mexicano, que se deben de proteger las personas privadas de su libertad, buscando alternativas para su preliberación, tanto a los que se encuentran en situación de mayor riesgo de salud o perseguidos por delitos patrimoniales, para que se reduzca drásticamente la sobrepoblación y hacinamiento en los centros de reclusión. Asimismo, propusieron: que se tomen medidas especiales para los reclusos que permanecen privados de su libertad para mantener la sana distancia; que las medidas restrictivas en los centros de reclusión sean con el objetivo de evitar la propagación del COVID-19; coordinar con el sector salud estrategias de salud pública para enfrentar la pandemia; evitar que los grupos internos en los centros de reclusión impidan la implementación de medidas de prevención; y asegurar que las personas privadas de su libertad

15 OEA, **Guía Práctica…,** *cit.,* p. 66.

por salud mental, se les impida contacto con sus familiares.

2.- Ley de Amnistía. Se publicó la *Ley de Amnistía* para continuar con la despresurización de los centros de reclusión, se otorgó amnistía concediéndoles como consecuencia, su libertad: 1) a personas a aquellos que cometieron delitos contra la salud, estando en una situación de pobreza al momento de la comisión del delito del que se le acusa; 2) se encontraba el recluso al momento de la comisión del ilícito, en extrema vulnerabilidad; o 3) se encontraba el recluso al momento de la comisión del ilícito en exclusión por discapacidad y cometió el ilícito por indicación de su familiar u obligado por grupos de la delincuencia organizada; 4) También a los indígenas o afromexicanos que no tuvieron traductor en el proceso judicial, se les concedió su libertad.

C.- Personas discapacitados. Los problemas que presentan este grupo vulnerable, son principalmente, ausencia de mecanismos de acceso por distintas barreras, como en las medidas de prevención, medidas de minimización y control de riesgos, y atención y cuidados de salud. En los programas de "Sana distancia" y "Quédate en casa", "Lavarse las manos" no puede ser cumplido de la misma manera que el resto de la población, por su situación de discapacidad. Algunos requieren tocar las superficies para desplazarse, o lavarse las manos, no tienen la misma movilidad, por lo que el riesgo de contagiarse, es mayor. En la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas en su artículo 25,* se establece que las personas con discapacidad gozarán del más alto nivel de salud, sin discriminación por motivo de su discapacidad.

D.- Migrantes, solicitantes de asilo, refugiados y desplazados. Los derechos humanos a todas las personas, sin distinción, como los migrantes, refugiados, solicitantes de asilo y desplazados se reconocen de manera específica en la *Convención Internacional sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares.* En el *artículo 28*, de éste instrumento internacional, establece que los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales.

Los últimos meses en México, han ingresado un gran número de personas por factores socioeconómicos, políticos y ambientales por la frontera sur, mediante caravanas de migrantes principalmente hondureños, salvadoreños, guatemaltecos, cubanos, venezolanos, nicaragüenses que vienen a México y a los Estados Unidos de Norteamérica, por caravanas para evitar los abusos de las autoridades mexicanas y la delincuencia organizada, traficantes, trata de personas y abusos de supuestos "gestores". Los migrantes vienen en una situación de vulnerabilidad muy grande como la siguiente: 1.- Son numerosos históricamente de conformidad con las Recomendaciones de la Comisión

Nacional de Derechos Humanos por violaciones de derechos humanos a menores, mujeres, discapacitados, indígenas, grupos lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI)[16]; 2.- Un gran número de ellos, están en una situación de pobreza extrema; 3.- Las medidas de "Sana distancia" y "Quédate en casa" les afecta de gran manera, por el difícil acceso al empleo, salud, vivienda, y varios de ellos, trabaja en el sector informal, que han cerrado muchos de éstos comercios; 4.- Las restricciones a la libertad de tránsito en aproximadamente el 20% de los municipios del país; 5.- el peligro de contagio del COVID-19 es grande en las estaciones migratorias en donde "temporalmente" se alojan a los extranjeros que no acreditan su situación migratoria regular mientras se resuelve su situación migratoria, ya que las estaciones migratorias son limitadas en espacios y servicios de salud[17].

E.- Personas que viven en situación de pobreza y pobreza extrema. Las personas que viven en pobreza y pobreza extrema en México son más de 49% de la población total, con mayor número en las zonas rurales a los niños, adolescentes, mujeres, indígenas y afromexicanos.

Una vez que pase la pandemia el Estado, la administración pública va requerir modificar la manera de relacionarse con sus administrados en la aplicación de políticas públicas, de servicios públicos, de los acuerdos y actos administrativos que emita: 1) ya que no regresaremos a la llamada "normalidad"; 2.- pues la "normalidad neoliberal-capitalista que vivíamos nunca fue normal, debe modificarse ese modelo de sociedad; 3.- el ejercicio del poder mediante la centralización del poder o el de la democracia representativa provocaron esta crisis y son incapaces de hacer frente a la crisis que ellos crearon tanto en el modelo oriental como occidental[18].

Se deberá crear nuevas formas de organización del Estado y de interrelacionarse con los administrados, para proteger los derechos humanos.

5. CONSIDERACIONES FINALES

1.- Las tesis de filósofos sobre el Coronavirus y los modelos europeo y asiático explican diversas concepciones que tienen en el mundo sobre la pandemia y explican la diversidad de medidas para hacerle frente.

2.- La situación socioeconómica de México y las acciones del Estado Mexicano con los diecinueve programas para proteger grupos vulnerables son

16 ISLAS COLÍN, Alfredo. "Caravanas de migrantes y refugiados en México", **Revista Barataria**, núm. 25, 2019, CASTILLA LA MANCHA y ISLAS COLÍN, Alfredo. **Migrantes y Refugiados. Protección de Derechos Humanos**. México, Porrúa, 2018, pp. 205 a 208.

17 ISLAS COLÍN, Alfredo. **Migrantes y Refugiados. Protección de Derechos Humanos**. México, Porrúa, 2018, p. 27.

18 Moura Costa Matos, Anditas. **El virus como filosofía. La filosofía como virus.** Barcelona. Ediciones Bellaterra, 2020, pp. 85-87.

acordes con las recomendaciones de la OEA para hacer frente a la pandemia.

3.- Las acciones urgentes y extraordinarias tomadas por las autoridades mexicanas federales, estatales y municipales para hacer frente a la pandemia COVID-19 en México requiere que sean oportunas, apropiadas, proporcionales, iguales, sin discriminación, en relación con el respeto de los derechos humanos relativos a la libertad de tránsito, al grado máximo de salud de los trabajadores, el Derecho a la identidad de las personas muertas como consecuencia del COVID-19 y los derechos humanos de grupos vulnerables como niños, adultos mayores, trabajadores, indígenas, afromexicanos, discapacitados, migrantes, solicitantes de asilo, refugiados y desplazados.

REFERENCIAS

CHEVALIER, Jean, **Le service public**, Paris, PUF, Que sais-je?, núm. 2359, 1987.

CONEVAL, "**La Crisis Sanitaria Generada por la Covid-19 Y sus Consecuencias Económicas ponen en Riesgo Avances en Desarrollo Social y puede Afectar en Mayor Medida a Grupos Vulnerables",** Comunicado No. 6, 11 mayo 2020.

DEBBASCH, Charles, **Droit Administrative,** 6ª edición, Editorial Economica, París, 2002.

ISLAS COLÍN, Alfredo. "Criterios Jurisprudenciales en materia de Derechos Humanos", en **Derecho Procesal Constitucional, Tomo II**, Porrúa, México, 3ra. Edición, 2002; en la **revista IURIS TANTUM, Año XVII, núm. 13, 2002**; en la **revista LEX, 3era. Época, año VI, mayo 2001, No. 71**; y en la **Revista ELIAIA**, del Instituto de Investigaciones Jurídicas, año 2, No. 4, Monterrey, México, (2002).

ISLAS COLÍN, Alfredo. "Caravanas de migrantes y refugiados en México", **Revista Barataria**, núm. 25, 2019, Castilla la Mancha.

ISLAS COLÍN, Alfredo. **Migrantes y Refugiados. Protección de Derechos Humanos**, Porrúa, México, 2018.

MICHEL, Jean-Dominique, **Covid: Anatomie dúne Crise Sanitaire.** Editions HumenSciences/ Humensis, 2020.

MOURA COSTA MATOS, Andityas, **El virus como filosofía. La filosofía como virus,** Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2020.

OEA, **Guía Práctica de respuestas inclusivas y con enfoque de derechos humanos ante el COVID-19 en las Américas**. Washington D.C., Organización de los Estados Americanos, 2020.

Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", artículo 10.

RICCI, Jean- Claude, **Droit Administrative.** Ed. Hachette, D´Axix-en-Provence, 2004.

ROUSSET, Michel; y Olivier, **Droit Administrative, Tome I. L´action administrative**, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2004.

SANDRAN, Pierre, "Service Publique", en **Dictionnaire Constitutionnel**, 976-179 pp., Olivier Duhamel, Ives Mény, PUF, 1e editión, France, 2001.

TOUSSAINT, Jean-Francois, "Sortir d'un confinement aveugle," Revue **La Recherche**, 22 abril 2020, France.

19. O DIREITO ADMINISTRATIVO DE EMERGÊNCIA E O EMPREGO DAS FORÇAS ARMADAS NAS SITUAÇÕES CONSTITUCIONAIS ORDINÁRIAS E EXCEPCIONAIS

André Saddy

Doutor pela Universidad Complutense de Madrid. Mestre pela Universidade de Lisboa. Professor da Faculdade de Direito, do Mestrado em Direito Constitucional e do Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

Diogo Alves Verri Garcia de Souza

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduado em Direito Militar e em Direito Público e Tributário. Membro da Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial (SBDA). Diretor Executivo de Ensino do Centro para Estudos Empírico Jurídicos (CEEJ). Advogado e servidor público federal. verrigarcia@gmail.com

Sumário: 1. Considerações Iniciais; 2. Atividades estatais em períodos de normalidade e de anormalidade; 2.1 Administração Pública: algumas características e suas funções; 2.2 Manifestações ou formas de atuação administrativa clássicas; 2.3 Dificuldade de enquadramento das atividades administrativas; 3. (In)existência de um Direito de Emergência; 4. Algumas reflexões para o Direito de Emergência nas Forças Armadas; 4.1 A (in)viabilidade de um Direito de Emergência de formação gradual; 4.2 Direito de Emergência pela via doutrinária e jurisprudencial; 4.3 Uma das características do Direito de Emergência é o alargamento normativo; 4.4 As atribuições subsidiárias legais e o Direito de Emergência advindo da Covid-19; 5. Considerações Finais; Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O estudo de Direito Administrativo proclama uma série de medidas comumente adotadas para as condições cotidianas, dentro das quais a sociedade e o Estado devotam a maior parte do tempo de seu desenvolvimento e transformação. É nos períodos de previsibilidade que o Direito usualmente opera, sendo fruto de uma conformação adequada atendida nos textos constitucionais e reproduzidas nas leis, encontrando exemplo nas atividades administrativas já conhecidas classicamente pela doutrina, como a polícia administrativa, o serviço público e o fomento, desenvolvidas por diversas sortes de agentes públicos e órgãos, de diferentes esferas. Ao lado delas, desenvolvem-se adaptações para os períodos de anormalidade, em que os

diplomas normativos e todo o Direito devem dar azo às novas demandas exigidas pela sociedade, novamente movimentando agentes e órgãos da Administração.

Um desses âmbitos de interação envolve as estruturas militares. No campo de estudo das Forças Armadas, além da guerra em defesa da pátria e a defesa dos poderes constitucionais – suas funções precípuas – , elas também dispõem de atribuições subsidiárias constitucionais (parte final do caput do art. 142, da Constituição) e subsidiárias legais, na forma disposta em lei complementar. Nesse mister, executam um papel atribuído com base em normas dispostas no seio constitucional, e por meio de atividades que se repartem, no âmbito externo, pela defesa da soberania na relação com outras nações soberanas; e, no ambiente interno, pela consecução do compromisso perante o todo social, desde a prestação de serviços públicos em situações ordinárias, à proteção da sociedade e do Estado em momentos críticos.

Há, pois, situações de excepcionalidade ou de anormalidade – algumas também antevistas na norma constitucional, tais como o estado de defesa, o estado de sítio e a intervenção federal – existentes em razão de determinadas conjunturas sociais (de origem natural ou humana) que, dadas as suas particularidades, determinam toda sorte de emprego de estruturas do Direito Administrativo, amoldadas a bem servirem (talvez em alcance, meios ou intensidade reformados, em comparação ao regime de normalidade) à particular situação. Para tal sorte de emprego, o Estado também se socorre de suas Forças Armadas.

Essa conjuntura de excepcionalidade, percebida pela norma, faz-se já adotada pela doutrina sob uma nova roupagem, a do denominado Direito Administrativo de Emergência, a ganhar força com as situações mitigadoras dos danos jurídicos, econômicos, políticos e sociais (dentre outras) causados pela pandemia da Covid-19.

Pelo foco das situações ordinárias e excepcionais, o presente artigo tem como objetivo analisar o papel da Forças Armadas, instituições na estrutura constitucional brasileira, dentro desse denominado Direito de Emergência. Tem-se que em tais instituições é verificado um variado rol de possibilidades constitucionais, desde à ação em garantia da lei e da ordem à prestação de atividades não ordinariamente afetas ao seio castrense em sua história e vocação precípua – e até passíveis de delegação a particulares – , como a prestação de serviços públicos.

O problema que move a presente pesquisa é compreender se, para tais situações, a estrutura constitucionalmente posta para a atuação de tais forças realmente se porta como uma ruptura com a conformação do Direito

Administrativo anterior (ou seja, o moldado sob condições usuais), feito a adoção de soluções *ad hoc*, ou se, no atual quadro da pandemia da Covid-19 – e de outras emergências que possam surgir – compreende a simples adoção de institutos já conhecidos, ainda que em demasia atípicos ao seio castrense, como o fomento.

Junto a tais condições, busca-se examinar no que as atuações subsidiárias das Forças Armadas aderem ao denominado Direito de Emergência, de modo que se amolda como sendo a hipótese positiva, no sentido nada mais são do que estruturas já inerentes ao Direito e por ele conhecidas, mas que, para aplicação dentro do papel constitucionalmente estabelecido para as Forças Armadas (e.g, a proteção a atores econômicos), nisso apresentam evolução.

Sob o ponto de vista da importância, a presente pesquisa visa conferir melhor compreensão do papel das Forças Armadas – no foco de estudo, quando vigentes as mencionadas situações excepcionais – , que não mais representam a mesma devoção unicamente para a guerra, lógica (se uníssona) que há muito deixou de ser presente no constitucionalismo pátrio. Para tanto, fez-se adotada uma pesquisa intrinsicamente documental, com base em autores brasileiros e estrangeiros, como também na legislação e em atos administrativos.

2. ATIVIDADES ESTATAIS EM PERÍODOS DE NORMALIDADE E DE ANORMALIDADE

2.1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ALGUMAS CARACTERÍSTICAS E SUAS FUNÇÕES

A Administração Pública desenvolve diversas funções e atividades para atingir os interesses públicos e em respeito à dignidade da pessoa humana. A Administração Pública, portanto, representa todo o aparelhamento do Estado previamente estabelecidos para a realização de suas atividades, buscando satisfazer as necessidades coletivas, ou melhor, gestionam os interesses públicos, segundo preceitos do direito, da legitimidade e da moral. Atua como instrumento de relação permanente e geral com os cidadãos. Trata-se, portanto, de uma organização destinada ao serviço da sociedade, do bem comum, dos interesses públicos.

Diferentemente de outros poderes do Estado, todas as prerrogativas conferidas à Administração Pública possuem natureza funcional, isto é, outorgam-se e se exercitam em interesse alheio; neste caso, em atenção aos interesses públicos. Os poderes, faculdades ou prerrogativas da Administração Pública sempre são, pois, fiduciários nos que a titulares formal do exercício (para a Administração) e beneficiário último do mesmo (a coletividade ou os interesses públicos) aparecem dissociados.

Assim, são consideradas como Administração Pública todas as atividades que servem o público e que a ele são relativas. Atividades essas transferidas do povo para o Estado por meio da Constituição ou das leis. São elas: atividades ordenatória/limitativa (polícia administrativa); atividade prestacional/exploratória (serviços públicos, atividades econômicas em sentido estrito) e infraestrutura pública; e atividade regulatória (indicativa, incitativa e imperativa).

É certo que a Administração Pública possui um leque enorme de condutas, o que torna as tentativas de enumerar todas, parcialmente fútil, pois não se conseguirá enumerar todas as possibilidades de atuação existentes[1]. Os diversos poderes, faculdades ou prerrogativas da Administração irão se enquadrar em uma ou outra atividade administrativa. A título de exemplo, o poder de inspeção, o poder sancionador, o poder autorizador são poderes próprios da atividade ordenatória/limitatória. Já o poder concedente e o poder tarifário, por exemplo, aparecem vinculadas a atividade prestacional. Por fim, ainda na qualidade exemplificativa, o poder subvencional se apresenta vinculado à atividade regulatória.

Vale mencionar que um mesmo poder, faculdade ou prerrogativa pode se enquadrar, dependendo da perspectiva dada, em várias atividades administrativas. Além disso, ao colocar em prática uma ação, diversos poderes podem estar presentes.

Passa-se a analisar a forma pela qual a doutrina vem contribuindo no que diz respeito às atividades funcionais da Administração Pública.

2.2. MANIFESTAÇÕES OU FORMAS DE ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA CLÁSSICAS

A doutrina clássica costuma estabelecer que são manifestações ou formas de atuação administrativas uma das seguintes categorias: *polícia administrativa, serviço público e fomento*. É fato que essa trilogia não esgota todas as ações administrativas, afinal haverá situações em que não será possível o enquadramento em nenhuma dessas categorias.

Inclusive, é essa dificuldade de enquadramento a razão pela qual surgiu ao longo dos últimos anos outras categorias classificatórias, tais como: atividade de gestão industrial ou econômica[2], atividade de planificação[3], atividade arbitral[4], entre outros.

1 Discute-se muito, no âmbito da ciência da administração, as missões da Administração, vide: CAUPERS, João. **Introdução à ciência da Administração Pública.** Lisboa: Âncora, 2002.

2 VILLAR PALASÍ, José Luis. La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo. **Revista de Administración Pública,** Madrid, Ano 1, n. 3, p. 53-129, set-dic, 1950.

3 ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de derecho público económico:** modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Granada: Comares, 1999.

4 **PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. Derecho administrativo: (Parte general). Madrid: Marcial Pons, 1989.**

A ideia ao se delimitar as manifestações e formas de atuação administrativa era facilitar a compreensão da matéria afeta à ciência da Administração, no caso a ciência do Direito administrativo. Essas categorias (polícia administrativa, serviço público e fomento) permitem uma aproximação, nem que seja parcial, ao que a Administração faz e como faz.

Qualquer conduta (comissiva ou omissiva) da Administração pode vir a ser enquadrada em alguma dessas três categorias mesmo que a linha entre elas muitas vezes seja tênue.

Ao longo do século XIX e XX, a atuação administrativa se canalizou no que Leon Duguit[5] denominada *"mandar ou servir"*, ou seja, polícia administrativa e serviço público. Para esse autor, todo problema da atividade do Estado se resolvia por essa antítese.

Essa classificação dual entre *"activité de police"* e *"activité de service public"*, para os franceses, assim como *"Ordnungsverwaltung"* (administração ordenadora) e *"Leistungsverwaltung"* (administração prestacional), para os alemães, perdurou até metade do século XX quando Luis Jordana de Pozas[6], incluiu um terceiro termo criando uma divisão tripartida, distinguindo-as entre: (i) atividade de polícia (ou atividade dirigida à manutenção da ordem pública mediante a limitação das atividades privadas)[7]; (ii) a atividade de serviço público (ou atividade de satisfação de uma necessidade pública pelos órgãos da própria Administração)[8]; e (iii) atividade de fomento (ou ação de

5 DUGUIT, Leon. **Traitè de Droit constitutionnel.** 3. ed. Paris: Boccard, 1927, tomo I, p. X (1ª ed. de 1911).

6 JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. **Revista de Estudios Políticos,** Madrid, Ano 9, n. 48, p. 41-54, nov-dic, 1949; El problema de los fines de la actividad administrativa. Revista de Administración Pública, Madrid, Ano 2, n. 4, p. 11-28, ene-abr, 1951.

7 Tradicionalmente essa atividade é vista como aquela que engloba atuações administrativas que implicam limitações ou restrições de direito dos particulares, por meio de carácter imperativo e coativo que obriga terceiros a observar determinadas condutas. Apesar de ser muita utilizada a terminologia atividade de polícia, outras são empregadas pela doutrina, tais como atividade de ordenação e limitação. Adota-se aqui um conceito mais amplo do que atividade de polícia, no caso, a concepção de atividade ordenatória ou limitatória. Essa, tem por finalidade possibilitar uma convivência social ordeira e valiosa, cuidando da boa ordem da sociedade ao limitar, restringir ou condicionar o exercício de outros interesses para a realização dos interesses públicos e da boa administração de forma que compatibilize direitos e deveres existentes disciplinando o exercício da autonomia privada e, excepcionalmente, da pública (criando obrigações de não fazer e de fazer) por meio de ações de comando, consentimento, fiscalização e sanção. Trata-se, portanto, de ações ablatórias, que levam a privações e sacrifícios de liberdades e propriedades. Compõe-se de um conjunto de competências desenvolvidas pelo poder público e não apenas pela Administração Pública destinadas a dar concretude as normas (regras e princípios) consagradas no ordenamento jurídico, por isso se afirma que tais atividades devem ser baseadas em lei ou na Constituição.

8 Essa atividade se refere em seu sentido clássico as prestações que as Administrações Pública organizam e oferecem a terceiros, seja diretamente (por meio de seus entes e órgãos) ou indiretamente (utilizando a colaboração e a cooperação de pessoas privadas). Prefere-se utilizar termo mais genérico, no caso atividade prestacional/exploratória e infraestrutura pública por entender que a Administração não apenas presta serviços públicos, mas também executa atividades econômicas em sentido estrito e realizada infraestruturas (obras públicas). Essa cuida das possibilidades de vida e da melhoria das condições de vida dos membros da sociedade, na medida em que apoia diretamente, por meio de garantias, na persecução dos interesses públicos ampliando a posição jurídicas dos particulares ao disponibilizar serviços. Apoia-se na incapacidade natural dos sujeitos privados para levar a cabo determinadas funções de especial relevância coletiva. Essa atividade visa a satisfação das necessidades coletivas de

promoção de atividades privadas que satisfaçam necessidades públicas ou de utilidade geral)[9].

2.3. DIFICULDADE DE ENQUADRAMENTO DAS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS

Não se pode confundir as atividades administrativas defendidas (atividades ordenatória/limitativa; atividade prestacional/exploratória; e atividade regulatória). Quiçá essa trilogia de atividades não esgote todas as formas possíveis da atuação administrativa, já que existem circunstâncias que não se questionará o enquadramento em alguma delas, razão pela qual se diverge muito sobre o tema, acrescentando outras atividades.

Apesar de teoricamente ser possível abalizar tais atividades, materialmente vem se tornando difícil tal distinção. Há uma tendência a que toda atividade administrativa se apresente de forma complexa por se apresentarem de forma concomitante. Isto porque os fins do Estado somente podem ser efetivamente realizados mediante atuação integrada, complexa e completa.

A linha que separa cada uma dessas três atividades mencionadas é bastante tênue e. muitas vezes elas parecem se confundir.

A atividade ordenatória/limitativa poderá ter função regulatória, mas não deixará de ser uma atividade autônoma, mesmo exercendo de forma concomitante uma atividade regulatória. No entanto, ela não se confundirá de

modo direto e imediato, ou seja, os fins são alcançados por meio de um agir próprio dos mais diversos sujeitos administrativos. Também, em outros termos, quando se pensa em atividade prestacional ou executória, além da Administração atuar na prestação de serviços públicos e na exploração de atividades econômicas em sentido estrito, como até aqui for analisado, tem-se, também, ela realizando infraestrutura.

9 O fomento recorre a medidas não imperativas ou coativas, buscando por meio de incentivos e vantagens oferecidas aos particulares, os interesses públicos. O fomento pode ser positivo ou negativo, considerando-se positivo os que outorgam prestações, bens e vantagens a favor de quem realizará a atividade que se trata de estimular, enquanto que, pelo contrário, será negativa os obstáculos ou cargas que se criam precisamente para dificultar determinadas atividades contrárias ou opostas a aquelas que a Administração deseja fomentar.
Chamar-se-á essa atividade, também, de atividade estimulativa. Esta existe para melhoria das estruturas dos diferentes domínios da vida com respectivo a objetivos maiores. Entende-se que essa atividade nada mais é que uma atividade administrativa intervencionista, positiva ou negativa, que visa, de modo não coercitivo, induzir, instigar, provocar, promover, proteger, propulsar, incentivar, abrigar, dirigir, impulsionar ou fomentar direta, imediata e concretamente a iniciativa privada e, até mesmo, outros entes ou órgãos administrativos, para tomadas de decisões de setores específicos que tenham como objetivo que determinados interesses públicos sejam atendidos por meio de atividades em favor de toda a coletividade, desafogando a estrutura daquele que o realiza e almejando o desenvolvimento ou progresso econômico ou social, suprindo eventuais deficiências existentes de forma temporária e transitória, como forma de alcançar objetivos previstos na Constituição e efetivar direitos fundamentais. Trata-se, na verdade, de um mecanismo ou uma técnica interventiva da atividade regulatória. Assim como a atividade de planejamento. Defende-se, dessa forma, que a atividade de fomento não possui autonomia e, atualmente, deve ser substituída por uma atividade mais ampla, denominada atividade regulatória.
Essa atividade visa orientar o comportamento dos agentes na seara econômica ou social para resultados que possam beneficiar toda a coletividade. Trata-se de uma "interferência" pública intencional nas opções abertas ao sujeito no desenvolvimento de uma atividade, de um processo de restrição intencional da eleição.

forma alguma com a atividade prestacional/executória.

O mesmo ocorre com a atividade prestacional/executória, que como dito acima não se confunde com a atividade ordenatória/limitativa, mas que também terá uma função regulatória, só que neste caso não será uma intervenção regulatória, pois estar-se-á aqui se referindo a uma intervenção direta e não indireta no ordenamento econômico ou social. Inclusive, por isso, não se denomina aqui tal atividade de interventiva, mas sim de regulatória. No caso da atividade prestacional/executória, o Estado estará intervindo diretamente na ordem econômica ou social, aqui a intervenção será direta, por isso a denominação genérica de atividade prestacional/executória, pois a Administração além de atuar na ordem econômica e social, prestando serviços públicos ou executando atividades econômicas em sentido estrito, também estará intervendo como agente econômico ou social em determinado setor ou região.

Por fim, a atividade regulatória, por ser uma atividade relacionada a interferência pública intencional nas escolhas de terceiros, engloba em seus atos imperativos a atividade ordenatória/executória. Apesar dela se referir a uma interferência indireta e, por isso, não se confundir com a atividade prestacional/estimulativa. Isto não significa que ao prestar serviços públicos ou explorar atividades econômicas em sentido estrito o Estado não intervenha nas escolhas de terceiros. É lógico que o faz, mas neste caso estará realizando uma atividade regulatória por meio do serviço público ou da atividade econômica em sentido estrito. E essas mencionadas particularidades também espelham as formas de emprego das Forças Armadas, quando atuam como Administração, principalmente no contexto de um Direito de Emergência.

3. (IN)EXISTÊNCIA DE UM DIREITO DE EMERGÊNCIA

A pandemia da Covid-19, iniciada no final de 2019 e alastrada pelo mundo durante o ano de 2020, fez florescer entre o estudo do Direito uma expressão que, não sendo inédita, era mais esquecida dentre a produção acadêmica para o campo jurídico: o Direito de Emergência. Ele vem sendo alcunhado e reiteradamente empregado para especificar o amplo leque de consequências de ordem jurídica, em seus mais diversos ramos, como a revisão (em larga escala) de contratos públicos e privados, as necessidades emergenciais de contratação e as requisições administrativas instrumentalizadas em situações de caos – em que, por vezes, carece o próprio bem a ser requisitado.

Esse particular momento do Direito Administrativo observado em 2020 contempla ações (nem sempre coordenadas, porém síncronas) em todas as partes do globo, e envolve, além de questões a eles internas, disputas entre Estados por materiais de consumo – ocasionando quebras de tratados ou de

boas práticas nas relações entre países, pois estão todos em busca dos mesmos produtos e resultados, com insumos escassos. Forma-se uma situação atípica que reflete consequências no Direito em nível interno e externo, visto que este se comporta como um reflexo do fato social, nessa excepcional situação, valorado – como refere a teoria do fato, valor e norma.[10]

Nesse sentido, para Marçal Justen Filho, a doutrina começa a fazer uso de tal expressão *"para indicar medidas que afastam, suspendem ou extinguem o direito administrativo até então vigente. A situação emergencial impõe a submissão das relações jurídicas em curso a um modelo jurídico diferenciado, ainda que não configurado por via legislativa"*.[11]

O Direito Administrativo de Emergência é uma construção que visa analisar o conjunto de normas e a resposta do Direito a reger determinado momento de turbulência (no caso relacionado, a Covid-19, sem precedentes até então e desencadeada em nível global), assim como as hipóteses em que são utilizados institutos do Direito Administrativo em situações excepcionais, não usuais da ordem jurídica – para parte da doutrina, mesmo que isso signifique estarem previamente descritas – , dando azo a uma elevada produção textual (legislativa, administrativa e doutrinária).[12] É uma forma de olhar que analisa e diferencia as situações meramente excepcionais e o Direito de Emergência (que não são sinônimos[13]).

Além das repercussões óbvias sob o Direito público, é aceitável salientar que o Direito de Emergência também contempla repercussões sobre o uso das Forças Armadas, quer quando exercem atribuições passíveis de entrega constitucional a órgãos civis, quer em suas funções específicas, como corpos dotados da capacidade dissuasória e conhecimento bélico – no caso das pandemias, em que se fazem úteis as unidades destinadas a evitar a guerra biológica; ou no combate à criminalidade urbana de alto poder ofensivo – ou meramente organizados habilmente e capazes de enfrentar situações inesperadas, como catástrofes.

É razoável, ademais, questionar se tal forma de regime e alcunha jurídica

10 REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 65

11 JUSTEN FILHO, Marçal. Direito Administrativo da Emergência – um modelo jurídico. **Migalhas.** abr. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/325042/direito-administrativo-da-emergencia-um-modelo-juridico. Acesso em: 20. ago. 2020.

12 Por exemplo, a doutrina de Pablo Stolze Gagliano e Carlos E. Elias de Oliveira compreende que a Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020, a "lei da pandemia", deve ser chamada de "Lei do RJET (Lei do Regime Jurídico Emergencial e Transitório)", salientada a visão que lhe emprestam esses autores, por sua óptica de direito privado. GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. Comentários à "Lei da Pandemia" (Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020 – RJET): análise detalhada das questões de direito civil e direito processual civil. **Revista Direito UNIFACS** – Debate Virtual. n. 241, jul. 2020. Disponível em: https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6793/4098. Acesso em: 20 ago. 2020.

13 Situações excepcionais, se não causadoras de uma profunda alteração em relações jurídicas, de maneira geral e abstrata, propiciando consequências no Direito em larga escala, não comporão um Direito de Emergência.

compõe tão apenas a pandemia da Covid-19 (ou se abarcam outros momentos excepcionais), sendo que a melhor leitura tem-se como negativa, dado que a própria doutrina citada menciona um regime emergencial e transitório semelhante, encontrado na França da Primeira Guerra Mundial: *"Em 1918, os franceses editaram a famosa Lei Faillot para tratar da revisão de contratos que haviam sido atingidos pelas contingências econômicas de uma guerra. Essa lei era transitória, limitada aos três meses seguintes ao encerramento da conflagração"*.[14]

Contudo, tanto a doutrina brasileira, quanto a portuguesa[15] tem feito a utilização desse nome para abarcar os efeitos jurídicos decorrentes da pandemia da Covid-19, com toda sua repercussão econômica e social entre os variados ramos do Direito.[16] Construção diversa, por outro lado, também se encontra, como nos estudos de Nan. D. Hunter, que impõe batizar tal sorte de norma até sobre os efeitos decorrentes de catástrofes de origem natural (emergências médicas, fenômenos da natureza) ou humana (como os atentados de 11 de setembro ou as situações excepcionais que autorizam o envio de tropas federais para atuar dentro do próprio país[17]), tendo como paradigma o conjunto de previsões do Direito norte-americano[18] – portanto, não necessariamente tomado o conceito de Direito de Emergência em nível global ou como uma necessária releitura de toda ordem jurídica. Admite, em seu compreender, atos prévios e a existências de situações fáticas que, conquanto excepcionais, eram abstrata e previamente previstas em norma – o *Stafford Act*, que cuida da resposta a desastres naturais, por exemplo, compõe uma disciplina já prevista e que se aplica a momentos não ordinários, ganhando tal alcunha jurídica de um Direito de Emergência.

Há de se questionar, pois, se a nomenclatura por um Direito (administrativo) de Emergência constitui uma situação autônoma ou nada mais revela que o comportamento do Direito nas situações de colapso ou quase colapso, seja qual for a causa. Em tais termos, portanto, dentro de uma leitura dada ao vocábulo, ele pode ser visto sobre tripla acepção:

14 idem

15 COIMBRA, José Duarte; CALDEIRA, Marco; SERRÃO, Tiago. **Direito Administrativo na Emergência – Organização Administrativa, Procedimento Administrativo, Contratação Pública e Processo Administrativo na resposta à COVID-19**. Coimbra: Almedina, 2020.

16 Contudo, sem ignorar que a produção normativa excepcional não decorre apenas de tal contingência. Como salientam Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, Murilo Jacoby Fernandes, Paulo Roberto Teixeira e Ronny Charles L. de Torres: "em momentos de exceção à normalidade, como a guerra, calamidade, estado de defesa e emergência, uma sociedade livre e democrática pode editar normas e até um conjunto de normas, criando um sistema normativo; esse sistema pode ser provisório ou o início do rompimento com o sistema anterior; elaborar normas para reger esse período é o melhor caminho, porque revela um razoável amadurecimento das instituições". FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby [et al]. **Direito provisório e a emergência do Coronavírus:** ESPIN – COVID-19: critérios e fundamentos: Direito Administrativo, Financeiro (Responsabilidade Fiscal), Trabalhista e Tributário: Um mundo diferente após a COVID-19. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 22.

17 Ao contrário do que ocorre no Brasil, uma situação limítrofe para o constitucionalismo daquele país.

18 HUNTER, Nan. D. **The Law of Emergencies:** public health and disaster management. 2. ed. [S.l]: Elsevier, 2018.

i) a primeira, que a pandemia da Covid-19 trouxe uma crise de escala global e duração tão alargada que se tornou causadora de uma intempérie nunca antes vista (ou há muito não vista) no Direito, gerando todo um peculiar implemento de técnicas de respostas jurídicas, no que descrito como medidas que afastam ou pretendem substituir o Direito então vigente;

ii) a segunda, que o Direito Administrativo de emergência leva a uma série de situações que, impossíveis de serem descritas previamente *numerus clausus*, são capazes de levar a um nível tal de instabilidade das relações jurídicas, de maneira uniforme e geral, que encaminha a uma resposta acentuada do Direito. No segundo exemplo, pois, o Direito de Emergência não é um direito pandêmico;

iii) há, ainda, uma terceira visão que, aproveitando os termos da segunda, abrange toda e qualquer causa excepcional de efeitos amplos (gerais e abstratos), considerando como esta não só as inimagináveis, como também as que tiveram uma abstrata previsão em norma – ainda que as consequências fáticas, ainda assim, repercutam fortemente no todo social e provoquem oscilação relevante do Direito vigente.

Nesse terceiro termo, o Direito de Emergência compreenderia não só a comoção mundial decorrentes do atual vírus. A segunda explicação aparenta a mais coerente frente a primeira, pois explica por qual razão outras crises sanitárias (de diferentes levas) do próprio coronavírus ou de doenças respiratórias contiveram-se em nível local e, por esse motivo, não mereceram semelhante atenção da doutrina jurídica, tampouco uma mudança nos rumos do Direito, ainda que sob a roupagem de um regime provisório. Cede lugar, por sua vez, à terceira e última, de teor mais adequado e que se espelha no entendimento dado por um viés mais abrangente e passível de adequação ao fato social. Nesse sentido, por certo, uma segunda leva de infecções em massa pela Covid-19, ainda que ocorra frente a um já disponível conjunto normativo que lhe é dedicado, ao repisar necessárias medidas de afastamento social e falta de insumos hospitalares, repetiria as mesmas dificuldades para o Direito (revisões de contratos, contratações públicas emergenciais), ainda que este esperasse por elas. Em suma, *"há fatos diante dos quais o Direito tem de ceder"*[19] e assim o faz, em tal caso, pela nova produção normativa, ainda que temporária; ainda que com uma mera adequação de institutos já existentes.

Ainda assim, causas humanas também são capazes de propiciar uma profunda alteração no cenário jurídico mundial, com readequação de institutos e produção normativa crescente: em tais termos, basta recordar que no ano

19 MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico:** a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 86**.**

de 2001 e nos imediatamente seguintes, todo o Direito mundial voltou-se para uma relevante sequência de manifestações do Direito norte-americano, referentes ao combate ao terrorismo, abrangendo áreas inicialmente diversas – mas que também foram debatidas na pandemia do coronavírus – , como a discussão sobre vigilantismo[20] e liberdades individuais.

De tal modo, o melhor proceder compreende que as situações emergenciais não são inovação no conhecimento jurídico. Em outros termos: o Direito de Emergência não nasceu, em sua essência, em 2019 ou 2020. Momentos críticos também não são novidades para o saber jurídico. Além da guerra (que promoveu uma ampla modificação da sociedade e do Direito, no início do século XX), comportam-se como momentos excepcionais (ainda que, não necessariamente, todos eles sejam caracterizadores de um Direito de Emergência[21]) as situações de força maior, assim consideradas as ocorrências de efeitos inevitáveis, que traduzem a reestruturação dos contratos, na forma do art. 393 do Código Civil brasileiro, de 2002; nos termos do contrato administrativo, as hipóteses da teoria da imprevisão; no Direito Penal a lei penal temporária ou excepcional. No Direito constitucional, o sistema constitucional de crises (os estados de defesa e de sítio). E, de volta às contratações públicas, a Lei nº 8.666, de 1993, a hipótese de dispensa de licitação por emergência, nos casos de *"guerra ou grave perturbação da ordem"* (art. 24, III, da Lei nº 8.666, de 1993) ou de *"emergência ou de calamidade pública"*[22] (art. 24, IV, da mesma lei).[23] Por certo, ainda que tais expressões não tenham a abrangência que a doutrina pretende abarcar com a ocorrência da Covid-19 (ou seja, nem toda situação excepcional corresponde a um Direito de Emergência, no alcance que os textos doutrinários atribuem ao termo), é fato que a Primeira e a Segunda Grande Guerras, assim como o atentado de 11 de setembro provocaram profundos realinhamentos no Direito

20 Nesse sentido: SOLOVE, Daniel J. Nothing to Hide: **The false tradeoff between privacy and security.** [S.l.]: Yale University Press, 2011.

21 Excluindo, portanto, uma mera eventualidade que reflita no equilíbrio econômico-financeiro de um único contrato ou grupo de contratos administrativos: não se faz presente a abstração por variadas situações jurídicas e a generalidade entre atores sociais.

22 Tais hipóteses, tal qual como salienta a doutrina, não constituem rol fechado: "no tocante à emergência e à calamidade pública, as situações deverão ser analisadas concretamente. Exemplos: inundação causada por fortes chuvas pode acarretar a necessidade de contratações emergenciais (compra de medicamentos, contratação de serviços médicos, locação de imóveis para funcionarem como abrigos, etc)". OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. **Licitações e Contratos Administrativos:** teoria e prática. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 67.

23 Por certo, exceto a guerra, algumas situações não correspondem ao exato sentido com que a doutrina portuguesa e brasileira atualmente emprestam ao que chama Direito de Emergência, considerada a atual intensidade e imprevisão da covid-19, por constituírem, em grande parte, regimes de excepcionalidade controlada ou localizada, tal como a que ocorre com incidência abrupta somente em um único ou grupos de contratos administrativos. O Direito estabelecido sob a condição emergencial – na alcunha que lhe empresta a atual doutrina – têm repercussão sob diversos ramos, merecendo uma série de ações conexas do Estado e de uma onda normativa que se apresenta, em um primeiro momento, como um emergencial Direito geral e provisório – conquanto possa, dada a incidência do fato sobre a norma, se perenizar, tal como é a tendência para algumas regras de condutas, principalmente sanitárias, a regerem relações sociais daqui em diante, face ao risco de doenças respiratórias tal como a relacionada à pandemia do coronavírus iniciada em 2019.

de todo o mundo. Portanto, a expressão não se refere a um regime advindo apenas da atual crise.

Um dos principais exemplos dessa prévia convivência que a ordem jurídica teve com o Direito emergencial, desenvolvidos com base em outro quadro de excepcionalidade (a Guerra que assolou diversas nações simultaneamente) e resgatado para a situação pandêmica da Covid-19 é a teoria da base objetiva do negócio, desenhado no períodos das Grandes Guerras, tal como posta nas palavras de Leonardo Mattietto[24]:

> A teoria da base objetiva do negócio, desenvolvida por Oertmann, logo após a primeira guerra mundial, e aprimorada por Larenz, depois da segunda grande guerra, enriqueceu o quadro doutrinário que contava com construções jurídicas anteriores, como a cláusula rebus sic stantibus, a teoria da pressuposição e a teoria da imprevisão.
>
> Ao longo da história da civilização, não tem sido tão raro que 'um fato incomum torne impossível a manutenção daquilo que se estabeleceu', levando as partes à 'contingência de adequar regras já definidas às exigências de eventos supervenientes'.
>
> A humanidade experimentou guerras, revoluções, catástrofes naturais, inúmeras epidemias e pandemias. As teorias mencionadas são soluções imaginadas pelos juristas, e por vezes incorporadas à legislação, para lidar com fenômenos de monstruosa envergadura.

Note-se, sob o ponto de vista de uma situação especial (ainda que não, dada a abrangência do termo, um Direito de Emergência), a própria Constituição brasileira define a ocorrência de conjunturas excepcionais, dentro das quais é possível a instituição de espécie tributária *"para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência"* (art. 148, I)[25], um procedimento a ser estabelecido sob lei complementar. De mesma forma, o estado de sítio ou o de defesa (art. 136 a 144). E, face à excepcionalidade que demanda a instituição célere de mais um encargo tributário, o constituinte trouxe que ela não se faz passível dos princípios instituídos para resguardo do contribuinte, como a anterioridade, em suas diversas formas (art. 150, III, "b" e "c", da Constituição).

Guilherme Peña de Moraes também salienta a existência de alguns mecanismos de matriz franco-germânica para a defesa do Estado, como a outorga de Poderes Extraordinários ao Presidente da República para suportar situações excepcionais de crise – ameaça grave e imediata à independência, à integridade do território, cumprimento de compromissos internacionais ou interrupção do funcionamento dos Poderes constituídos – ou mesmo

24 MATTIETTO, Leonardo. Equilíbrio das prestações: a recuperação da base objetiva dos contratos. **Consultor-jurídico.** Disponível em https://www.conjur.com.br/2020-mai-10/direito-pos-graduacao--equilibrio-prestacoes-recuperacao-base-objetiva-contratos. Acesso em 7 set. 2020.

25 De igual forma, o art. 154, II, da CRFB.

a ampliação do poder regulamentar do Presidente da República, ambos adequados a caracterizar um conceito esparso de Direito de Emergência[26] (que, portanto, vai além da situação da atual pandemia, nem nasceu com ela).

José Joaquim Gomes Canotilho, ao relacionar a Constituição Portuguesa, trata do que denomina "Estado de Necessidade Interno". Ao dispor sobre as "calamidades públicas", salienta:

> O estado de sítio e o estado de emergência podem também ser declarados nos casos de estado de necessidade interno, isto é, nas hipóteses de crise derivadas: (a) grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática; (b) calamidade pública. O âmbito normativo de "calamidade pública" é muito mais fácil de precisar do que o de "grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática". Por calamidade pública entendem-se as catástrofes naturais (terramotos, vulcões, tempestades, inundações e epidemias), as "catástrofes tecnológicas" e os "acidentes graves" (acidentes ferroviários, náuticos, aéreos, incêndios, explosões, etc)[27]

Assim, a conotação de um Direito de Emergência não se faz extremada tão somente em razão da pandemia da Covid-19. Ela se faz, contudo, como uma das suas espécies já encontradas (e, deveras, a mais atual e de efeitos mais expansivos em nível global, para diversas ciências, dentre elas, o Direito).

Portanto, em retorno às palavras postas, quanto ao Direito de Emergência, são possíveis três concepções:

> a) a caracterizada como aquela que atinge o sistema jurídico de maneira abrupta e em escala mundial, provocando uma suspensão ou abandono do Direito anteriormente existente, sendo encontrada na pandemia da Covid-19;
>
> b) a que, aproveitando os termos da concepção anterior, considera outras causas que não só a atual pandemia, como a Guerra ou desastres naturais de grandes proporções;
>
> c) a existência de situações excepcionais, ainda que guarnecidas por um sistema normativo pré-determinado, desde que causadoras de repercussões gerais (embora em nível local, atingindo um único país ou região), abstratas, mas abruptas sobre todo o sistema jurídico vigente, provocando alterações profundas na interpretação ou na produção do Direito.

Para as duas últimas, estão consideradas as mais diversas causas e não só a decorrente de pandemias. É a terceira concepção – uma teoria mais abrangente do que seja o instituto – que deve ser considerada a mais adequada.

---

26 "Assinale-se que não há confusão entre os poderes extraordinários e a ampliação do poder regulamentar do Presidente da República, em atenção à impossibilidade de produção legislativa oportuna, decorrente de situações de crise e a consequente necessidade de mobilização de recursos para enfrentá-la, como preconiza o art. 16 da Constituição francesa" MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. rev. atual. Niterói: Impetus, 2008, p. 359.

27 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina: 2003, p. 1102.

4. ALGUMAS REFLEXÕES PARA O DIREITO DE EMERGÊNCIA NAS FORÇAS ARMADAS

O texto constitucional brasileiro vigente em nível federal – vez que o Brasil também possui constituições que regem os estados membros da federação – , estabelece em seu art. 142 o papel das Forças Armadas como instituições permanentes, destinadas à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, dada a iniciativa de qualquer deles, à garantia da lei e da ordem. De igual forma, traz no parágrafo primeiro do mesmo dispositivo uma cláusula genérica, que não só busca detalhar as mencionadas vocações, como também abre azo para outras, de natureza contínua, sob a denominação de atribuições subsidiárias legais (art. 1º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 97, de 1999). Estas são dependentes de expressa previsão em lei, dada a incidência do princípio da legalidade[28] que as guarnece também como desdobramento lógico da rígida base hierárquica e disciplinar que acompanha tais Forças.

No Estado brasileiro, as Forças Armadas assumem diversas funções dentre aquelas descritas na doutrina como *administrativas clássicas* – como o serviço público (art. 18, II e V, da Lei Complementar nº 97, de 1999), a infraestrutura (obra pública, como a construção de parte do Aeroporto Internacional Aeroporto Internacional do Rio Grande do Norte/São Gonçalo do Amarante, pelo Batalhão de Engenharia do Exército; art. 17-A, II, da LC nº 97) e a polícia administrativa (art. 17, IV, da LC nº 97), ainda que o próprio texto constitucional assinta não serem sua destinação precípua (art. 142, da CRFB/88, primeira parte).[29] São atuações previstas para os momentos de normalidade, dentro dos quais o Direito Administrativo se desenvolve de modo usual, atuando com base nos institutos clássicos correntes.

Contudo, os mesmos caminhos constitucionais aquiescem a verificação dessas mesmas atribuições – e de toda amplitude do rol do art. 142 – nas situações excepcionais, bem como naquelas que caracterizam o Direito de Emergência. Nesse sentido, pela abertura de possibilidades que estabelece o §1º do art. 142, da Constituição, em leitura conjunta com toda a extensão do *caput*, a utilização dos meios militares e do efetivo das Forças Armadas são aparelhados pelo constitucionalismo em favor da sociedade.

28 "os princípios gerais regentes da Administração Pública (CF, art. 37, caput) também se aplicam às Forças Armadas, salvo se houver explícita disciplina em atenção às peculiaridades do serviço militar". NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** 11 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 781.

29 Sob o tema, diferenciando as funções precípuas das Forças Armadas (defesa da pátria e garantia dos poderes constituídos), daquelas tidas na doutrina como eventuais ou subsidiárias (subsidiária doutrinária), vide SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2005, p. 772.

São, acima de tudo, órgãos nacionais[30] aos quais o constitucionalismo assegurou um elevado papel de estabilidade institucional e de salvaguarda da própria democracia – tanto que posicionadas no mesmo título que trata da segurança pública e do sistema constitucional de crises. E, assim, postos a serviço da nação não só na guerra (função histórica principal, porém, cada vez mais restringida pelo Direito Internacional[31]), como também nas circunstâncias emergenciais, provenientes de variadas causas (ainda que nos momentos de paz) e que podem vir acompanhadas de situações jurídicas diferenciadoras daquelas encontradas nos momentos de regularidade – conjunturas aptas a compor a mencionada categoria do Direito emergencial.

Também lhes favorece a existência de um regime jurídico diferenciado[32,33] a reger a categoria jurídica dos militares, acompanhando-os na execução de tarefas quer inóspitas, dificultosas ou extremas, quer também essenciais, tais quais algumas que justificam (sob as formas constitucionalmente asseguradas para o emprego de tais Forças) o que tem sido denominado como Direito de Emergência – note-se, aliás, que nada é tão emergencial, no sentido de provocador de ajustes e reajustes ao Direito posto, quanto a situação de guerra, função precípua daquelas Forças, ainda que em um viés defensivo

30 "enquanto nacionais, embora integradas ao Poder Executivo, conquanto o braço armado da Administração, devem servir, acima de tudo, à Nação. Constituem-se não num instrumento do Governo, mas sim numa garantia da Pátria". ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. **Direito administrativo militar.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 127.

31 Por exemplo, a vedação à guerra de conquista, para a anexação de territórios. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado.** 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 185.

32 Sobre esse regime jurídico singular e favorável a uma amplitude de atribuições, um dos autores deste artigo já teve oportunidade de se manifestar: "tal sistemática, antes de representar uma desnecessária diferenciação instituída pelo Constituinte entre os militares e as demais categorias de agentes do Estado, traduz um regime jurídico-administrativo próprio, peculiar, que manifesta uma estrutura hierárquica e disciplinar muito mais rígida do que aquelas aventadas nos escalões civis dos agentes do Estado. Nesse regime, os militares estão submetidos a regulamentos específicos disciplinares, a especiais normas de conduta, e a crimes que lhes são típicos, muitas vezes tutelando bens jurídicos estranhos à esfera criminal comum e a outros regimes disciplinares". SOUZA, Diogo Alves Verri Garcia de. A natureza da decisão em última instância pelo Superior Tribunal Militar: o processo oriundo do conselho de justificação e a divergência entre doutrina e jurisprudência. **Revista direito militar: revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME,** v. 16, n. 103, pp. 27-30, set./out. 2013. Inserindo esse regime diferenciado dentro da categoria das denominadas relações especiais de sujeição, no Direito brasileiro, vide: ADAMY, Pedro. Direitos fundamentais e as relações especiais de sujeição. **Revista Brasileira de Políticas Públicas.** Brasília, v.8, n.1, pp.360-376, abr. 2018. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4644. Acesso em: 28 ago. 2020. No Direito espanhol, é a posição de BENÍTEZ, Mariano López. **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción.** Madrid: Civitas, 1994.

33 Assim também a estrita base da hierarquia e da disciplina, assimilada com a roupagem constitucional garantida inciso IV, VIII e X, do §3º, do art. 142, que impede ao militar a adoção de atos de rebeldia, descumprimento arbitrário de ordens de superiores – ambos, crimes – , assim como o próprio gozo de alguns direitos sociais, como o direito à greve e à sindicalização (limitados por matriz direta constitucional), de modo que coube ao legislador infraconstitucional, por política pública, entregar a tais forças o controle de serviços públicos que, por natureza, não podem sofrer solução de continuidade, como o controle do tráfego aéreo (art. 18, da LC nº 97, de 1999), ainda que ostentem, em outras partes do mundo, matriz nitidamente civil (art. 15, §7º, da LC 97, de 1999). Esse diferenciado regime também lhes permite atuar em situações de excepcionalidade (tragédias de origem humana, desastres naturais, auxílio à população civil nas guerras), dada a pronta disciplina operacional e a existência de meios humanos ou técnicos, bastando haver a norma jurídica que as albergue – em grande parte, já na Constituição.

(art. 142, da Constituição).

São traçadas, a seguir, algumas reflexões feitas sobre as possibilidades de atuação das Forças Armadas para o estudo de um Direito de emergência e das situações excepcionais.

4.1. A (IN)VIABILIDADE DE UM DIREITO DE EMERGÊNCIA DE FORMAÇÃO GRADUAL

Descrita no art. 142, *caput*, primeira parte, a defesa da pátria contra ameaças externas é a função clássica das Forças Armadas, encontrando expressão em todas as Constituições passadas. Ao lado dela, localizada no do mesmo artigo, há um aspecto interno, de defesa dos poderes constituídos e, por iniciativa deles, da lei e da ordem[34] (a primeira, também precípua; a segunda, eventual).[35] Contudo, essa vocação protetiva e de estabilidade passa a tomar olhares cada vez mais internos ao próprio Estado, em um formato não mais episódico, porém perene, dado o forte desenvolvimento da narcocriminalidade e de seus braços da violência.

Sob essa primeira roupagem, é nítido considerar que o crescimento acelerado de grupos criminosos armados nas grandes cidades (hoje, já nas pequenas e no campo) não constitui uma situação regular em um Estado de Direito, visto que o domínio das leis passa a ceder – ainda que parcial ou eventualmente – à vontade desautorizada de poucos indivíduos. A presença de armamento de guerra, por várias vezes brandido por tais ajuntamentos, denota uma ineficiência dos meios de segurança pública estatais.[36] A violência urbana, embora se torne ordinária pelo olhar comum, constitui uma situação irregular, de excepcionalidade, para o Estado – inclusive por ser considerada a ordem pública (com os direitos fundamentais que, em sua falta, são descumpridos), lugar-comum, um dos requisitos para a mantença do próprio Direito, ainda que em um de seus ramos de especificação sob o presente estudo, o administrativo.[37]

34 Tal como salienta LC nº 97, de 1999 e o Decreto nº 3.897, de 2001, as ações de GLO ocorrem de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, por meio ações de caráter preventivo e repressivo, de acordo com as diretrizes baixadas em ato do Presidente da República, uma vez verificada a falência dos instrumentos de segurança pública para esse fim designados.

35 "A missão precípua das Forças Armadas, portanto, é a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais, que, harmônicos e independentes (CF, art. 22), têm a sua fonte nas aspirações populares (CF, art. 12, parágrafo único)" BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1449.

36 Note-se que, além das frequentes ações de garantia da lei e da ordem que pairam sobre a cidade, o Rio de Janeiro sofreu recentemente uma intervenção federal por motivo de segurança pública.

37 "La dimensión sistemática del Derecho administrativo y de sus bases constitucionales se halla condicionada por la estructura normativa de la Constitución. Así, en primer lugar, es de destacar que la Administración se halla sujeta a tres principios o clases de vinculación: la sujeción a los derechos fundamentales a que se refiere el art. 1.111 G-G; el sometimiento a la ley y al Derecho que luce en el art. 20.11 GG, y la vinculación a la garantía de la tutela judicial (art. 19.IV GG)." SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática.** Tradução: Javier Bamés Vázquez et al. Marcial Pons: Madrid: 2003, p. 4.

No Direito brasileiro, a resposta a essa situação de anormalidade persiste pela utilização dos meios de segurança pública, previstos no art. 144, da Constituição e, na insuficiência deles[38], pelo emprego das Forças Armadas em ações de garantia da lei e da ordem, nos termos constitucionalmente previstos e instrumentalizados em lei. O que toma relevo para o estudo do Direito de Emergência, contudo, é uma afirmação da doutrina, que o considera fruto de uma ruptura, suspensão provisória ou mesmo substituição do Direito por normativos mais atuais, face a determinadas situações sociais verificadas.

Em tais termos, é de se questionar se, ao longo de décadas, a cada vez maior frequência na utilização das Forças Armadas para o combate da criminalidade organizada – dotando-a, cada vez mais, de instrumentos para tanto – corresponderia à própria afirmação de um Direito de Emergência (de inserção gradual, e não abrupta) ou, tão somente, nada mais do que a teoria do fato, valor e norma – a evolução do fato social valorado que produz a modificação da norma.

Nesses moldes, verifica-se uma situação excepcional que se prolata ao longo do tempo (a ação de grupos criminosos estáveis e organizados) e denuncia uma insuficiência de alguns meios constitucionalmente postos à serviço da segurança pública, sob a tutela dos Estados da federação. Por certo, essa intensificação da violência gera uma maior produção normativa dedicada ao tema[39], bem como a adoção de políticas públicas voltadas ao retorno da situação de normalidade (a pacificação social). Contudo, a própria essência do Direito de Emergência é uma ruptura (nem sempre com a totalidade da ordem vigente, mas com a tranquilidade das relações jurídicas) advinda da voracidade nas implicações que o fato social traz ao Direito, de forma abrupta, geral, abstrata, ainda que esperada em diplomas prévios.[40]

De tal forma, a perenidade ou consolidação dessas alterações normativas pode ser fruto do momento inicial em que vige o Direito de Emergência, mas a manifestação brusca e ampla é requisito. Assim, ainda que haja uma sensação de insegurança vigente, ou mesmo um necessário reequilíbrio em alguns

38 Como recorda Enio Luiz Rosseto, em análise ao último dispositivo, sob o foco da delinquência urbana: "tenha-se presente que à Polícia Militar incumbe, por destinação constitucional inserta no art. 144, §5º, da CF, a preservação da ordem pública. É chamada a intervir por solicitação da população por múltiplos motivos. Os militares estaduais em serviço devem preservar a ordem pública". Não sem razão que as normas reguladoras das ações de garantia da lei e da ordem estabelecem uma série de condicionantes ao seu implemento. ROSSETO, Enio Luiz. **Código Penal Militar.** 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 224.

39 Por exemplo, a previsão de que as ações adotadas por militares federais, quando encontrando adequação típica em diplomas penais, são consideradas como caracterizadoras de crimes militares, ante ao §7º, do art. 15, da LC 97, de 1999, assim como às disposições inovadoras trazidas pela Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, que alterou o Código Penal Militar, embora, no último caso, esteja em curso a ADI nº 5.901 (quanto ao tema, vide também a ADI 5.032, que busca a declaração de inconstitucionalidade do art. 15, §7º, da LC 97, de 1999, e a ADPF nº 289, que visa dar interpretação conforme ao art. 9º, do Código Penal Militar, de modo a excluir da jurisdição militar o civil).

40 Ao menos, na doutrina de Nan. D. Hunter, anteriormente citada.

contratos (como os de transporte de cargas e de seguros regidos pelo Direito civil), não subsiste uma retração da realidade, de forma a produzir efeitos jurídicos abstratos (vários tipos de relações jurídicas, não só os transportadores) e gerais (a incidir sobre toda a sociedade em um dado território).

Nesses termos, não haveria um Direito de Emergência propriamente dito (a violência urbana), mas uma situação (que deveria ser) excepcional, prolatada no tempo, compondo já parte do contexto fático de determinada sociedade e que, por isso, traz implicações ao Direito.

4.2. DIREITO DE EMERGÊNCIA PELA VIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Ainda no contexto das ações de garantia da lei e da ordem que visam conter a criminalidade urbana, subsiste ainda uma situação que, mesmo não normatizada, pode advir da doutrina e da jurisprudência, como fontes do Direito: a compreensão já defendida por autores de que, dada a escalada do desenvolvimento do narcotráfico e da narcomilícia, o Direito brasileiro passa a presenciar a envoltura de um Conflito Armado Não Internacional (CANI), pondo, entre os que participam das hostilidades, de um lado, as Forças Armadas e, de outro, os grupos armados criminosos – tendo como uma das principais consequências o uso da letalidade como medida ordinária e juridicamente aceita na ação do Estado, como forma de enfraquecimento do potencial bélico do inimigo, respeitadas as condicionantes das Convenções de Genebra, tais como a rendição.

Essa é a posição, por enquanto, vista apenas em Carlos Frederico de Oliveira Pereira – e, no fundamento sustentado pelo autor, exclusivamente nas comunidades da cidade do Rio de Janeiro[41] – e que deve ser rechaçada[42], tanto por inadequação às normas que regem o Direito Internacional Humanitário

41 Para ele, único lugar no país em que se verificam controle territorial e intensidade das hostilidades, a encampar a incidência das normas do Direito Internacional Humanitário: "Nos demais estados da federação, há conflitos com narcotraficantes e com outros tipos de criminosos organizados, como assaltantes de bancos que chegam a sitiar cidades pequenas. Em algumas hipóteses, os enfrentamentos podem ser até mais graves, como aconteceu em São Paulo em 2006, mas não se vê a questão do domínio territorial, que mais aproxima esse tipo de conflito urbano das normas do DICA, além do que são enfrentamentos descontínuos [...] o requisito territorial não se verifica, por enquanto, no mesmo nível verificado no Rio de Janeiro. O controle territorial exercido no interior dos presídios é volátil. Por mais graves que sejam as ações criminosas, a repressão é feita exclusivamente nos moldes da aplicação da lei penal" PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. **Gangues territoriais e Direito Internacional dos Conflitos Armados.** Curitiba: Juruá, 2016, pp. 199-200.

42 Posição (de que não há configurado um CANI na atual realidade brasileira) também defendida por Diogo Alves Verri Garcia de Souza no IX Encontro Latino-americana de Direito, Sociedade e Cultura realizado na cidade do Rio de Janeiro, entre os dias 25 e 26 de outubro de 2018, proferindo a conferência sobre o tema "Novas perspectivas na aplicação das Forças Armadas em conflitos urbanos". Nesse sentido, também considerando não haver um CANI na cidade do Rio de Janeiro: CAMPOS, Mariana Queiroz Aquino. O grave comprometimento da ordem pública no Estado do Rio de Janeiro pode configurar um conflito armado não internacional? In: MELLO, Fernando Pessôa da Silveira (coord.) **Perspectivas da justiça militar contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 243-254.; e PETERKE, Sven. Urban Insurgency, "drug war" and international humanitarian law: the case of Rio de Janeiro. In: **Journal of International Humanitarian Legal Studies,** v.1, pp. 165-187, jan. 2010.

para a espécie (Convenção de Genebra, PA II, de 1977, Art. 1º; e Art. 8º, §2º, "f", do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional), quanto pela inexistência de características típicas dos CANI, como os grandes movimentos migratórios e o reconhecimento da situação por organismos internacionais.[43]

Há de se mencionar que, embora o descontrole sobre a criminalidade seja uma situação não regular ou usual do que é esperado pelo Direito, o reconhecimento de uma situação de belicosidade traz todo um regime jurídico próprio de Direito Internacional (não usualmente encontrado na ordem jurídica brasileira, ainda que por ela previsto), aplicável a situações de conflitos armados, para dentro do território de um Estado. Ainda que o crescimento da criminalidade não componha um Direito de Emergência – ao menos, no atual patamar, em que não existe uma ameaça abstrata e geral à estabilidade das relações jurídicas, ou seja, em um sentido de *todo* – , contudo, inequivocamente, caso tal linha de entendimento vigore na doutrina e nos tribunais, haverá a instauração de uma situação de anormalidade (uma situação excepcional) e, junto com ela, a importação de uma série de normas, além da produção de tantas outras, de forma a caracterizar, por efeito prático, um Direito Administrativo de Emergência (em sua significação mais ampla possível) no cenário interno – com a aplicação de institutos regidos pelo Direito dos Conflitos Armados, por uma via doutrinaria e jurisprudencial.

4.3. UMA DAS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DE EMERGÊNCIA É O ALARGAMENTO NORMATIVO

Sob um aspecto comparativo ao ponto de vista de um Direito de Emergência (em sua significação alargada), este comporta tanto a ação face a desastres naturais, quanto considera as condições propiciadas pela atuação humana. A principal e mais relevante característica desse período é uma produção constante de normas, que visam adequar os instrumentos do Direito às necessidades que vão surgindo. Assim, *"em momentos de exceção à normalidade, como a guerra, calamidade, estado de defesa e emergência, uma sociedade livre e democrática pode editar normas e até um conjunto de normas, criando um sistema normativo"*.[44]

Nos casos de violência urbana e em outros que implicam na garantia

43 Ademais, na posição defendida por Carlos Frederico de Oliveira, é necessário mencionar uma perspectiva ordinária dos conflitos armados: no caso de seu reconhecimento, a ação letal é autorizada para todos as partes. Ou seja, um integrante do narcotráfico e da narcomilícia poderia, legitimamente (sob a óptica do Direito internacional), abater um membro das Forças do Estado, durante as hostilidades – excetuadas situações vedadas por convenções internacionais, como a execução e a denegação de quartel.

44 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby [et al]. **Direito provisório e a emergência do Coronavírus:** ESPIN – COVID-19: critérios e fundamentos: Direito Administrativo, Financeiro (Responsabilidade Fiscal), Trabalhista e Tributário: Um mundo diferente após a COVID-19. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 22.

da lei e da ordem, contudo, embora certo afirmar que não existe uma intensa produção normativa ou alteração substancial do Direito vigente, como no caso da pandemia da Covid-19, as situações apontadas possibilitaram a e edição de normas de teor pouco comum às ações usualmente adotadas para as Forças Armadas, mas que aparecem como resposta oportuna à situação fática apresentada.

Por exemplo, na denominada greve dos caminhoneiros, o decreto presidencial propiciou que agentes de tais Forças desobstruíssem vias e conduzissem veículos abandonados pelos manifestantes (art. 3º, I, do Decreto nº 9.382, de 2018). Em outro episódio, que noticiou o descontrole que forças regulares estaduais enfrentavam na administração de presídios, face às ações orquestradas por grupos criminosos, coube a utilização das tropas federais em estabelecimentos prisionais, com atribuições, dentre outras, para detecção de aparelhos de telefonia móvel nas dependências das penitenciárias (art. 2º, do Decreto de 17 de janeiro de 2017).

Por outra via, a persistente utilização de medidas *eventuais* de garantia da lei e da ordem propiciou alterações normativas perenes, como a Lei nº 13.491, de 2017, que alterou o Código Penal Militar, para incluir expressamente como crimes militares os dolosos contra a vida, cometidos por militares quando em atuação *"de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal"*.

Sob o mote de uma situação tradicionalmente apta a propiciar um Direito de Emergência – a guerra – , note-se que alargamento normativo é constitucionalmente previsto e repisado em legislações ordinárias: sob a ideia de uma legislação própria e peculiar a reger o período, é prevista a *lei excepcional ou temporária* (art. 4º, do Código Penal Militar), a criação de específicas exações tributárias (art. 148, da Constituição Federal, de 1988) e até mesmo a edição das normas necessárias à execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, via decreto, no território sitiado (art. 138, da Constituição Federal, de 1988).

Historicamente, com base no direito estrangeiro, a doutrina apresenta os denominados "bandos militares", terminologia posta em referência a grupos de normas, caracterizadas como verdadeiro regime provisório para situações excepcionais: *"editos ou proclamações com força de lei, emanados pelos Comandantes Supremos das Forças Armadas de um país em guerra, [...] quando as circunstâncias particulares do front o exigirem (corrigendi, supplendi adiuvandi causa)"*.[45]

45 ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 1994, p. 18.

Todas, que demonstram a marcada característica do Direito de Emergência, reproduzido em um nicho também específico, o da atuação das Forças Armadas.

4.4. AS ATRIBUIÇÕES SUBSIDIÁRIAS LEGAIS E O DIREITO DE EMERGÊNCIA ADVINDO DA COVID-19

No Brasil, as ações de combate à pandemia foram desenvolvidas em sua parte pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, seja na proteção de sua tropa e na sanitização de suas instalações e meios aéreos, navais ou terrestres, seja no emprego de esforços humanos e tecnológicos para a produção de medicamentos, produtos e a adoção de ações perante a sociedade civil – como a descontaminação de áreas públicas e de meios de transporte coletivos.[46]

Mas há uma hipótese específica que proporciona o debate, dado compreender uma vocação pouco vista fora do Direito de Emergência. Quanto a ela, deve-se notar que a ordem jurídica brasileira ainda colige o papel das Forças Armadas dentro de outras atividades (não precisamente no *caput* do art. 142, como visto) além da preservação da ordem pública[47], previstas na lei ou esparsa como possibilidades dentro do texto da Constituição. No que interessa a este tópico, as atribuições subsidiárias legais (§1º) que se aproximam da função pública – tal como visto em outras constituições e em outros Estados.[48]

Dentre as hipóteses subsidiárias expressamente descritas na Lei Complementar 97, de 1999, uma das que toma referência para o tema em análise é o controle do tráfego aéreo, executado pelo Comando da Aeronáutica, nos termos da Lei nº 7.565, de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica). Tal atribuição é fruto da competência prevista no art. 21, XII, "c" da Constituição Federal, de 1988, pelo qual "*Compete à União [...] XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: [...] c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária*". Pelo Decreto nº 6.834, de 2009, que aprova a estrutura regimental do Comando da Aeronáutica, a este compete exercer

46 Nesse sentido: MAGALDI, Miguel Augusto Brum; MONTEIRO, Deolinda Oliveira. SERENIDADE E FIRMEZA – A MB no combate à Covid-19. **Revista Marítima Brasileira**. v. 140 n. 04/06, pp. 9-32, abr. jun 2020. Disponível em http://revistamaritima.com.br/, acesso em 30 ago. 2020.

47 Como salientam Cícero Coimbra e Marcello Streifinger: "É preciso também ter em vista que as instituições militares, as Forças Armadas, as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares, têm missão de suma importância na preservação das liberdades públicas, porquanto a elas cabem a defesa da Pátria, a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, o policiamento ostensivo preventivo, a preservação da ordem pública e as atividades de defesa civil." NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. **Manual de direito penal militar.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 58.

48 Por exemplo, sob o texto da Constituição espanhola, "La influencia de los principios constitucionales y la progresiva y total profesionalización de las FFAA han contribuido de manera decisiva a una aproximación entre la función militar y la función pública. [...] La esencia de este nuevo planteamiento es que la importancia del principio de autoridad ha disminuido de forma paralela a con ha crecido la importancia de otros principios como los de eficacia, desconcentración, cooperación y descentralización para la solución de los problemas jurídicos planteados por una relación jerárquica tan singular como es la militar." SÁNCHEZ, José Lopez. **Protección penal de la disciplina militar.** Madrid: Dykinson, 2007, p. 17.

o controle do espaço aéreo brasileiro, como nítida expressão de um serviço público (art. 3º, XIV), além de (como atividade de polícia administrativa) receber competência para a apuração e julgamento de violações[49] às normas referentes ao Sistema de Controle do Espaço Aéreo Brasileiro (art. 3º, XV).

Em verdade, tanto em algumas ações de garantia da lei e da ordem, quanto em certas atividades subsidiárias listadas na Lei Complementar nº 97, de 1999, as Forças Armadas atuam não em sua função clássica belicosa, mas dentro de uma atividade inerente ao Direito Administrativo e ao papel da Administração (como regra, civil), em geral: *"Aquel poder o facultad por el cual los gobernantes imponen la ejecución o el cumplimiento de sus órdenes, empleando la fuerza pública cuando fuere necesario, se denomina autoridad política"*. [50] Por certo, nas hipóteses anteriormente mencionadas, tais atribuições foram assim erigidas quer pelas capacidades operacionais, quer pelo regime jurídico estrito, que as tornam capazes de desenvolver tarefas em prol da nação.

No que interessa para o tema em análise, por força tanto do Código Brasileiro de Aeronáutica (art. 14, §4º), quando da Lei nº 6.009, de 1973, faz-se expresso que o sobrevoo sobre o território nacional é condicionado ao pagamento de determinadas espécies tarifárias, as tarifas de navegação aérea. Elas constituem, ao lado das tarifas aeroportuárias, duas formas de cobranças distintas e que incidem sobre o proprietário ou explorador da aeronave. A primeira, regulada pelo Comando da Aeronáutica (art. 8º, *caput*, §1º e §3º, da Lei nº 6.009, de 1973; art. 7º, caput e §2º do Decreto nº 5.731, de 2006); a segunda, pela Agência Nacional de Aviação Civil, para aplicação em todo o território nacional (art. 2º, parágrafo, único, "a", da Lei nº 6.009, de 1973; art. 8º, XXV, da Lei nº 11.182, de 2005).[51]

Ocorre que, no final de 2019, o mundo recebeu as primeiras notícias sobre a expansão de uma nova forma de coronavírus em uma cidade chinesa. Não tardou, já nos primeiros meses de 2020, a forma viral havia se espalhado por diversas partes do globo e, dada a forma de transmissão – via respiratória, com maior propensão em ambientes fechados e sem distanciamento – e a necessidade de isolamento, houve uma queda significativa da demanda do transporte aéreo mundial, situação que também se repetiu no Brasil.

Em tais termos, em março de 2020, a Organização Mundial da Saúde

49 Sobre o atuar sancionatório, vide SOUZA, Diogo Alves Verri Garcia de. A Junta de Julgamento da Aeronáutica no Contexto da Segurança do Voo. **Conexão SIPAER,** Brasília, v. 2, n. 2, pp. 188-213, mar. abr. 2011. Disponível em http://conexaosipaer.cenipa.gov.br/, acesso em 25 ago. 2020.

50 MONACELLI, Gualterio. **Elementos de derecho administrativo y legislación fiscal y aduanera.** 9. ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1961, p. 9.

51 Há tarifas aeroportuárias que incidem sobre os passageiros, como a de embarque. Outras, por sua vez, incidem sobre o proprietário ou explorador (tarifa de pouso, de permanência e de conexão). Há, ainda, as que incidem sobre o consignatário ou transportador no caso de carga aérea em trânsito, como as de armazenagem ou de capatazia.

(OMS) reconheceu a situação de pandemia, após a doença alcançar grande número de pessoas em todos os continentes. No Brasil, o estado de emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), em decorrência da Infecção Humana pelo novo coronavírus, foi declarado por meio da Portaria nº 188/GM/MS, de 4 de fevereiro de 2020, do Ministério da Saúde. A Lei nº 13.979, de fevereiro de 2020, por sua vez, dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, tendo sido seguida por diversos outros atos legislativos. O Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, de igual forma, reconheceu o estado de calamidade pública no país, em razão da Covid-19. Em paralelo, uma intensa produção normativa foi realizada para mitigar os efeitos da pandemia.[52]

No que encontra interesse para o setor aeronáutico e considerando a dificuldade financeira apresentada pelas companhias aéreas face aos débitos tarifários em vias de vencimento (no caso, tarifas de navegação aérea), o Poder Executivo Federal editou o Decreto nº 10.284, de 20 de março de 2020, dispondo sobre a dilação do prazo de vencimento de tais espécies tarifárias durante o período de enfrentamento da pandemia. Em tendo sido o ato presidencial uma norma meramente autorizativa, o deferimento ocorreu por ato administrativo do Comandante da Aeronáutica, a Portaria n° 402/GC3, de 24 de março de 2020, que estabeleceu prazos e condições. Contudo, haja vista a continuidade dos efeitos econômicos decorrentes da situação pandêmica, o anterior ato foi alterado pela Portaria nº 884/GC3, de 27 de agosto de 2020, que estabeleceu novo termo para o pagamento das tarifas de navegação aérea, dada a continuidade dos efeitos da Covid-19 sobre a economia e sobre o modal.

Nesse mesmo período e tendo em conta a mesma situação motivadora, a Medida Provisória nº 945, de 4 de abril de 2020 – posteriormente convertida na Lei nº 14.047, de 24 de agosto de 2020 – , dispôs sobre a utilização de pátios de áreas militares, a título gratuito e precária, às pessoas jurídicas prestadoras de serviço de transporte aéreo público, nacionais, como uma das medidas especiais em resposta à Covid-19, enquanto da duração do período do estado de calamidade pública decorrente da pandemia.[53] Tal medida beneficiou as

52 Por exemplo: afeta ao sistema financeiro, a Resolução nº 4.792, de 26 de março de 2020, do Conselho Monetário Nacional (CMN), com estímulos para novos ingressantes no Sistema Financeiro Nacional (SFN); no âmbito do Comércio internacional, a Resolução nº 17, de 2020, da Câmara de Comércio Exterior do Ministério da Economia, aprovando a redução temporária a zero da alíquota do Imposto de Importação sobre um rol de produtos médicos e hospitalares relacionados ao combate da pandemia, dentre outros.

53 Lei nº 14.047, de 24 de agosto de 2020: "Art. 9º Fica autorizada a cessão de uso especial de pátios sob administração militar, a título gratuito, às pessoas jurídicas prestadoras de serviço de transporte aéreo público, nacionais, a título precário, durante o período do estado de calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19. § 1º A cessão de que trata o caput deste artigo comportará apenas o uso de células de espaço físico, a serem determinadas pelo Comando da Aeronáutica. § 2º A cessão de que trata o caput deste artigo será formalizada por meio de termo, que conterá as condições estabelecidas e a finalidade de sua realização e que será subscrito pela cessionária, hipótese que implicará sua anuência". [...].

Companhias Aérea, sociedades empresárias que, nos moldes da Lei nº 6.009, de 1973, deveriam suportar o pagamento de tarifas aeroportuárias, dado o estacionamento de sua frota em aeroportos de concessionárias, aeroportos sob responsabilidade dos estados ou dos municípios, ou da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO) durante o período de redução drástica do número de voos. Mais uma vez, em se tratando de medida autorizativa, foi instrumentalizada por atos da Administração militar, com base na mencionada norma legal.

Tal qual é possível notar, além da acelerada produção normativa para fazer frente à situação excepcional – inerente ao momento excepcional, como salienta a doutrina – , os exemplos acima constituem não bem uma ruptura com a ordem jurídica anterior, ou mesmo uma suspensão do Direito então vigente. Em uma vertente diferenciada, representa a entrega, às Forças Armadas, de nicho de atuações que ordinariamente não lhes cabe, como a salvaguarda de atores econômicos. É uma outra face de particularidade dentro do regime jurídico-administrativo direcionado a tais Forças, dentro do chamado Direito de Emergência.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo das situações fáticas excepcionais, quando posto em voga o emprego das Forças Armadas, compõe a compreensão do próprio papel (bem como das possibilidades) que a Constituição a estas defere no Estado brasileiro. Aquele, que provém da normatividade estabelecida pelo texto de 1988, dado o papel de tais Forças como instituições responsáveis pela defesa da Pátria, pela garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, e pelo cumprimento das atribuições estabelecidas no §1º do art. 142 – ao lado de diversos outros institutos previstos em seu texto, como o estado de sítio e de defesa.

Como instituições nacionais, permanentes e regulares, são aptas à realização de diversos fins em favor da nação, mesmo nos períodos diversos da guerra, bem como nos que há anormalidades fáticas distantes da deflagração de um conflito. Pela abertura de possibilidades que estabelece o §1º do art. 142, da Constituição, em leitura conjunta com toda a extensão do caput, a utilização dos meios militares é possibilitada pelo constitucionalismo em favor da sociedade. E, assim, postos a serviço da nação também nas circunstâncias emergenciais, provenientes de variadas causas e que, em geral, acompanham situações jurídicas diferenciadoras daquelas encontradas nos momentos de regularidade – conjunturas aptas a compor o Direito Administrativo de Emergência.

Tal forma jurídica deve ser vista sob uma concepção que abrange

toda e qualquer causa excepcional de efeitos amplos (gerais e abstratos), considerando não só as inimagináveis, como as que já detém uma previsão em norma – ainda que as consequências fáticas, ainda assim, repercutam fortemente no todo social e provoquem oscilação relevante do Direito vigente. Em outros termos, o Direito Administrativo de Emergência não se constitui em etapa tão só pandêmica, sendo apto a considerar outras condições emergenciais encaminhadoras de significativos resultados ao Direito (do ponto de vista da mudança das regras), desde que respeitados seus atributos, como a generalidade e a abstração. Como característica, nota-se uma intensa produção normativa doutrinária, com vistas a resolver a situação excepcional. Considera, pois, a existência de situações de anormalidade, as quais, ainda que não esbarrem na situação de absoluta anomia, por certo necessitam de uma releitura da construção normativa existente, geralmente o que ocorre com a produção de novas normas, aptas a resolver a nova condição que se estabelece. Observe-se, contudo, que nem toda situação excepcional comporta adequação ao rótulo de um Direito de Emergência.

Em verdade, tanto em algumas ações de garantia da lei e da ordem, quanto em certas atividades subsidiárias listadas na Lei Complementar nº 97, de 1999, as Forças Armadas atuam não em sua função clássica belicosa, mas dentro de uma atividade inerente ao Direito Administrativo e ao papel da Administração. Nesse sentido, assumem no Direito Brasileiro diversas funções dentre aquelas descritas na doutrina como administrativas clássicas, compreendendo o serviço público (art. 18, II e V, da Lei Complementar nº 97, de 1999), a infraestrutura (obra pública, cf. art. 17-A, II, da LC nº 97, de 1999) e a polícia administrativa (art. 17, IV, da LC nº 97, de 1999), ainda que o próprio texto constitucional assinta não serem essas sua destinação precípua (art. 142, da CRFB/88, primeira parte).

Por certo, a utilização das Forças Armadas em situações limítrofes advém de uma vocação natural que o constitucionalismo a elas empresta e considera o regime jurídico que as guarnece. Este propiciará a presença de militares na execução de tarefas inóspitas, dificultosas ou extremas, tal quais algumas que justificam (sob as formas constitucionalmente asseguradas para o emprego de tais Forças) o que tem sido tratado sob a citada alcunha de um Direito de Emergência. Contudo, no que diz respeito especificamente à utilização de tais Forças – tal como ocorrido na pandemia da Covid-19 – , nota-se que o Direito de Emergência vige nem sempre com a derrogação da ordem anterior, porém, em algumas vezes, com a utilização de institutos jurídicos já conhecidos, mas que são estranhos à experiência jurídica castrense, como a salvaguarda de agentes econômicos. De outra forma, cabe mencionar que nem toda expressão emergencial – como o controle da criminalidade urbana, em ações de garantia

da lei e da ordem – comporá tal categoria jurídica, a menos que utilizada uma concepção extremamente alargada e diversa da que compõe o instituto ou se alcance um momento em que haja uma verdadeira ruptura com a ordem anterior e uma implicação geral e abstrata em relações jurídicas.

Em tais termos, foi referendada em parte a hipótese de pesquisa, visto que os momentos de ruptura – propiciadores do Direito de Emergência – também se revelam na atuação das Forças Armadas (a mais patente delas, a guerra, sua destinação clássica). Contudo, em alguns casos, face à situação de excepcionalidade, os instrumentos jurídicos para o uso de tais Forças são postos sem propriamente romper com a ordem anteriormente vigente ou mesmo sem configurar o Direito de Emergência (mas tão só uma situação excepcional), abrindo portas a questionar se a forma mais gradual da evolução normativa também identifica o instituto, ou mesmo se há a possibilidade de aporte não pela construção normativa, mas também pela doutrina e pela jurisprudência.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. **Direito administrativo militar.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

ADAMY, Pedro. direitos fundamentais e as relações especiais de sujeição. **Revista Brasileira de Políticas Públicas.** Brasília, v.8, n.1, pp.360-376, abr. 2018. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4644. Acesso em: 28 ago. 2020.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar**. Principios de derecho público económico:** modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Granada: Comares, 1999.

BENÍTEZ, Mariano López. **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción.** Madrid: Civitas, 1994.

BULOS, Uadi Lammêgo**. Curso de direito constitucional.** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAMPOS, Mariana Queiroz Aquino. O grave comprometimento da ordem pública no Estado do Rio de Janeiro pode configurar um conflito armado não internacional? In: MELLO, Fernando Pessôa da Silveira (coord.) **Perspectivas da justiça militar contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 243-254.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina: 2003

CAUPERS, João**. Introdução à ciência da Administração Pública.** Lisboa: Âncora, 2002.

COIMBRA, José Duarte; CALDEIRA, Marco; SERRÃO, Tiago. **Direito Administrativo na Emergência –** Organização Administrativa, Procedimento Administrativo, Contratação Pública e Processo Administrativo na resposta à COVID-19. Coimbra: Almedina, 2020.

DUGUIT, Leon. **Traitè de Droit constitutionnel.** 3. ed. Paris: Boccard, 1927, tomo I, p. X (1ª ed. de 1911).

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby [et al]. **Direito provisório e a emergência do Coronavírus:** ESPIN – COVID-19: critérios e fundamentos: Direito Administrativo, Financeiro (Responsabilidade Fiscal), Trabalhista e Tributário: Um mundo diferente após a COVID-19. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. Comentários à "Lei da Pandemia" (Lei

nº 14.010, de 10 de junho de 2020 – RJET): análise detalhada das questões de direito civil e direito processual civil. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. n**. 241, jul. 2020. Disponível em: https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6793/4098. Acesso em: 20 ago. 2020.

HUNTER, Nan. D. **The Law of Emergencies: public health and disaster management.** 2. ed. [S.l.]: Elsevier, 2018.

JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. **Revista de Estudios Políticos,** Madrid, Ano 9, n. 48, p. 41-54, nov-dic, 1949;

_____. El problema de los fines de la actividad administrativa. **Revista de Administración Pública,** Madrid, Ano 2, n. 4, p. 11-28, ene-abr, 1951

JUSTEN FILHO, Marçal. Direito Administrativo da Emergência – um modelo jurídico. **Migalhas.** abr. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/325042/direito-administrativo--da-emergencia-um-modelo-juridico. Acesso em: 20. ago. 2020.

MAGALDI, Miguel Augusto Brum; MONTEIRO, Deolinda Oliveira. SERENIDADE E FIRMEZA – A MB no combate à Covid-19. **Revista Marítima Brasileira.** v. 140 n. 04/06, pp. 9-32, abr. jun 2020. Disponível em http://revistamaritima.com.br/, acesso em 30 ago. 2020.

MATTIETTO, Leonardo. Equilíbrio das prestações: a recuperação da base objetiva dos contratos. **Consultor-jurídico.** Disponível em https://www.conjur.com.br/2020-mai-10/direito-pos-graduacao-equilibrio-prestacoes-recuperacao-base-objetiva-contratos. Acesso em 7 set. 2020.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico:** a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MONACELLI, Gualterio. **Elementos de derecho administrativo y legislación fiscal y aduanera.** 9. ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1961.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. atual. Niterói: Impetus, 2008.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. **Manual de direito penal militar.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** 11 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 781.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. **Licitações e Contratos Administrativos:** teoria e prática. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

PALMA, Rodrigo Faria. **Direito Militar Romano.** Curitiba: Juruá, 2010.

PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. **Derecho administrativo:** (Parte general). Madrid: Marcial Pons, 1989.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. **Gangues territoriais e Direito Internacional dos Conflitos Armados.** Curitiba: Juruá, 2016.

PETERKE, Sven. Urban Insurgency, "drug war" and international humanitarian law: the case of Rio de Janeiro. In: ***Journal of International Humanitarian Legal Studies,*** v.1, pp. 165-187, jan. 2010.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado.** 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar:** parte geral. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSSETO, Enio Luiz. **Código penal militar**. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SADDY, André. **Forma de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SÁNCHEZ, José Lopez. **Protección penal de la disciplina militar.** Madrid: Dykinson, 2007.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema:** objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Tradução: Javier Bamés Vázquez et al. Marcial Pons: Madrid: 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2005.

SOLOVE, Daniel J. ***Nothing to Hide: The false tradeoff between privacy and security.*** [S.l.]: Yale University Press, 2011.

SOUZA, Diogo Alves Verri Garcia de. A natureza da decisão em última instância pelo Superior Tribunal Militar: o processo oriundo do conselho de justificação e a divergência entre doutrina e jurisprudência. **Revista direito militar:** revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, v. 16, n. 103, pp. 27-30, set./out. 2013.

_____. A Junta de Julgamento da Aeronáutica no Contexto da Segurança do Voo. **Conexão SIPAER,** Brasília, v. 2, n. 2, pp. 188-213, mar. abr. 2011. Disponível em http://conexaosipaer.cenipa.gov.br/, acesso em 25 ago. 2020.

VILLAR PALASÍ, José Luis. La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo. **Revista de Administración Pública,** Madrid, Ano 1, n. 3, p. 53-129, set-dic, 1950.

20. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LA PANDEMIA

Hugo Carrasco Iriarte

Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM, ex magistrado en el Tribunal Fiscal de la Federación y del Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México, autor de varios libros y artículos. Conferencista en diversos eventos nacionales e internacionales.

Sumario: 1. Consideraciones iniciales; 2. Concepto de recurso administrativo; 3. Problemática del recurso de revocación; 4. Justificación del Procedimiento de E-Revocación; 5. Procedimiento del E-revocación; 6. Razones que justifican el establecimiento del procedimiento de E-revocación; 7. Factores tomados en cuenta por el legislador en torno a la problemática del recurso de revocación; 8. Nuevo modelo; 9. Consideraciones finales; Bibliografía.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

En esta época difícil para la humanidad, ante la pandemia que se está presentando en todo el mundo con motivo de un enemigo invisible que no se ve a simple vista, pero sus consecuencias son terribles por los daños que ocasiona, como son la pérdida de la vida, de la salud de las personas amadas, del trabajo y por lo tanto de los ingresos y hasta de la propia vida, disolución del vínculo matrimonial, en algunos casos desintegraciones de las familias, violencia intrafamiliar, así como también abusos.

Para aliviar en parte esa difícil situación, se propone en este trabajo que se consolide en materia fiscal la figura jurídica de la conciliación de adeudos fiscales, para evitar que se asfixie a los contribuyentes ante la difícil situación económica que muchos se encuentran viviendo, por el cierre de negocios y establecimientos y en consecuencia como ya se dijo, la pérdida de empleos ya que esto está impidiendo el crecimiento económico no solo en México, sino en todos los países y que los medios de defensa vigentes se apliquen con eficacia y eficiencia.

Es importante señalar que si bien nuestra ley fundamental no contempla el derecho humano a la buena administración, el art. 60, fracción I, numeral 1 de la Constitución Política de la Ciudad de México, sí lo prevé, al disponer que se garantiza el derecho a la buena administración a través de un gobierno abierto, integral, honesto, transparente, profesional, eficaz, eficiente, austero incluyente, y resiliente que procure el interés público y combata la corrupción.

Corrobora lo anterior el artículo 7, de la Constitución Política de la Ciudad de México, que en forma expresa indica que es un Derecho fundamental, el derecho a la buena Administración pública.

Por lo que resulta de suma importancia el estudio del nuevo procedimiento de e-Revocación que está previsto recientemente en el Código Fiscal de la Ciudad de México, ya que de aplicarse como se pretende lograr que se resolvieran las controversias fiscales, entre la hacienda pública local y los particulares, con prontitud, alcanzándose una justicia pronta, expedita y de fondo. Para ello es conveniente recordar que se entiende por un recurso administrativo.

2. CONCEPTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO

Al respecto Andrés Serra Rojas, en sus obras de derecho administrativo, nos enseña que la Administración Pública tiene el control de todas sus dependencias y es la más interesada en que los agentes públicos se subordinen a las prescripciones legales. El recurso administrativo permite al poder público revisar sus actos a instancia de un particular, que se siente agraviado con una resolución administrativa.

En los recursos administrativos, el poder público no actúa como parte ni participa en un procedimiento jurisdiccional. Se concreta a confirmar o modificar su propio acto, o el de una dependencia inferior, para determinar si se ha ajustado a la ley.

El principio de legalidad es la piedra angular del Estado de Derecho que abarca todos los aspectos de la acción de los órganos públicos. Toda actuación irregular de la Administración Pública que ocasione un agravio a un particular, debe ser corregida dentro del orden jurídico. Cualquier alteración indebida de algunos elementos del acto administrativo, ya sea competencia, forma, motivo, objeto o mérito, debe encontrar en la legislación administrativa los medios eficaces para su restablecimiento.

Los recursos se fundan en el derecho que tiene la Administración para mantener el control de la jerarquía administrativa, a través del cumplimiento de la ley. El recurso administrativo es un medio de carácter eminentemente administrativo y no de naturaleza jurisdiccional, en el cual no intervienen autoridades judiciales o de controles legislativos. La idea de este recurso se basa en la falibilidad humana, pues es propio de los seres humanos cometer errores y éstos obedecen a causas muy diversas que provocan perjuicios tanto al particular agraviado como al interés general.

La administración pública es compleja y consta de un personal numeroso y no siempre idóneo. Incontables son los casos de agentes del poder público

que ignoran la ley, la aplican mal o de manera intencionada. En ocasiones, falta una ley administrativa adecuada, o es de difícil interpretación o su sentido se desvía con frecuencia. Son necesarios medios jurídicos efectivos para remediar tales males. Nada más lógico que la doctrina reconozca y el legislador acepte que tales resoluciones que agravian al particular puedan ser impugnadas para restablecer el orden jurídico violado, con los medios previstos y regulados por la ley[1].

A su vez, Antonio Carrillo Flores, en su excelente obra denominada la defensa jurídica de los particulares frente a la administración pública en México, dice que: como en México la denuncia del particular puede apoyarse en el derecho de petición que concede el artículo 8o. constitucional, se ha querido establecer la conclusión de que cada vez que un particular en un asunto que le interesa hace una gestión frente a la autoridad administrativa, ésta debe contestar conforme al precepto constitucional, se está ejercitando un derecho subjetivo y eso no es exacto. El artículo 8o. de la Constitución no obliga a la autoridad sino a dar una respuesta; de ninguna manera la obliga a abordar el fondo del asunto, ni menos aún a resolverlo de acuerdo con las pretensiones del peticionario. No da pues el artículo 8o, camino correcto para llegar a definir los recursos administrativos.

La autotutela de la administración prácticamente puede traducirse en una real defensa por el particular, por lo que Ihering y Jellinek llamaron "el reflejo del derecho": una determinación tomada por la administración pública en ejercicio de sus facultades revocando, modificando, anulando o suspendiendo una decisión administrativa, puede favorecer al particular. Inclusive es concebible la coincidencia entre el favorecido y el denunciante, sin embargo, seguirá tratándose de un fenómeno reflejo y no de un recurso administrativo en sentido estricto.

Viene, por último, la tramitación del recurso, la cual se efectúa mediante un procedimiento administrativo que plantea los problemas analizados al tratar ese tema especial: pruebas admisibles, oportunidad para alegar, plazo para decidir, motivación, etcétera.

¿El recurso administrativo exige una expresión de agravios? Hay que estar sin duda a lo que la ley establezca, pero a falta de disposición especial la Suprema Corte ha decidido que no es precisa semejante formalidad.

La autoridad administrativa está obligada a aplicar la ley y cumplir con ella; de suerte que si el inferior dejare de hacerlo, la autoridad revisora tiene el deber de enmendar la inexacta aplicación de la ley, que haya hecho la autoridad administrativa inferior por el solo hecho de la inconformidad

1 SERRA ROJAS, Andrés, **Derecho Administrativo**, Tomo II, Porrúa, México, 1968, p. 478.

del afectado, sin la necesidad de constreñirse a tales o cuales agravios o fundamentos legales invocados por el mismo, porque no hay en ese procedimiento administrativo ni demanda ni contestación, ni trámites de pruebas ni exigencias de que haya una sentencia congruente con la demanda, como en donde sí se forma una verdadera litis[2].

3. PROBLEMÁTICA DEL RECURSO DE REVOCACIÓN

Dentro de ese contexto se parte de la problemática que se ha vivido por muchos años, en cuanto a que por lo general el recurso de revocación no se ha aplicado eficientemente y por lo tanto no ha sido útil para la mayoría de los contribuyentes.

Al respecto Luis Ortiz Hidalgo señala que se han expresado innumerables conceptos de Recurso Administrativo; se han explicado con amplitud los elementos de esta clase de medio de defensa, pero estimamos que muy poco se ha escrito de la problemática que los recursos administrativos presentan en la práctica, que lejos de facilitar la protección jurídica de los particulares frente a los actos de la administración pública, se han convertido en verdaderos obstáculos o como lo han conceptuado algunas ejecutorias del Poder Judicial Federal, en trampas procesales donde los particulares se pierden por la exigencia de requisitos procesales innecesarios y formalidades. Hay autores que inclusive han propuesto su desaparición, dada su ineficacia práctica, al convertirse en recursos dilatorios, aunado al poco prestigio con que cuentan pues al interponerlos pocas veces se logra que la autoridad administrativa, alejándose de cuestiones de imágenes hacia sus superiores, reconozca la violación formal o de fondo en que ha incurrido por diversos motivos que ahora no valen la pena analizar, y revoque en beneficio del particular originalmente afectado en sus derechos o intereses, en acto administrativo que se impugno[3].

4. JUSTIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE E-REVOCACIÓN

Se busca dar un paso adelante en relación a mejorar el recurso de revocación previsto en el Código Fiscal de la Ciudad de México, lo que coincide con lo que escribe acertadamente Recaséns Siches, en cuanto a que las normas del Derecho positivo no son enunciados de ideas con intrínseca validez —como lo son, por ejemplo, las proposiciones matemáticas—; ni son tampoco descripciones de hechos; ni son expresión de ningún ser.

2 CARILLO FLORES, Antonio**, La defensa jurídica de los particulares frente a la administración pública**, Porrúa, México, 1939, pp. 192-193.

3 ORTIZ HIDALGO, Luis**, Unificación de los recursos administrativos, Tribunal Fiscal de la Federación, cuarenta y cinco años al servicio de México**, Tomo I, Editorial TFF, México, 1981, p. 841.

Las normas del Derecho positivo son instrumentos prácticos, elaborados y construidos por los hombres, para que, mediante su manejo, produzcan en la realidad social unos ciertos efectos, precisamente el cumplimiento de los propósitos concebidos, y a continuación aclara cuáles son esos propósitos; el Derecho es un conjunto de medios al servicio del propósito de una convivencia y cooperación sociales, ordenadas, justas, posibilitadoras del cumplimiento de los más importantes fines humanos, y serviciales al bienestar general o bien común. Se pueden resumir estas palabras bajo el término de la Justicia.

Notemos que, puesto que toda justicia es concreta, su realización debe constantemente plasmarse en las nuevas situaciones concretas de la realidad. Por eso, el Derecho en cuanto instrumento de la Justicia debe ser renovado incesantemente, no sólo porque aparecen nuevas situaciones en la realidad, sino también porque la realidad nos va enseñando como mejorar el instrumento[4].

El Derecho natural se presenta como el orden que la constante de la Justicia… exige imperativo y existencialmente se imponga a la coexistencia de los seres humanos, por medio del Derecho Positivo. Además que el derecho natural es el criterio ontológico que sirve a los hombres en su intento de realizar la justicia, ese criterio ontológico comprende la visión del ser humano como responsable y libre y como ser que debe realizar su propia perfección en colaboración con los demás seres humanos y tendiendo, en labor comunitaria, también a la perfección de éstos. El conjunto organizado de las condiciones sociales gracias a las cuales las personas humanas pueden cumplir individual y comunitariamente su destino ontológico (en el cual se pueden distinguir un aspecto corpóreo y terrestre y otro aspecto espiritual) es el bien común.

Por lo tanto el Derecho Natural es un conjunto de principios ontológicos que deben regir toda convivencia humana para hacer posible el desarrollo y perfección integral de todos los individuos humanos agrupados en una sociedad.

Sin olvidar que las funciones principales del Estado contemporáneo son idénticas a las que le dieron origen, pues sólo cambian los instrumentos, los términos y las formas para cumplir con sus finalidades esenciales, como realizar la justicia social, individual y colectiva, y el bien común, y garantizar tanto la libertad como la seguridad jurídica de los habitantes de una nación.

Lo anterior es válido en virtud de que el gobierno es una institución que surgió para permitir el desarrollo material y espiritual del ser humano, e impedir en consecuencia todo acto de injusticia, tanto individual como colectivo. De ahí que es muy importante tener presente que un ordenamiento jurídico, además

4 RECASÉNS SICHES, Luis, citado por VILLORO, Miguel en **Lecciones de filosofía del derecho**, Jus, México, 1977, p. 481.

de proteger los derechos fundamentales del ser humano, también debe ser un factor de cambio para evitar la dictadura o tiranía de las leyes, en especial, las financieras o fiscales, que no permitan una relación armónica entre el Estado, como titular de la hacienda pública, y los particulares.

Dicho de otra forma: El Estado tiene encomendadas tareas que debe realizar para que la sociedad civil pueda encontrar organización y vida[5].

No se pasa por alto, lo expresado por Leticia Bonifaz Alfonzo que dice En el campo del derecho hay muchas cuestiones que se han venido repitiendo desde siglos atrás y que se aceptan como dogmas. Por ejemplo, se ha dicho que si no existiera el derecho reinaría el caos, el desorden o la anarquía. Así, se le muestra como uno de los productos culturales de primerísima importancia para la vida de una sociedad.

El derecho se identifica, de este modo, como una cuestión vital de primer orden. Uno ve, sin embargo, que muchas veces una norma o una ley es totalmente ineficaz, -lo que tendría un efecto muy semejante al de su existencia- y en vez de que se dé el caos, el desorden y la anarquía se hacen evidentes otros mecanismos de control social que coexisten con el derecho y que tal vez no han sido suficientemente valorados por los juristas.

Claro que, en este caso, estamos hablando de la ineficacia de una norma o de una ley que, indudablemente, tiene un efecto distinto a la ineficacia total de un sistema jurídico, … Así también considera, Rolando Tamayo señala: Si partimos de la idea de que la eficacia quiere decir conformidad del comportamiento con lo dispuesto en una norma, entonces una legislación será eficaz si los actos de los destinatarios se conforman con lo dispuesto por el texto legislativo.

Por el contrario, una legislación no es eficaz cuando no es observada… En otra obra **Tamayo** dice: A la mayor o menor observancia de una norma válida se le llama eficacia…[6].

5. PROCEDIMIENTO DEL E-REVOCACIÓN

Antecedentes

1.- Al respecto encontramos lo previsto en el Artículo 106 del Código Fiscal de la Ciudad de México, que señala que tratándose de créditos fiscales determinados por las autoridades fiscales, la persona titular de la Secretaría o de la Procuraduría Fiscal, deberán disminuir el monto del crédito fiscal, cuando medie petición del contribuyente, y opere indistintamente alguno de

5 VILLORO TORANZO, Luis Miguel, *Op. Cit.,* pp 481 y 482

6 BONIFAZ ALFONZO, Leticia, **El problema de la eficacia en el derecho**, Editorial Porrúa, México, 1993. p 204**.**

los siguientes supuestos:

> El adeudo fiscal sea exorbitante, ruinoso, confiscatorio o excesivo;
>
> El crédito fiscal derive por causas no imputables directamente al contribuyente;
>
> El contribuyente haya presentado dictamen de cumplimiento de obligaciones fiscales;
>
> Cuando el crédito fiscal se haya incrementado por muerte del sujeto pasivo de la relación jurídica tributaria, o bien, por errores o dilación de las autoridades fiscales;
>
> Cuando el pago del crédito fiscal, implique la regularización de la propiedad inmobiliaria del contribuyente, y
>
> Cuando el contribuyente realice actividades de beneficio social, y no tenga derecho a alguna reducción de las contempladas en este Código.
>
> Cabe mencionar que lo previsto en ese artículo no constituye instancia, ni interrumpe ni suspende los plazos para que los particulares puedan interponer los medios de defensa. Las resoluciones que se emitan por la autoridad fiscal no podrán ser impugnadas por los contribuyentes.

Con la salvedad de que la disminución no será aplicable tratándose de los créditos fiscales derivados del Impuesto por la Prestación de Servicios de Hospedaje.

Si bien, en el precepto jurídico de referencia no se hace alusión en forma expresa a la conciliación, pues alude a la disminución, también es verdad que es una forma de ayudar al sujeto pasivo de la relación jurídica tributaria. Ante la incidencia impositiva, como es el caso de la fracción II, del citado texto legal cuando por cuestiones no imputables a éste, de pronto se encuentran con problemas fiscales

2.- A su vez el artículo 45, último párrafo, del Código Fiscal de la Ciudad de México, dispone que en los casos en que el crédito fiscal este controvertido, la autoridad fiscal, previa autorización de la Secretaría, podrá modificar dicho crédito, conviniendo con el contribuyente la forma de efectuar el pago del adeudo fiscal.

3.- Asimismo el artículo 49 del Código Fiscal de la Ciudad de México, párrafo Decimotercero dispone que en el caso de contribuciones pagadas cuyo cobro esté controvertido, la autoridad recaudadora, podrá convenir con el contribuyente la reducción en el monto de la devolución, siempre y cuando se reúnan los siguientes requisitos:

- Que lo solicite el contribuyente previo desistimiento de la acción intentada;
- Que el contribuyente acredite fehacientemente que interpuso los medios

de defensa que este Código o las leyes establecen, y

- Que la reducción no sea superior a un 40%.

4.- Asimismo, el artículo 51, del Código Fiscal de la Ciudad de México, en su antepenúltimo párrafo establece que cuando la Ciudad de México y los particulares reúnan la calidad de acreedores y deudores recíprocos, por su propio derecho podrán compensar créditos fiscales con adeudos de carácter civil, mercantil o de otra naturaleza.

5.- Otro antecedente lo encontramos en la mediación contemplada en el artículo 111 BIS al 111 SEXTUS, misma que no ha dado los resultados deseados y por ese motivo, en las reformas fiscales para el 2020, aparece el procedimiento de e-Revocación.

6. RAZONES QUE JUSTIFICAN EL ESTABLECIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DE E-REVOCACIÓN

Al respecto se hará alusión a los aspectos más importantes que se destacaron, en la exposición de motivos de la iniciativa de decreto por el que reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Fiscal de la Ciudad de México, para el año 2020, en donde se precisan los motivos que justifican el establecimiento del procedimiento de e-Revocación.

El Congreso de la Ciudad de México incorporó un procedimiento de conciliación e impugnación de contribuciones locales, innovador, eficiente y digital, en sustitución del tradicional recurso de revocación fiscal tradicional, tomando en cuenta lo siguiente:

1. La nueva administración de la Ciudad de México está consciente de la necesidad de un nuevo orden institucional y normativo para lograr una Ciudad solidaria e incluyente, que permita implementar procesos para que los ciudadanos accedan a servicios y trámites fiscales de manera simple y con menores costos.

2. El recurso administrativo de revocación es un medio de defensa creado para proteger al contribuyente de aquellos actos emanados de las autoridades fiscales que atenten contra sus derechos. Es un procedimiento opcional, sumario y a cargo de la propia autoridad fiscal, que originalmente se propuso disminuir el número de juicios ante el Tribunal Administrativo en virtud de la revocación interna de los actos ilegales. Sus antecedentes se remontan a la Ley de Organización del Servicio de Justicia en Materia Fiscal para el Departamento del Distrito Federal y a la Ley de Hacienda del Distrito Federal de agosto de 1929. Este Recurso Administrativo ha ido adaptándose lentamente conforme la ley y sociedad han evolucionado, y prácticamente en 90 años, el esquema procesal se ha mantenido sin modificaciones sustanciales.

3. Que actualmente, la Procuraduría Fiscal de la Ciudad de México, recibe al día un nuevo recurso para su trámite, que se resuelve en un plazo de 4 meses que pueden extenderse hasta 4 meses adicionales en caso de haberse requerido información o documentación adicional, de los cuales sólo se han recibido 4 por vía electrónica desde que inició su operación el 1º de enero de 2015. Dentro del mismo plazo se recibe en promedio una sentencia de cumplimiento para reponer la resolución emitida en un recurso. A la fecha se tienen resoluciones a reponer que fueron emitidas inclusive desde el 2013, lo cual da cuenta del nivel de rezago que tiene este procedimiento.

4. Por su parte, el promedio diario de juicios de nulidad iniciados ante el Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México por contribuyentes que no optaron por el recurso de revocación es de 39. La diferencia entre el promedio diario de recursos de revocación y el promedio diario de juicios de nulidad subraya que los contribuyentes no ven a la revocación como una alternativa viable para la solución de sus controversias.

5. Adicionalmente, el costo y tiempo aumenta en casos en que el contribuyente interpone un recurso de revocación, posteriormente un juicio de nulidad y después un juicio de amparo, que pueden repetirse subsecuentemente. El tiempo promedio transcurrido entre la interposición del recurso de revocación y una sentencia con el carácter de cosa juzgada, varía entre 5 y 6 años.

6. Este esquema de litigio fiscal a largo plazo lleva a concluir que el costo-beneficio con relación a la defensa del contribuyente, por un lado, y de recaudación, por el otro, no sea sostenible en la práctica. Asimismo, presenta áreas de oportunidad para cumplir con los principios constitucionales de prontitud y ser expedito; así como de legalidad, sencillez, celeridad, eficacia y publicidad, previstos por el Código Fiscal de la Ciudad de México.

7. En cuanto a la figura jurídica de la mediación, también al alcance de los contribuyentes sujetos al ejercicio de facultades de comprobación, ésta carece de los debidos incentivos y no ha sido útil como un mecanismo alternativo de solución de controversias fiscales, aún cuando la legislación vigente ofrece la posibilidad de que el contribuyente obtenga la condonación de 100% de las multas que pudieran generarse. A la fecha, y desde el inicio de la administración, únicamente ha concluido con éxito la mediación en 2 ocasiones.

7. FACTORES TOMADOS EN CUENTA POR EL LEGISLADOR EN TORNO A LA PROBLEMÁTICA DEL RECURSO DE REVOCACIÓN

En términos generales, se tienen detectados los siguientes factores en torno a la problemática del recurso de revocación:

- Indefensión procesal fiscal. Integrar el recurso administrativo requiere

la participación de un profesional en las materias fiscal y/o contable, lo que es una limitante para la tutela de los derechos humanos de los contribuyentes, pues encarece el acceso a la justicia fiscal o lo impide para los contribuyentes de menores ingresos.

- Se carece de incentivos para que el contribuyente opte por mecanismos de solución distintos al contencioso administrativo / judicial.
- Uso intensivo de papel. La interacción es documental entre la autoridad fiscal y el contribuyente, y entre las diversas autoridades fiscales, cuya participación se requiere en la tramitación de las secuelas procesales.
- Visión contenciosa a largo plazo. Los costos financieros, materiales y humanos asociados son injustificados, tanto para la autoridad fiscal como para el contribuyente.
- Las principales causas de impugnación derivan de aspectos de mera forma.

8. NUEVO MODELO

Así se propuso, tomando en cuenta los principios de honestidad y gobierno abierto, al Congreso de la Ciudad de México a dar un paso más hacia la administración pública electrónica, mediante el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, combinando cambios organizativos y nuevas aptitudes.

Se adecuo la normativa aplicable al recurso de revocación como medio de defensa fiscal, mediante el aprovechamiento de los instrumentos tecnológicos, como ya se indicó, para lograr un nuevo modelo, eficiente y eficaz, basado en 3 ejes fundamentales:

I. Oralidad;

II. Procedimiento digital en su totalidad, y

III. Visión conciliadora en sustitución del tradicional enfoque contencioso y sancionador.

De tal forma que se prevé una alternativa ágil, eficiente y económica para solucionar las controversias generadas por los actos emitidos por la autoridad fiscal mediante una conciliación oral.

A su vez, el uso de Tecnologías de la Información de la Comunicación permite tener un procedimiento más transparente, con menores costos, mejores controles, luchar contra la corrupción y dar certeza jurídica al contribuyente; también contempla que las audiencias y mesas de trabajo deberán video grabarse y trasmitirse en redes sociales a través de los canales institucionales con los que ya cuenta la Secretaría de Administración y Finanzas, respetando de manera integral los datos personales de los contribuyentes. Ello permitirá

dejar constancia electrónica de las actuaciones de la autoridad fiscal, como un mecanismo de transparencia que disuada la desviación de conductas.

Evitar vicios de forma

Para evitar los vicios de forma, la autoridad fiscal impulsará la utilización de instrumentos con los que ya se cuenta como el Teso-buzón como medio de comunicación oficial entre la autoridad fiscal y los contribuyentes, y la firma electrónica para dar certeza jurídica a la comunicación entre ambas partes.

Busca privilegiar el dialogo

Este nuevo procedimiento busca privilegiar el diálogo sobre la lógica tradicional contenciosa por lo que después de fijada la materia de la controversia fiscal en audiencia oral, pueden realizarse mesas de trabajo entre el contribuyente y la autoridad fiscal para conciliar las posiciones de ambas partes con respeto al marco normativo.

En la audiencia el contribuyente podrá aportar las pruebas que considere favorecen su interés que la autoridad fiscal deberá recibir, valorar y desahogar con imparcialidad; en dichas Audiencias participarán todas las autoridades fiscales vinculadas con la problemática, para resolver de manera integral la situación fiscal del contribuyente.

Incentivo para la conciliación

Se propone otorgar a los contribuyentes la condonación de las multas y recargos generados, lo que a su vez se empata con la disminución de la tasa de interés por financiamiento prevista en la iniciativa de ley de ingresos para el siguiente ejercicio fiscal, así como con la eliminación del porcentaje que debe pagarse junto con la primera parcialidad en el caso de pago en parcialidades, conforme a la justificación de la modificación del artículo 45 del Código Fiscal.

Solo para el caso de que no sea posible llegar a un convenio conciliatorio, que permita llegar a una posible solución, se tiene contemplado que, en audiencia de resolución definitiva, también oral y sin formalismos, se ponga fin al procedimiento, revocando, modificando o confirmando la resolución materia de impugnación.

Sector fiscal social

Dada la prioritaria de implementar acciones en pro de la igualdad de derechos para todos los contribuyentes, por primera vez se incorpora un esquema de protección dirigido a los contribuyentes del sector fiscal especial; es decir, a petición de parte asumirá la asistencia y asesoría gratuita con sus mejores esfuerzos.

El sector fiscal especial comprende a madres solteras; menores de edad

e inimputables que no cuenten con un representante legal o tutor; personas físicas causantes del impuesto predial, con inmuebles cuyo valor catastral se ubique en los rangos A y B del artículo 130 del Código Fiscal; jubilados, pensionados por cesantía en edad avanzada, por vejez, por incapacidad por riesgos de trabajo, por invalidez; personas de la tercera edad y personas físicas, así como los adultos mayores sin ingresos fijos; las personas físicas que adquieran o regularicen la adquisición de una vivienda de interés social o vivienda popular; las personas damnificadas por un desastre natural cuyo inmueble sea catalogado por las autoridades como inhabitable.

Para el caso de jubilados, pensionados por cesantía en edad avanzada, por vejez, así como de adultos mayores sin ingresos fijos y escasos recursos, se podrán interponer el recurso inclusive por la vía telefónica. Lo anterior da cuenta del sentido social que orienta a la presente administración, que acerca la justicia fiscal y el disfrute equitativo de servicios a quienes más lo necesitan.

Sistema electrónico

Se tiene previsto que el sistema electrónico que al efecto desarrolla la Secretaría de Administración y Finanzas, para aplicar el Procedimiento de e-Revocación, permita a los contribuyentes iniciar el recurso con la sola manifestación de su inconformidad y proporcionando sus datos generales, eliminando formalismos y tecnicismos que entorpecen la tutela de sus derechos humanos.

Con este procedimiento se pretende reducir el plazo de resolución de controversias fiscales, disminuir tanto los costos al contribuyente como los inherentes a la autoridad fiscal, al Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México y al Poder Judicial. Las disposiciones transitorias prevén los plazos para la implantación gradual del Procedimiento de e-Revocación.

Principio de definitividad

Que la e-Revocación debe agotarse necesariamente antes de acudir al Tribunal de Justicia Administrativa a solicitar la nulidad del acto, para lo cual se adiciona un segundo párrafo al artículo 7 de la Ley de dicho Órgano Autónomo; es decir, prever el principio jurídico de definitividad.

Objetivos

A través del modelo del modelo de e-Revocación, se busca alcanzar los siguientes beneficios:

En materia de Derechos Humanos:

- Tutelar los derechos de los contribuyentes contra actos fiscales improcedentes.
- Ampliar el universo de contribuyentes que tienen acceso a la justicia

fiscal.

En materia de Medio Ambiente:

- Contribuir a la disminución de la emisión de gases de efecto invernadero, así como a la conservación de recursos naturales como agua y madera, mediante el aprovechamiento de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación y la eliminación del uso de papel.

En materia de Innovación:

- Implementar un procedimiento oral, sencillo y con menores costos.
- Privilegiar el uso de Tecnologías de la Información y de la Comunicación en sustitución del tradicional esquema en papel.
- Asistencia fiscal, imparcial y gratuita, a contribuyentes del sector especial.
- Incentivar la conciliación, sobre la base de confiar en el contribuyente.

En materia de Administración Pública:

- Respeto al derecho al Buen Gobierno en términos de la Constitución de la Ciudad de México.
- Eficientar la recaudación de contribuciones y sus accesorios, por la reducción de costos y tiempos de resolución.
- Disminuir la incidencia de inconformidades y mayor satisfacción del contribuyente.

Procedencia del procedimiento de e-Revocación

Siendo procedente en los siguientes supuestos:

I. Resoluciones definitivas, dictadas por las autoridades fiscales
   - Determinen contribuciones o sus accesorios;
   - Nieguen la devolución de cantidades que procedan conforme a la Ley;
   - Determinen responsabilidades resarcitorias;
   - Impongan multas por infracción a las disposiciones previstas en el Codigo Fiscal de la Ciudad de México;

II. Causen agravio al particular en materia fiscal, salvo aquéllas a que se refieren a aclaraciones, condonación de multas y disminución de un crédito fiscal. Los actos de autoridades fiscales que;
   - Requieran el pago de créditos fiscales, cuando se alegue que éstos se han extinguido o que su monto real es inferior al requerido en pago, siempre que la cantidad en exceso sea imputable a la autoridad exactora o se refiera a recargos, gastos de ejecución o a la indemnización en relación a los cheques sin fondos;
   - Se dicten en el procedimiento administrativo de ejecución, cuando se

alegue que éste no se ha ajustado a la ley. En este caso, las violaciones cometidas desde la diligencia de embargo y hasta el inicio del procedimiento de remate, sólo podrán hacerse valer hasta el momento de la publicación de la convocatoria de remate, y dentro de los veinte días siguientes a la fecha de publicación de la citada convocatoria, salvo que se trate de actos de ejecución sobre bienes legalmente inembargables o de actos de imposible reparación material, casos en que el plazo para interponer el Procedimiento de e-Revocación se computará a partir del día hábil siguiente al en que surta efectos la notificación del requerimiento de pago o del día hábil siguiente al de la diligencia de embargo.

Si la violación se comete con posterioridad a dicho acto o se trata de venta de bienes fuera de subasta, el Procedimiento de e-Revocación se hará valer en contra del acto que finque el remate o que autorice la venta fuera de subasta, dentro de los veinte días siguientes al en que surta efectos la notificación de los mismos o si éstos no le fueron notificados a partir de que tenga conocimiento de ellos.

En el Procedimiento de e-Revocación, tratándose de los supuestos previstos en los incisos a) y b) antes referidos, no podrá discutirse la validez del acto en el que se haya determinado el crédito fiscal; tampoco se podrá discutir la validez de la notificación realizada por las autoridades locales diferentes a las fiscales;

a) Afecten el interés jurídico de terceros;

b) Afecten el interés de quien afirme tener derecho a que los créditos a su favor se cubran preferentemente a los fiscales. Al efecto se considera que tienen preferencia los créditos relativos al pago de las indemnizaciones de carácter laboral, así como los que se deriven de juicios en materia de alimentos, siempre que al respecto se haya dictado resolución firme.

III. Cuando se trate de los requisitos contenidos en la orden de visita domiciliaria o en el oficio mediante el cual se inicie el ejercicio de facultades de comprobación fuera de una visita domiciliaria; o de los hechos, omisiones o cantidades, asentados en la última acta parcial, en el acta final, en el oficio de observaciones o en la resolución provisional, que deriven del ejercicio de las facultades de comprobación en relación a ordenar y practicar visitas domiciliarias, revisiones de gabinete y practicar revisiones electrónicas, y que puedan entrañar incumplimiento de las disposiciones fiscales, el Procedimiento de e- Revocación sólo será procedente para efectos de adoptar un convenio de conciliación fiscal.

Propuestas de declaraciones

Las propuestas de declaraciones a que se refiere el primer párrafo del artículo 15 del Código Fiscal de la Ciudad de México, los estados informativos, estados de cuenta y comunicaciones de las autoridades fiscales en las que se

invite a los contribuyentes a solventar sus créditos fiscales, no se consideran actos o resoluciones definitivas y, en consecuencia, es improcedente el Procedimiento de e-Revocación y el juicio de nulidad tramitado ante el Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México.

Garantía del interés fiscal

Cuando se promueva el Procedimiento de e-Revocación, en contra de actos o resoluciones descritas en las fracciones I y II de la presente disposición, relacionadas con el cobro o determinación de créditos fiscales, el promovente deberá garantizar el interés fiscal y los posibles recargos en alguna de las formas señaladas en el Código financiero de la Ciudad de México.

En caso de no cumplir con el requisito de garantizar, la autoridad fiscal podrá llevar a cabo el procedimiento administrativo de ejecución, independientemente de que no esté resuelto el Procedimiento de e-Revocación intentado.

Asistencia gratuita a los contribuyentes del sector fiscal especial

Cuando un contribuyente del sector fiscal especial requiera presentar una solicitud de aplicación del Procedimiento de e-Revocación, la Procuraduría Fiscal, a petición de parte, asumirá la tramitación de la solicitud, asistiendo al contribuyente, de forma gratuita, durante el procedimiento, velando por la protección de sus derechos humanos en todo momento.

En el caso de jubilados, pensionados por cesantía en edad avanzada, por vejez, así como adultos mayores sin ingresos fijos y escasos recursos, que requieran presentar una solicitud de aplicación del Procedimiento de e-Revocación, serán asistidos por la Procuraduría Fiscal de la Ciudad de México, inclusive, por vía telefónica.

Con la finalidad de otorgar al sector fiscal especial el acceso al Procedimiento de e- Revocación, la Procuraduría Fiscal deberá contar con los recursos humanos y materiales necesarios para auxiliarlos en la elaboración de las solicitudes.

Pruebas

Se admitirá todo tipo de pruebas, excepto aquéllas que no tengan relación con los hechos sujetos a Procedimiento de e-Revocación, la testimonial y la de confesión de las autoridades mediante absolución de posiciones directas.

No se considera comprendida en esta fracción la petición de informes a las autoridades fiscales o administrativas, federales, estatales, municipales o de la Ciudad de México.

El dictamen pericial sólo será admisible cuando se requieran conocimientos

especiales de la ciencia, arte, técnica, oficio o industria de que se trate.

Las pruebas supervenientes podrán presentarse en cualquier momento, siempre que se presenten, a más tardar, en la fecha de la mesa de trabajo;

IV. La Procuraduría Fiscal de la Ciudad de México, para una mejor comprensión de los casos sometidos a Procedimiento de e-Revocación, podrá solicitar la exhibición de cualquier documento o expediente que tenga relación con los mismos, ordenar la práctica de cualquier diligencia, allegarse de dictámenes técnicos o solicitar los informes que considere necesarios;

V. La valoración de las pruebas se hará de acuerdo con lo siguiente:

a) Harán prueba plena la confesión expresa del promovente, las presunciones legales que no admitan prueba en contrario, así como los hechos legalmente afirmados por autoridad en documentos públicos; no obstante, si en estos últimos se contienen declaraciones de verdad o manifestación de hechos particulares, los documentos sólo prueban plenamente que se hicieron tales declaraciones o manifestaciones ante la autoridad que los expidió, pero no prueban la verdad de lo declarado o manifestado;

b) Tratándose de facultades de comprobación de las autoridades administrativas, se entenderán como legalmente afirmados los hechos que constan en las actas respectivas, y;

c) El valor del dictamen pericial y las demás pruebas queda a la prudente apreciación de la autoridad.

d) Cuando por el enlace de las pruebas rendidas y de las presunciones formadas, la autoridad adquiera convicción distinta acerca de los hechos materia del Procedimiento de e-Revocación, podrá valorar las pruebas sin sujetarse a lo dispuesto en las fracciones anteriores, debiendo fundar, razonadamente, esta parte de su resolución;

Afirmativa ficta

V. Tratándose de los casos previstos en las fracciones I y II, del artículo 449-1, del Código Fiscal de la Ciudad de México, que se refieren a las resoluciones definitivas dictadas por las autoridades fiscales y actos, con las limitaciones correspondientes, la autoridad deberá dictar resolución en la Audiencia de Resolución Definitiva; en caso de que la autoridad no emita resolución definitiva en un plazo de cuatro meses, contados a partir de la fecha de solicitud del Procedimiento de e-Revocación, operará la afirmativa ficta.

Resoluciones al procedimiento e-Revocación

La resolución que emita la Procuraduría Fiscal de la Ciudad de México se fundará en derecho, pudiendo invocar, en todo momento, hechos notorios; sin embargo, cuando una violación a las disposiciones fiscales sea suficiente para dejar sin efectos o, en su caso, para modificar el acto sometido a Procedimiento de e- Revocación, bastará con el examen de esa.

Las decisiones de la autoridad serán claras, precisas y congruentes con las cuestiones planteadas por los interesados o las derivadas del expediente del

procedimiento administrativo.

Inicio de aplicación del procedimiento

En los términos de las últimas reformas, publicadas en la gaceta oficial de la Ciudad de México, el 23 de diciembre de 2019, al Código Fiscal de la Ciudad de México, en su artículo vigésimo octavo transitorio, se establece que las disposiciones relativas a la operación del procedimiento de e-Revocación, se sujetarán a lo establecido en la normatividad que para tal efecto publique la Secretaría.

9. CONSIDERACIONES FINALES

1.-Al respecto se estima que dicho procedimiento de e-revocación, debería ser optativo para el contribuyente y no obligatorio, ya que si éste considera que no le va a ser favorable entrar a conciliación con el fisco, debería de tener la opción de promover su defensa directamente ante el Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México, lo que incluso le ahorraría gastos para el pago de honorarios al abogado y para lograr obtener la garantía respectiva, para garantizar el crédito fiscal de que se trate.

2.-No se debe de exigir al promovente la garantía de interés fiscal, en relación a actos o resoluciones a que aluden las fracciones I y II del artículo 449-1 del Código Fiscal de la Ciudad de México y que se refieren al cobro o determinación de créditos fiscales. Esta afirmación se realiza puesto que si se está en un procedimiento de conciliación, no tiene que requerirse al sujeto pasivo tal exigencia, ya que sufre un impacto en sus bolsillos por esa circunstancia.

A mayor abundamiento, hay que tener presente que el recurso de revocación contemplado en el Código Fiscal de la Federación, precisa a que no se estará obligado a exhibir la garantía del interés fiscal cuando se presente dicho medio de defensa, sino en su caso, hasta que este sea resuelto.

3.-Algo que es grave, es que la operación del procedimiento e-revocación esté sujeto a la normatividad que para tal efecto publique la Secretaría de Administración y Finanzas, pues se olvida que tratándose de los elementos esenciales de un recurso administrativo o de una demanda, éstos tienen que estar previstos en la ley y no condicionados a unas reglas o normatividad que dicte una entidad de la administración pública, puesto que la experiencia nos ha enseñado que so pretexto de reglamentar, se puede mutilar una ley, o exigir mayores requisitos de lo previsto sobre la materia, distorsionando el alcance y contenido de las normas jurídicas aplicables.

4.- Finalmente, dejando a salvo a la gente valioso y honesta de la

Procuraduría Fiscal de la Ciudad de México, espero que en este nuevo procedimiento intervengan hombres honrados, que sea expedito, igual para todos y que haga honor a los que la administren, que no haya preferencias, ni parcialidades, en su aplicación y que no se tuerza y enrede el contenido de la norma en favor de los intereses del fisco y que ese criterio aberrante no sea la verdad legal.

Dicho de otra manera que no se vaya a dar una simulación o farsa en ese procedimiento, en el que siempre triunfe el fisco. Que el procedimiento sea rápido y eficiente, sin más trámites que los necesarios y que estos no sean engorrosos, y sin demoras, que en nada benefician al sujeto pasivo de la relación jurídica-tributaria.

5.- Hay que considerar que se pueden presentar problemas muy serios en el trámite del procedimiento de e-Revocación, en relación a muchos contribuyentes pequeños, a quienes les llega la boleta para el pago de los derechos determinados por la autoridad fiscal, en el supuesto que los contribuyentes no estuvieran de acuerdo con dicha determinación, pues podría presentarse aglomeraciones en las oficinas de dicha procuraduría.

BIBLIOGRAFÍA

SERRA ROJAS, Andrés, **Derecho Administrativo**, Tomo II, Editorial Porrúa México, 1968.

CARRILLO FLORES, Antonio, **La defensa jurídica de los particulares frente a la administración pública**, Editorial Porrúa, México, 1939.

ORTIZ HIDALGO, **Luis, Unificación de los recursos administrativos. Tribunal fiscal de la federación cuarenta y cinco años al servicio de México,** Tomo I editorial TFF, México, 1981.

Villoro Toranzo, Miguel, LECCIONES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, Editorial Jus, sexta edición, México, 1977.

BONIFAZ ALFONZO, Leticia, El problema de la eficacia en el derecho, Editorial Porrúa, México, 1993.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, México 2019.

Constitución Política de la Ciudad de México, 2019.

Código Fiscal de la Ciudad de México, 2020.

Decreto de reformas al Código Fiscal de la Ciudad de México, publicado en la gaceta oficial de la Ciudad de México el 23 de diciembre de 2019.

Iniciativa de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del código fiscal de la Ciudad de México.

“Las aportaciones de los autores denotan la importancia de los estudios dentro del área del Derecho Administrativo, y es un enorme esfuerzo para hacer un análisis profundo de cómo se regulan las actividades administrativas en sociedades cada vez más globalizadas, donde se marcan nuevos paradigmas que pretenden ayudar a enfrentar situaciones emergentes, y con ello, la posibilidad de dar soluciones en el campo del Derecho, en específico en el área Administrativa.

Siendo este el primero de los muchos trabajos colaborativos dentro del convenio firmado entre “Grupo de Estudos de Direito Público (GEDIP / CCJ / UFSC)” y el “Cuerpo Académico de Administración Pública y Derecho Financiero” de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León que se materializa, esperamos que el lector disfrute de la obra, le permita reflexionar y le lleve a ampliar horizontes en torno al Derecho Administrativo Contemporáneo”.

gedip.ufsc
grupo de estudos em direito público

UFSC
PPGD

CAPES

UANL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

HABITUS
EDITORA

ISBN 978-65-86381-70-2