



Volume 28

2022

Presidente Prudente/SP

ISSN 1516-8158

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE

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

REVISTA INTERTEMAS

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

EDITORES

Carla Roberta Ferreira Destro (TOLEDO PRUDENTE)
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

COMISSÃO EDITORIAL

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

EQUIPE TÉCNICA

Delaine de Oliveira (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

Versão eletrônica

ISSN 2176-848X

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

Indexadores e Diretórios

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

Permuta/Exchange/Échange

Biblioteca “Visconde de São Leopoldo” – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

Contato

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

Intertemas: Revista da Toledo, v. 28 – 2022

Presidente Prudente: Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. 2022. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (SP)

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

SUMÁRIO/CONTENTS

AS CONTRIBUIÇÕES DO REPUBLICANISMO INGLÊS PARA ESTRUTURAÇÃO DO PENSAMENTO CONSTITUCIONALISTA CONTEMPORÂNEO.....05

LEITE, Leonardo Delatorre
MORAES, Gerson Leite de

ANÁLISIS SOBRE LA RAZONABILIDAD EN LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES.....21

HERNÁNDEZ, Joe Caballero

A RELAÇÃO DA PETROBRAS COM O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO: UM ESTUDO SOBRE FATOS E MEDIDAS QUE INFLUENCIAM A VINCULAÇÃO.....38

SANTOS, Diego de Medeiros
FRANÇA, Vladimir da Rocha

DA SUPRA-CONSTITUCIONALIDADE LEGISLATIVA TRIBUTARIA E A NORMATIZAÇÃO DE TRIBUTOS POR INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONAIS.....59

PEREIRA, Francisco Caetano
PRAZERES, Karla Luzia Alvares Dos
PRAZERES, Paulo Joviniano Alvares Dos

JUDICIALIZACIÓN DE LOS SUPERIORES EN LOS CASOS DE MACROCIMINALIDAD EN COLOMBIA: LÍNEA Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL...74

GONZÁLEZ, Álvaro Salgado
TARRÁ, Carolina García
SUA, Edgardo Serpa

OBRIGAÇÃO DE PROTEGER OS DIREITOS HUMANOS.....94

LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez

DIREITO ESPACIAL E A APLICAÇÃO DA LEI PENAL: A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO NO ESPAÇO SIDERAL.....118

MEDEIROS, Moisés Wilkison Santos de
BEZERRA, Tiago José de Souza Lima

A (DES)MANIPULAÇÃO DAS MASSAS: UM ESTUDO DO LETRAMENTO DIGITAL FRENTE HABERMAS E BOURDIEU.....135

OICHI, Camila Mayumi
LIMA, Gabriela Vernasch
DESTRO, Carla Roberta Ferreira

NOTA AO LEITOR

A 28ª Edição da Revista Intertemas mais uma vez se propõe a apresentar temáticas de relevância jurídica nacional e internacional.

Convidamos cada leitor a se debruçar nos temas propostos pelos pesquisadores. É com enorme satisfação que esta edição é publicada, levando ao conhecimento de todos o melhor da nossa pesquisa científica.

Nesta oportunidade publicamos também o artigo vencedor do 18º ETIC – Encontro Toledo de Iniciação Científica.

Desejamos uma ótima leitura.

Cordialmente,

Carla Roberta Ferreira Destro
Editora da Revista Intertemas

AS CONTRIBUIÇÕES DO REPUBLICANISMO INGLÊS PARA ESTRUTURAÇÃO DO PENSAMENTO CONSTITUCIONALISTA CONTEMPORÂNEO

LEITE, Leonardo Delatorre¹
MORAES, Gerson Leite de²

RESUMO: Diante de uma conjuntura marcada pela crescente crise do espaço público, o retorno ao republicanismo se demonstra extremamente necessário, visto que é preciso a promoção de uma concepção política capaz de abarcar tanto a compreensão da liberdade enquanto não-interferência externa às ações individuais, quanto o entendimento que tende a afirmar uma visão teleológica centrada na assertiva segundo a qual ser livre implica uma busca pelo bem comum a partir do exercício das virtudes cívicas. Dessa forma, muitos autores buscam na teoria neorromana da liberdade, cujos preceitos se manifestaram, de forma latente, no republicanismo inglês do século XVII, uma direção para uma nova noção acerca do que significa ser livre no campo sociopolítico. Nesse sentido, o entendimento das nuances do republicanismo inglês contribui para uma melhor compreensão no que tange à organização axiológica de um Estado Democrático de Direito, que se propõe a consolidar os elementos da participação efetiva dos cidadãos na ordem pública e na busca pelo bem comum. Ademais, a teoria neorromana representa um mecanismo importante no esclarecimento da historicidade dos direitos fundamentais. A partir do método dedutivo, o presente trabalho objetiva a elucidação acerca das contribuições do republicanismo inglês e da teoria neorromana para a mentalidade constitucionalista contemporânea.

Palavras-chave: Teoria Neorromana. Estado Democrático de Direito. Republicanismo Inglês. Bem comum.

ABSTRACT: Faced with a conjuncture marked by the growing crisis of the public space, the return to republicanism proves extremely necessary, since it is necessary to promote a political conception capable of encompassing both the understanding of freedom as non-interference external to individual actions, and the understanding that tends to affirm a teleological vision centered on the assertion that being free implies a search for the good common from the exercise of civic virtues. Thus, many authors seek in the Neo-Roman theory of freedom, whose precepts manifested themselves, latently, in the English republicanism of the seventeenth century, a direction for a new notion about what it means to be free in the sociopolitical field. In this sense, understanding the nuances of English republicanism contributes to a better understanding of the axiological organization of a Democratic State of Law, which

¹ Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduando em Filosofia pela Universidade de São Paulo (USP). Bolsista PIBIC-CNPq (2018-2022). Graduando em História pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Autor do livro "Direito de Resistência na Tradição Republicana", publicado pela Editora CRV.

² Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas/SP (PUCAMP - 2003), Doutor em Ciências da Religião pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP (PUCSP - 2008) e Doutor em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas/SP - (IFCH/UNICAMP - 2014). Licenciado em História (1996). Bacharel em Teologia pelo Seminário Presbiteriano do Sul (1999), graduado em Teologia pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP (2006), Bacharel em Filosofia pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo - (FFLCH/USP - 2021).

proposes to consolidate the elements of effective citizen participation in public order and in the search for the common good. Moreover, neo-Roman theory represents an important mechanism in clarifying the historicity of fundamental rights. Based on the deductive method, the present paper aims to elucidate the contributions of English republicanism and the Neo-Roman theory for the contemporary constitutionalist mentality.

Keywords: Neorromana theory. Democratic Rule of Law. English republicanism. Common good.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico contemporâneo está fundamentado em diversos princípios que objetivam assegurar o pleno exercício da cidadania em um Estado democrático de Direito, capaz de garantir direitos civis, políticos e sociais. Para melhor compreensão dos elementos da juridicidade estatal moderna, se faz necessário abordar de forma sistemática as origens dos fundamentos que hoje embasam e sustentam os códigos do Direito Positivo.

Realizar essa tarefa significa retornar ao estudo histórico-filosófico e analisar algumas ideias de alguns pensadores, cujas obras explicitaram os prolegômenos do Estado de Direito e do Constitucionalismo. Dentre esses filósofos e intelectuais, os expoentes do republicanismo³ inglês tiveram grande proeminência, principalmente em seus embates e oposições ao absolutismo monárquico no contexto das chamadas revoluções burguesas do século XVII. John Lilburne (1614-1657), John Wildman (1621- 1693), John Milton (1608-1674), Marchamont Nedham (1620-1678), James Harrington (1611- 1677) e Algernon Sidney (1623-1683) foram grandes propulsores do ideal de limitação do poder político, da necessidade de um governo popular e representativo, da organização do ordenamento jurídico em torno da garantia dos direitos fundamentais bem como da moralidade e utilidade da liberdade política.

O ideal axiológico e principiológico do constitucionalismo, o direito de resistência contra governos tirânicos, a legalidade, legitimidade, dignidade da pessoa

³ Num primeiro momento, é importante esclarecer o que, de fato, representa o movimento republicano. O republicanismo pode ser entendido enquanto uma orientação axiológico-normativa em prol da realização do bem comum na esfera pública e da defesa de uma compreensão valorativa da liberdade, definida, pelos autores republicanos, não meramente em termos de não-interferência externa às ações individuais, mas na qualidade de um dever, que se manifesta, sobretudo, no exercício das virtudes cívicas e na supremacia do interesse público. Desse modo, a disputa analítico-normativa em torno da liberdade tipifica uma dissensão comum entre a tradição republicana e as diversas correntes liberais. “Não é difícil perceber que o conceito de liberdade encontra-se no núcleo de disputas conceituais e retóricas entre republicanismo neorromano e liberalismo” (SILVA, 2015, p. 182).

humana, as discussões sobre liberdade e a cidadania como princípio organizativo do Poder Público foram algumas das inúmeras contribuições dos pensadores do Republicanismo Inglês da Idade Moderna para humanidade e para evolução da Teoria Geral do Estado. Esse trabalho tem por finalidade apresentar algumas características do pensamento político republicano inglês e de que forma ele contribuiu para estruturação constitucional do Estado Democrático de Direito

2 O CONSTITUCIONALISMO E SUA HISTÓRIA DE LONGA DURAÇÃO

O conceito de Estado de Direito pode ser compreendido como aquele que é criado e regulado por uma norma jurídica superior em relação às demais do ordenamento, e apresenta como características eminentes: a supremacia da Constituição, a separação de poderes, superioridade da lei e a garantia dos direitos individuais (SUNDFELD, 2010, p.40). O Estado de Direito é moldado pelo Constitucionalismo, ou seja, por uma cosmovisão que defende a existência de limites ao exercício do poder político. “Em sentido amplo, constitucionalismo é o fenômeno relacionado ao fato de todo Estado possuir uma constituição em qualquer época da humanidade, independentemente do regime político adotado” (BULOS, 2017, p.11). Este Constitucionalismo pode ser descrito num quadro muito maior de estruturas fixas que lidam com valores humanos, tais como a liberdade, que remetem a uma história de longa duração, tal como descrevia Fernand Braudel (BRAUDEL, 1965). As origens do constitucionalismo moderno podem ser encontradas nas obras de diversos pensadores, especialmente nos escritos dos pensadores associados ao Republicanismo Inglês, autores que, numa conjuntura marcada pelo absolutismo e pela centralização do poder político inglês do século XVII, frisavam de forma axiomática e categórica a necessidade de um Estado pautado na soberania popular. Vale ressaltar que o ideal republicano já apresentava uma longa história na Europa, pois se encontrava intimamente ligado à experiência histórica da Roma Antiga e de algumas outras cidades italianas no período da Renascença. Esta teoria republicana teria sido preservada no *Digesto Romano* e assimilada pelo direito consuetudinário inglês desde muito cedo. Quentin Skinner refere-se à esta tradição como “neorromana”, mas tem ciência de que ela é mais conhecida pela terminologia “republicana”. Na Inglaterra, a propagação das ideias republicanas se deu no final do século XVI, quando o Humanismo ganhava notoriedade na cultura e na maneira de

enxergar o mundo. Sobre o republicanismo inglês, o professor Alberto Ribeiro Gonçalves de Barros escreve:

Manifestou-se de forma um pouco mais clara nas primeiras décadas do século XVII, no interior do movimento de protesto contra o reinado dos Stuarts, e, posteriormente, de modo evidente, no desenrolar das guerras civis. Mas sua plena expressão deu-se apenas depois do regicídio, em 1649, o que tem levado muitos historiadores a considerar que o republicanismo inglês foi muito mais consequência do que causa do fim da Monarquia. (BARROS, 2013, p.128)

Com a derrocada do governo autoritário de Carlos I, a República passou a ser considerada uma alternativa viável ao desastre provocado pela monarquia centralizadora, ou seja, o pensamento republicano é considerado uma espécie de solução ou consequência prática da derrocada das medidas absolutistas na Inglaterra. “A ruptura das instituições no desenrolar dos conflitos armados estimulou uma reavaliação das crenças e práticas políticas, abrindo a possibilidade para as novas propostas constitucionais” (BARROS, 2017, p.4). Contudo, o republicanismo inglês não poder considerado um movimento sólido, marcado pela uniformidade e pela sistematização de preceitos e teorias, uma vez que os pensadores que defendiam a solução republicana apresentavam diferentes propósitos, estilos, influências e perspectivas.

Seria mesmo em vão procurar uma teoria sistemática entre autores que partilhavam muito mais uma linguagem do que um programa político. Porém, é possível identificar nos seus escritos um quadro de preocupações, motivações e soluções comuns, que permite tratá-los em conjunto. (BARROS, 2017, p.5)

O primeiro movimento cujos pressupostos antecediam e até mesmo dialogavam com o ideal republicano foi o dos *levellers*. Este grupo tem as suas primeiras referências registradas na Inglaterra do século XVII, mais especificamente no ano de 1646, no final da primeira fase da guerra civil inglesa, que havia sido iniciada em 1642. O termo *leveller* era usado de maneira pejorativa pelos adeptos da causa monarquista para qualificar aqueles que reivindicavam um nivelamento social e econômico, na luta contra toda forma de hierarquia, que no campo religioso reflete a luta dos puritanos, que organizados eclesiasticamente de forma conciliar, combatiam a estrutura hierárquica e episcopal da Igreja Anglicana. Pode-se dizer que somente a partir de 1647, o grupo dos *levellers* pode ser claramente definido como uma

agremiação política, que se organizava em torno de alguns princípios, tais como: liberdade de consciência, tolerância religiosa, liberdade de expressão, ampliação do sufrágio, livre comércio, etc. Eles foram considerados pela historiografia como os primeiros democratas a defenderem explicitamente alguns elementos pré-figurativos do Estado democrático de Direito, tais como: o governo representativo, a necessidade de uma constituição escrita que pudesse proteger os direitos dos cidadãos, a inalienabilidade dos direitos e garantias fundamentais, a liberdade de expressão, a igualdade jurídica e o tiranicídio.

O primeiro movimento político moderno organizado em torno da ideia de soberania popular foi dos *levellers*. Eles foram os primeiros democratas que pensaram em termos, não do autogoverno participativo numa cidade-estado, mas do governo representativo num Estado-nação. Eles foram os primeiros que propuseram uma constituição escrita a fim de proteger os direitos dos cidadãos contra o Estado; e com uma concepção moderna de quais direitos deveriam ser inalienáveis: o direito ao silêncio e a um representante legal; a liberdade de consciência e do debate; o direito a igualdade diante da lei e de comércio livre; o direito ao voto e, quando diante de uma tirania, de revolução. (WOOTTON, 200, p.71)

As reivindicações dos *Levellers* contribuíram para a recepção dos ideais republicanos. Na Inglaterra conflagrada do século XVII, foram muitos os grupos políticos surgidos, além dos *Levellers*, havia também os *Diggers*. Apesar de concordarem em alguns pontos, os grupos eram bem distintos.

[Os *Levellers*] expressavam a perspectiva de pequenos proprietários de terras, de artesãos, de lavradores e da maioria dos agricultores da população. Eles se distinguiram claramente dos *Diggers*, que defendiam um programa comunista e, em 1649, começaram o cultivo comunitário de terras em St. George's Hill, próximo a Londres. Gerrard Winstanley, o líder dos *Diggers*, ampliou a concepção de liberdade dos *Levellers*, afirmando: 'Liberdade verdadeira existe quando um homem recebe seu alimento e sua subsistência, e isso está no uso da terra'. Os *Diggers* concordavam com os *Levellers* que trabalhadores que recebiam salários não eram livres; e eles chegaram à conclusão de que o trabalho assalariado deveria ser abolido. (HILL, 2012, p.142)

Como se pode perceber pelo excerto acima, o programa dos *Diggers* é muito mais radical que dos *Levellers*. Entre as reivindicações destes durante a Guerra Civil Inglesa, que podem ser agrupadas quando se analisa os vários panfletos produzidos na época, e que disseminavam o ideário burguês do grupo, pode-se destacar: julgamento e punição do rei, a abolição da Monarquia e da Câmara dos Lordes, dissolução da atual Câmara dos Comuns, a eleição de novos representantes

e sua renovação anual por meio do sufrágio universal. Os principais líderes e representantes dos *Niveladores* eram: John Lilburne (1614-1657), John Wildman (1621-1693) e Maximilian Petty (1583-1639). Contudo, com a ascensão de Oliver Cromwell, o movimento já não apresentava condições de prosperar; mas seus ideais foram de extrema importância na luta contra centralização estatal, na busca pela igualdade jurídica e pela igual participação dos cidadãos no processo político nacional. Duas semanas após a execução do rei Carlos I, John Milton publicou *The Tenure of Kings and Magistrates* (1649), em que ressaltava e trazia novamente à tona o tema do tiranicídio e o direito de resistência. Tais ideias já estavam presentes nos pensadores calvinistas chamados de monarcômacos. Milton afirmava que a soberania em termos políticos pertencia ao povo e que o poder exercido pelos governantes e magistrados era meramente delegado, ou seja, tratava-se de uma concessão dos governados, dos cidadãos. Para justificar o direito de resistência, o autor em questão defendia uma tese contratualista amalgamada com alguns aspectos da Teologia da Aliança, uma doutrina central para o pensamento cristão e amplamente divulgada entre os calvinistas.

Seguindo a opinião dos calvinistas exilados das décadas anteriores, Milton defende o direito político do povo de resistir ao governante que não cumprir com seu ofício e, se for necessário, destituí-lo pela força das armas. O título do panfleto já indica a condição fiduciária de reis e magistrados: eles não passam de delegados do povo, que é o verdadeiro detentor do poder político (...) Milton trata da origem do poder político. O seu ponto de partida é a tradicional descrição da condição natural dos homens, que seria a de total liberdade e independência: a fim de evitar a mútua destruição, em razão da violência que se originou com a transgressão de Adão, os homens teriam estabelecido uma aliança comum para se defender contra agressão recíproca e de qualquer um que perturbasse ou pusesse em risco seu acordo. Os primeiros acordos para a constituição da vida social se dariam em razão da proteção e defesa comum do que com o objetivo de instituir uma autoridade política. (BARROS, 2013, pp.140- 141)

Seguindo a tradição contratualista, os homens, a fim de garantir a ordem comum e evitar a parcialidade nos julgamentos, decidem estabelecer uma autoridade, um poder disciplinador. “A autoridade política foi estabelecida, assim, em razão dos perigos e inconvenientes de deixar a cada um o poder natural de determinar a justiça” (BARROS, 2013, p.141). Portanto, o poder de jurisdição do Estado é meramente delegado, pois os indivíduos concedem seu poder original de julgamento e punição dos transgressores do direito comum a representantes previamente eleitos e escolhidos de forma justa. Esse direito de jurisdição não é totalmente alienado, mas

simplesmente concedido aos representantes. Assim, o povo conserva e mantém a liberdade de reassumir tal prerrogativa quando desejar. (MILTON, 2005, pp.243- 244)

A obediência aos governantes não é absoluta, mas condicional ao cumprimento dos preceitos da lei e das obrigações contratuais originárias. Trata-se de um ideal que mais tarde seria denominado de “Supremacia da Constituição” ou “Superioridade da Lei”. Outro autor que se destacou na defesa de preceitos Republicanos foi Marchamont Nedham, que sustentou suas teses com base na obra *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio* de Nicolau Maquiavel. Entre 1651 e 1652, Nedham publicou *The Excellencie of a Free State*, um tratado cujas lições serviriam de instrução para o povo inglês acerca da melhor forma de assegurar a liberdade conquistada. Na primeira parte, o autor expõe as justificativas pelas quais o povo deve ser o verdadeiro detentor da guarda da liberdade, do exercício do poder.

Entre elas estão: o povo nunca pensa em usurpar os direitos dos outros, mas se preocupa em preservar os seus; cuida para que a autoridade política seja constituída em vista do interesse comum e objetive fins públicos; a corrupção causada pela contínua permanência das mesmas pessoas no poder é evitada com as assembleias populares renovadas periodicamente, que também previnem o surgimento de facções e a busca do interesse privado; o povo conhece o próprio bem e tem uma real preocupação com a liberdade, pois sabe a importância de mantê-la, instaura o império da lei, submetendo-se a elas de maneira espontânea, pois sabem que só elas garantem a liberdade diante do arbítrio; em razão da igualdade de condições entre os membros do governo popular, há poucas oportunidades para opressão e tirania. Cada uma dessas razões é sustentada a partir de exemplos históricos, às vezes de Atenas ou de Esparta, entre as cidades antigas, de Florença ou de Veneza, entre as contemporâneas, mas sempre recorrendo a Roma. O objetivo é provar a superioridade do governo do povo, às vezes denominado “governo pelo povo”, sinônimo de Estado Livre, por ter melhores condições de assegurar o exercício da liberdade. (BARROS, 2013, p.151)

Marchamont Nedham, através de uma análise histórica, pretendeu demonstrar a superioridade do regime democrático; os motivos pelos quais se deve adotar um modelo republicano; as razões que possibilitariam a prosperidade e durabilidade da República, bem como as justificativas que esclareciam o real motivo pelo qual a origem do poder político encontra-se no povo. O autor também procurava responder às objeções ao governo popular e demonstrava preocupações com a preservação da liberdade civil ao oferecer orientações ao povo para resguardar um ambiente estruturado em torno da defesa dos direitos fundamentais. Entre os diversos conselhos, alguns precisam ser frisados, dentre eles: fazer uso da liberdade com moderação, a fim de que ela não se transforme em licenciosidade; a escolha sábia e

prudente dos magistrados, para que os eleitos sejam eminentes na paixão e zelo pela liberdade; a instrução dos jovens nos princípios da liberdade; não tolerar mais reis ou qualquer outra forma de expressão do poder monárquico; não permitir que alguns cidadãos se tornem tão poderosos a ponto almejem um poder absoluto; manter o sufrágio universal e cuidar para que os princípios da legitimidade e da legalidade sejam respeitados pelas autoridades públicas (NEDHAM, 1565, pp.107-115). O autor James Harrington, em sua obra *The Commonwealth of Oceana* (1656), procurou demonstrar que a saúde do corpo político consistia no equilíbrio e na devida proporção entre o poder político e econômico. Para realização de suas ponderações e avaliações, o pensador se fundamentava na filosofia política clássica, sobretudo nos escritos de Platão, Aristóteles, São Tomás de Aquino e Cícero. Basicamente, os pontos defendidos por Harrington são: necessidade da lei agrária para fixar o equilíbrio entre domínio e propriedade; a necessidade da virtude enquanto dirigente do governo; a afirmação do princípio da legalidade, do “império das leis” e dos benefícios de um governo misto. Harrington era categórico em afirmar que a estabilidade de um bom governo dependia quase que exclusivamente da presença cumulativa de quatro grandes elementos: virtude, razão, prudência e a observância do bem comum (HARRINGTON, 1992, pp.18-19). Para justificar tal pensamento, o respectivo autor se valeu da linguagem platônica acerca do ser humano e do comportamento ético.

Mantendo-se na esteira dos sistemas éticos da antiguidade, Harrington acredita que quando a alma humana é conduzida pela paixão, tem-se o vício e a escravidão, resultando em vergonha para si mesmo e desprezo ou piedade dos semelhantes; já quando a alma é dirigida pela razão, tem-se a virtude e a liberdade, resultando em honra para si mesmo e autoridade frente aos semelhantes. Na tradicional metáfora do corpo político, o governo é então considerado a alma de uma nação, disputada também entre a razão e a paixão. Assim, se a liberdade de um homem depende do controle de sua alma pela razão e a ausência de razão o conduz à escravidão, a liberdade de uma nação depende de um governo conduzido pela razão; ou ainda, se um homem adquire autoridade quando age de maneira virtuosa, um governo adquire autoridade quando age de acordo com a virtude. Ora, a ação virtuosa de um governo depende de sua adequação às leis civis, que devem expressar a razão. (BARROS, 2017, pp.62-63)

O autor ainda ressalta que os atos administrativos públicos devem ser pautados pela lei natural e pelo interesse do todo, uma vez que o interesse da humanidade se sobrepõe ao interesse particular. “Se a razão não é outra coisa senão interesse, e o interesse do gênero humano é o reto interesse, então a razão do gênero humano deve ser a reta razão” (HARRINGTON, 1992, p.22). Tal ideia se encontrava

muito próxima dos escritos de Samuel Von Pufendorf (1632-1694); e no que concerne ao pensamento da lei agrária já mencionado acima, é possível traçar um paralelo com a filosofia de Thomas Paine (1737-1809).

Algernon Sidney (1623-1683) foi um dos autores que retomou o pensamento de Maquiavel para promover uma defesa do Republicanismo, apontando a superioridade do regime republicano sobre os demais, bem como a degradação moral e a corrupção promovidas pelo regime absolutista.

Sidney argumenta, como já havia feito Pieter de La Court em *The True Interest and Political Maxims, of The Republic of Holland* (1662), que os regimes monárquico e republicano estão fundados em princípios irreconciliáveis: a monarquia busca o interesse privado do monarca, enquanto a república, o interesse público. Carlos II, ao retirar suas máximas de governo dos exemplos dos tiranos, destruía a verdadeira religião, corrompia as leis e os juízes, criava costumes afeminados e empobrecia o povo inglês. Era, enfim, um governo que agia claramente contra o interesse público, e por isso tinha de ser combatido, se necessário pelo uso das armas. A resistência era não apenas legítima, mas fundamental. Legítima porque se tratava de uma clara autodefesa contra um transgressor do pacto no qual a sociedade humana estava baseada, agindo por meio da violência e da fraude. Fundamental em razão da defesa da liberdade, banida do reino pela submissão de todos à vontade arbitrária de um só homem. (BARROS, 2013, pp.165-166)

Sidney irá retomar o argumento de que a formação da sociedade civil não exclui a liberdade natural, mas apenas a restringe. Os homens, mediante a reta razão e em conformidade com os preceitos da lei natural, reconhecem a necessidade da vida em coletividade e da instituição do governo. A estruturação do Poder público tem como base o consentimento do povo, portanto o princípio finalístico dos atos do Estado deveria estar pautado no interesse comum. “O propósito do governo, revelado pela razão e enunciado pela lei natural, é proteger os direitos de propriedade, vida e liberdade daqueles que o instituíram. Por isso, o povo tem o direito de regular, limitar e direcionar as ações do governante” (BARROS, 2013, p.168).

A supremacia da República para Sidney repousa em três argumentos centrais, a saber: o sentimento compartilhado dos cidadãos de responsabilidade mútua perante a construção do bem comum⁴; o amor à pátria relacionado ao sentimento de pertencimento e, por fim, a redução dos distúrbios sociais, uma vez que as monarquias são assoladas constantemente pelas disputas pelo trono, ao passo

⁴ Em vista de um esclarecimento de conceitos, o termo “bem comum” será utilizado no presente artigo como o conjunto de bens, de valores e de condições sociais indispensáveis para o desenvolvimento integral do homem e da comunidade. Trata-se de um entendimento em conformidade com a Doutrina Social da Igreja, mais especificamente na encíclica *Pacem in Terris* (1963), do Papa João XXIII.

que nas repúblicas as magistraturas são concedidas aos mais virtuosos, eleitos pelo povo e respeitados pela população em geral (SIDNEY, 1996b, pp.217-251).

Por fim, os ideais do Republicanismo Inglês foram centrais na construção de uma mentalidade constitucionalista de limitação do poder público, da superioridade da lei, da proteção dos direitos e garantias fundamentais e, por fim, da centralidade da esfera pública⁵ na efetivação dos valores democráticos. Tais concepções guardam uma relação direta com a Revolução Americana e até mesmo com a própria Revolução Francesa, consideradas por muitos, como o berço valorativo do Estado de Direito.

3 O IDEÁRIO REPUBLICANO CONSTITUCIONALISTA E OS IDEAIS DE LIBERDADE

A história das ideias republicanas descrita no quadro da guerra civil inglesa do século XVII, precisa ser compreendida tendo como horizonte o ideal de liberdade, pois diante de real opressão de um poder despótico, fez-se necessário, naquele contexto, mobilizar tanto do ponto de vista teórico quanto das noções de praticidade, os princípios que fundamentavam a noção de liberdade de um povo. Hodiernamente, quando se fala em liberdade no campo filosófico, principalmente no contexto do século XX, deve-se necessariamente partir do ensaio do historiador das ideias, Isaiah Berlin (1909-1997). O ensaio intitulado: *Dois Conceitos de Liberdade*, publicado em 1958 e revisado em 1969, pautou todo o debate desde então. Vale ressaltar que os sentidos “positivo” e “negativo” de liberdade, analisados por Berlin, já apareciam em autores dos séculos XVIII e XIX. No ensaio já mencionado, pode-se dizer que o autor expõe e aprofundou os dois sentidos atribuídos ao conceito de liberdade, um que seria o sentido negativo (de não interferência). “Normalmente sou considerado livre na medida em que nenhum homem ou grupo de homens interfere em minha atividade. Liberdade política neste sentido é simplesmente a área em que um homem pode agir sem a obstrução de outros” (BERLIN, 1969, p.3). Este sentido negativo, que serviu de base para a tradição liberal, estaria presente em pensadores

⁵ Para Habermas, a esfera pública consiste no espaço referente ao exercício concreto da intersubjetividade dialógica e da ação comunicativa. Trata-se de uma arena de debate público em que os assuntos concernentes ao interesse comum são passíveis de discussão e as opiniões podem ser construídas, o que é indispensável para o participativismo democrático. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

como Locke, Benjamin Constant, Stuart Mill e Tocqueville. Vale ressaltar que este sentido de liberdade estaria presente também, por exemplo, em Hobbes, um inimigo declarado da tradição liberal, mas que partia da ideia de liberdade como ausência de oposição, ausência de impedimento ao movimento de um corpo, como descrito no capítulo XXI do *Leviatã*, intitulado da “Liberdade dos Súditos”. Hobbes assim registra sua noção de liberdade. “Liberdade significa, em sentido próprio, a ausência de oposição (entendendo por oposição os impedimentos externos do movimento)”. (HOBBS, 1999, p.171)

Já o sentido positivo de liberdade (como autodeterminação), segundo Berlin, poderia ser assim descrito, “O sentido positivo da palavra liberdade deriva do desejo por parte do indivíduo de ser seu próprio senhor. Eu desejo minha vida e decisões dependendo de mim mesmo e não de forças externas de qualquer tipo” (BERLIN, 1969, p.8). Pensadores desta linhagem filosófica, tais como Rousseau, Kant, Hegel e Marx, partilhavam da ideia de que havia uma essência humana, um valor supremo, uma espécie de monismo, para o qual os demais valores humanos deveriam convergir.

Apesar de ser reconhecidamente influenciado pelas divisões geopolíticas e ideológicas do contexto da Guerra Fria (SKINNER, 2002, p.264), o ensaio de Berlin, que claramente valoriza o ideal negativo em detrimento do positivo, este visto por ele como algo pernicioso, continua suscitando debates interessantes.

Numa análise muito interessante do ensaio de Isaiah Berlin, realizada a partir de vários artigos, o historiador Quentin Skinner, que insere-se na tradição de autores que tentam recuperar o conceito republicano de liberdade como uma teoria política distinta capaz de fazer frente ao pensamento liberal e ao pensamento socialista e comunitarista, apresenta uma espécie de terceira via à dicotomia apresentada por Berlin. Num artigo intitulado *A Third Concept of Liberty*, Skinner critica o ensaio de Berlin mostrando que há inconsistências nas teses apresentadas por este, apontando inclusive os autores que o teriam inspirado, como Bernard Bosanquet e T.H. Green, filósofos idealistas britânicos do final do século XIX, que propugnavam que a verdadeira liberdade do ser humano consistia em encontrar pela razão sua verdadeira finalidade, sendo a liberdade para eles o resultado de um esforço moral. A luta de Berlin contra os pressupostos monistas morais e metafísicos destes autores e a luta contra os regimes totalitários dos seus dias, ainda por serem plenamente compreendidos naquele contexto, fizeram com que Berlin assumisse uma posição

amplamente favorável ao sentido negativo de liberdade, mas Skinner pensava ser possível romper a duplicidade de sentidos de liberdade apresentada por Berlin, então ele apresentou aquilo que seria uma terceira via, uma terceira maneira de compreender a liberdade, mesmo que esta acolhesse algum tipo de restrição. Para Berlin, seria este ideal de liberdade que teria inspirado os levantes contra o absolutismo inglês no século XVII.

Segue-se que, se estamos preparados para conceder que a liberdade pode ser limitada pela coerção, não podemos excluir que ela também possa ser limitada pela servidão, ou pelo menos não com base no fato de que a restrição envolvida é meramente autocontrole. A exploração desse argumento tornou-se uma das principais preocupações dos escritores clássicos que destaquei. Se voltarmos a Salústio, e acima de tudo a Tácito, os encontraremos oferecendo uma análise agonizante do impacto psicológico de escorregar para o estado de sujeição ao poder arbitrário. Foi essa análise que, por sua vez, exerceu talvez a influência mais formativa sobre os cavaleiros democráticos que desafiaram o governo de Carlos I e instituíram a primeira e única república inglesa. Tão longe. (SKINNER, 2002, p.257)

O ideal de liberdade que está no horizonte de Skinner é o da corrente republicana, que ele passará a denominar de corrente neorromana de liberdade em virtude do seu enraizamento em categorias do direito romano. Atento a todas as críticas que os sentidos de liberdade proporcionaram ao longo do século XX, desde a publicação do famoso artigo de Berlin, Quentin Skinner, num outro artigo, intitulado *The Paradoxes of Political Liberty*, aponta elementos paradoxais dos sentidos de liberdade.

De acordo com Skinner, o pressuposto de que a ideia de liberdade é essencialmente negativa teria então levado os autores liberais a considerar duas proposições, enunciadas no debate político contemporâneo, como paradoxais ou, no mínimo, contraditórias. A primeira vinculada com o autogoverno, ao supor que só é possível ser livre por meio da participação política; e, por isso, os cidadãos devem cultivar virtudes necessárias para o cumprimento de suas obrigações cívicas. A segunda proposição associa liberdade com constrangimento legal, ao inferir que muitas vezes é necessário que os cidadãos sejam coagidos pela lei a cumprir com seus deveres cívicos, já que eles não fazem de maneira espontânea. Ora, na perspectiva liberal, seria um equívoco falar que a liberdade exige o engajamento cívico, uma vez que ser livre é não estar submetido a qualquer forma de obrigação; e seria um absurdo ainda maior dizer que a coerção legal pode tornar o cidadão livre, visto que a liberdade é caracterizada pela ausência de constrangimento. Assim, as duas proposições deveriam ser removidas do debate político, porque convertem a ideia de liberdade em algo diferente do que ela realmente significa. (BARROS, 2020, p. 78)

Sem dúvida, os paradoxos percebidos pelos liberais, quando conectam liberdade e autogoverno e liberdade e constrangimento legal, são reais (cf.

SKINNER, 1984, pp.229-230) e persistentes quando analisados numa chave interpretativa de liberdade negativa, mas desaparecem quando compreendidos numa perspectiva positiva de liberdade, contudo, Skinner reconhece que há grandes obstáculos para se implantar o ideal de liberdade positiva na contemporaneidade, pois o monismo metafísico e moral que embasa tal concepção, foi praticamente destruído, mostrando que o ideal de liberdade positiva é algo inadequado para o mundo atual que preza pelo pluralismo de ideias e por formas diversas do exercício da liberdade.

Skinner então se põe a perguntar se não haveria uma concepção negativa de liberdade que fosse capaz de acolher as proposições paradoxais (a participação política e o constrangimento legal) e encontra a teoria da liberdade pautada no republicanismo, tese esta derivada da filosofia moral romana, defendida por homens como Tito Lívio, Salústio e Cícero). Segundo Skinner, esta perspectiva de valorização da *Res-Publica*, no sentido mais puro da expressão, já estaria presente em autores como Maquiavel, em seus escritos republicanos, especialmente nos *Discursos sobre a Primeira Década de Tito-Lívio* (1531), nos pensadores ingleses do século XVII, que na luta contra entre o Parlamento e a Monarquia Absolutista dos Stuart, valeram-se do mesmo para justificar a *Commonwealth*. De fundamental importância neste carreadouro é o clássico de James Harrington, *The Commonwealth of Oceana* (1656), onde este pensador republicano promove uma crítica muito consistente ao *Leviatã* de Thomas Hobbes. Além disto, pode-se dizer que estes ideais republicanos também se fizeram presentes na Independência das Treze Colônias Britânicas da América do Norte em sua luta por independência e também entre os opositores do absolutismo monárquico na França setecentista.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O importante para nossa argumentação neste trabalho é perceber que esta noção de liberdade desenvolvida no pensamento republicano, que estimula a participação política e o constrangimento legal, ou seja, através da força da lei, é algo que está na base do constitucionalismo que chegou até os nossos dias. Esta corrente republicana (neorromana ou neorrepublicana) que pensa a liberdade a partir da participação política dos indivíduos e da coerção legal em nome do benefício coletivo e em prol da saúde do corpo político, e que organiza e atualiza a coisa pública, está na base da estruturação teórica do constitucionalismo. Recuperar esta longa trajetória

das lutas que foram travadas em nome da liberdade para a construção do mundo contemporâneo é de alguma forma, uma maneira de preservar a própria liberdade dentro dos espaços de ação da democracia representativa. Os códigos do Direito Positivo e o Estado Democrático de Direito são consequências de todas as lutas teóricas e práticas em torno do ideal de liberdade.

Os princípios republicanos estão sendo retomados para a estruturação de uma argumentação em prol da cidadania ativa e do participativismo como instrumentos de efetivação do bem comum, do interesse geral e, em última instância, do próprio princípio da dignidade da pessoa humana. O republicanismo, como corrente de pensamento não monolítica, analisa a liberdade de um povo não somente no aspecto da mera não-interferência às ações individuais, mas numa perspectiva holística, capaz de abarcar valores comunitários e indispensáveis para o desenvolvimento integral dos homens na vivência social. Destarte, a consciência do aprimoramento da esfera pública pressupõe o compromisso com uma liberdade não somente como um direito, mas, sobretudo, na qualidade de um dever. Tal consciência, para ser bem construída, exige uma retomada dos pressupostos das teses monarcômicas e da matriz republicana inglesa.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves de. “Matriz Inglesa”. In: **Matrizes do Republicanismo**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013. p.127-174.

BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves de. **Republicanism inglês: uma teoria da liberdade**. São Paulo: Discurso Editorial- FAPESP, 2015.

BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves de. **Ensaio sobre o Republicanismo Inglês: A liberdade no pensamento político moderno**. Novas Edições acadêmicas, 2017.

BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves de. **O Conceito de Soberania na Filosofia Moderna**. São Paulo: Edições 70, 2019.

BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves de. **Liberdade Política**. São Paulo: Edições 70, 2020.

BERLIN, Isaiah. “Two Concepts of Liberty”. In: **Four Essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969, p.118-172.

BIGNOTTO, Newton (Org). **Matrizes do Republicanismo**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013.

BRAUDEL, Fernand. "História e Ciências Sociais. A longa duração". Revista de História. Ano XVI, Vol XXX, n.62, abril a junho de 1965. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9141.rh.1965.123422>

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

HARRINGTON, James. **The Commonwealth of Oceana and A System of Politics** (ed. J.G.A. Pocock). Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

HILL, Christopher. **O século das revoluções 1603-1714**. São Paulo: UNESP, 2012.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. Coleção Os Pensadores.

MILTON, John. "A tendência dos reis e magistrados". In: **Escritos Políticos**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

NEDHAM, M. **The Excellencie of a free State**. London, 1656, disponível no sítio <https://www.constitution.org/cmt/nedham/free-state.htm>.

SIDNEY, Algernon. **Discourses concerning government**. Indianapolis: Liberty Fund, 1996.

SILVA, Ricardo. **Visões da Liberdade**: Republicanismo e liberalismo no debate teórico contemporâneo. *Lua Nova*, São Paulo, n.94, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SKINNER, Quentin. "The Paradoxes of Political Liberty". **The Tanner Lectures on Human Values**. Harvard University, 1984, pp.227-250.

SKINNER, Quentin. **Liberdade antes do Liberalismo**. São Paulo: UNESP, 1999.

SKINNER, Quentin. "A Third Concept of Liberty". **Proceedings of the British Academy**, n.117, 2002, pp.237-268.

SKINNER, Quentin. **Hobbes e a liberdade republicana**. São Paulo: UNESP, 2010.

VOGT, Débora Regina. **Os clássicos como nossos guias: antigos e modernos na construção da república em Oceana de James Harrington**. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2019.

WARD, Lee. **Rethoric and Natural Rights in Algernon Sidney's Discourses Concerning Government**. Interpretation, n.2, 2001, p.119-145.

WOOTTON, D. **The Levellers.** In: **Dunn, John. Democracy: the unfinished journey.** Oxford: Oxford University Press, 2000.

WORDEN, Blair. **Marchamont Nedham and The Beginnings of English Republicanism,** 1649-1656. In: Wootton, David (ed). **Republicanism, Liberty and Commercial Society.** California: Stanford University Press, 1994, p.45-81.

ANÁLISIS SOBRE LA RAZONABILIDAD EN LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES⁶

HERNÁNDEZ, Joe Caballero⁷

RESUMEN

Este artículo es producto de una investigación realizada con el objetivo de analizar los fundamentos y críticas que se surten sobre el uso del control de constitucionalidad aplicando el principio de razonabilidad por parte de los tribunales constitucionales. Esta discusión surge en los ámbitos académicos por la posición contra mayoritaria que tienen los jueces constitucionales en la actualidad, ya que, el poder que consignan puede ser apreciado de forma imperativa o racional dependiendo del enfoque ideológico en el que se analice. Por consiguiente, analizaremos estas críticas y brindaremos soluciones viables para mejorar el modelo del control de constitucionalidad y el concepto de razonabilidad.

ABSTRACT

This article is an investigation carried out with the objective of analyzing the fundamentals and criticisms that are made about the use of the judicial review applying the principle of reasonableness on the part of the constitutional courts. This discussion arises in academic circles because the position against the majority that constitutional judge currently have, since the power they consign can be assessed imperatively or rationally depending on the ideological approach in which it is analyzed. Therefore, we will analyze these criticisms and provide viable solutions to improve the judicial review model and the concept of reasonableness used by constitutional courts.

PALABRAS CLAVES

Racionalidad judicial, Razonabilidad, voluntad contra mayoritaria, amicus curiae, control de constitucionalidad.

KEYWORDS

Judicial rationality, Reasonableness, will against majority, amicus curiae, judicial review.

⁶ Este artículo es producto de una investigación realizada en el desarrollo de la maestría en derecho de la universidad de Cartagena, efectuada en un lapso de dos años con recursos propios, bajo la asesoría del director de Tesis Dr. Yezid Carrillo de la Rosa, Email: yezidcarrillo@hotmail.com, y la asesoría del Dr. Josep Joan Moreso de la Universidad Pompeu Fabra en Barcelona, España. Email: josejuan.moreso@upf.edu ; en el curso de una Estancia de Investigación Pre-doctoral en la misma Universidad, financiada por la Universidad de Cartagena.

⁷ Abogado y Magister en Derecho, Universidad de Cartagena. Integrante y coordinador del grupo de investigación: *Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales Phronesis*. Email: jocaballeroh@hotmail.com

1 INTRODUCCIÓN

En el nacimiento de los Estados de Derechos modernos el principal avance ideológico generado, tanto por la Revolución Norteamericana como la Revolución Francesa, fue indudablemente la derrota del poder absolutista mediante la creación del Estado, la concreción de Derechos al individuo y la división de los poderes públicos. Idea que se mantiene hasta nuestros días. En donde el *poder judicial*, puramente técnico, ejercido por jueces profesionales e independientes tendría el papel de aplicar del derecho dictado por el órgano legislativo.

Sin embargo, es importante resaltar que a pesar de tener esta idea principal como eje central en la construcción de los Estados modernos, existe una transformación funcional del papel judicial en mitad del siglo XX en todo el derecho de occidente, con la acotación de que Norteamérica ya tenía esa funcionalidad desde principio de siglo XIX, esta función consiste en ejercer una revisión constitucional de todas las leyes del Estado de Derecho. Dándole desde esta perspectiva una supremacía al poder judicial. Con esto, se han desbordado una serie de críticas sobre este nuevo papel supremo, en el que se considera que los jueces sentencian los casos constitucionales en contra de la mayoría democrática. En esta investigación demostraremos que a pesar de las críticas trascendentales que vamos a exponer, también existen mecanismos institucionales, que proponemos analizar, para resolver esas refutaciones. Esto lo haremos, mediante una metodología analítica-descriptiva y critico-constructivista. Desarrollando una explicación del nuevo papel judicial; explicando el uso del control de constitucionalidad, la racionalidad judicial y las críticas que surgen de ambas; y por último, las soluciones institucionales con mejor contenido epistemológico que ayuden a resolver estas críticas.

2 APROXIMACIÓN AL CONTEXTO JUDICIAL

Mientras en el *Common Law*, específicamente en Norteamérica, a principios de siglo XIX con la famosa sentencia *Marbury vs Madison*, efectuada por el Juez John Marshall, se desarrolla la *Judicial Review* o sistema control de constitucionalidad sobre el poder legislativo como mecanismo de freno y contrapeso para solucionar un problema político entre partidos políticos de la época (Gargarella, 2012), en el *Civil Law* o derecho continental, con tradición francesa que se expandió

por toda Europa y Latinoamérica, nunca se ejerció este tipo de control hacia el legislador hasta mitad del siglo XX. La idea surge con el famoso debate académico entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, como una forma de solucionar la crisis político institucional que agitaba a Europa por entonces, y en particular, como un agudo diagnóstico de la compleja coyuntura que atravesaba el Reich Alemán bajo la constitución de Weimar (Gasio, 1995, pág. 12).

Tanto Kelsen como Marshall legitiman el papel de los jueces para ejercer el control de constitucionalidad. El primero apela a que el tribunal constitucional puede realizar debates jurídico-políticos y conceptuales sobre las controversias constitucionales para resolver las indeterminaciones del derecho con el objetivo de garantizar la coherencia del sistema (Kelsen, 1995). Mientras que el segundo, consideraba que los tribunales, en el caso Norteamericano la Corte Suprema Federal, son los únicos en decidir cuál es el significado de la constitución porque son los únicos capacitados para interpretar la ley constitucional que se encuentra por encima de las leyes ordinarias (Kramer, 2011).

No obstante, según las justificaciones de Marshall, si vedamos a los jueces de la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley, esto nos conduce a que la constitución pueda ser una ley no válida. Es decir, Marshall se refiere a que los intentos por limitar a los jueces en sus funciones constitucionales generarían una pérdida de validez u obligatoriedad de la constitución, lo cual, convertiría a la constitución en un juguete vistoso en materia jurídica (Nino, 1989). Sin embargo, para asumir este supremo papel de interpretar a la constitución se necesita verificar las normas de competencia que establece la misma constitución, en términos de Kelsen, normas que se refieren a ciertos órganos, procedimientos, y en muchas ocasiones, a ciertos contenidos.

Por lo menos en materia de procedimientos y órganos, en el sistema de control de constitucionalidad concentrado (modelo Austriaco) donde el tribunal constitucional, y solo este órgano, ejerce su evaluación mediante actuación de parte, por una acción o incidente de guarda de la integridad de la constitución, en el cual, cualquier organismo del Estado realiza la petición para la revisión de la ley, están expuestas todas las normas a ser inconstitucionales si no es solicitada por un órgano legitimado. Mientras que en el sistema de control constitucional difuso (Modelo Norteamericano), la inconstitucionalidad no se declara de oficio sino que se debe declarar a pedido de parte interesada, ya sea del Estado o de cualquier particular, y

ser resuelto el conflicto de inconstitucionalidad entre cualquier norma y la constitución. Esto lo puede realizar cualquier juez tanto ordinario como un tribunal constitucional especializado y, por si fuera poco, al igual que en el sistema concentrado, se estudia el caso en concreto (Barrios, 2017).

Por otra parte, en los sistemas mixtos donde cualquier persona puede demandar a una norma como inconstitucional ante cualquier instancia judicial, al igual que en el sistema difuso pero con la legitimación del tribunal constitucional como órgano de cierre, el supremo papel de los jueces se ha configurado y ha sido implementado en la mayoría de los Estados de Derecho actuales, sobre todo en Latinoamérica, para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes.

Sin embargo, existen muchas normas que siguen siendo vinculantes para los ciudadanos en el Estado, y que muy a pesar de que también puedan ser consideradas inconstitucionales, sin haberlas declarado, siguen teniendo vigencia. Este fenómeno se presenta porque la declaración de inconstitucionalidad se configura después de la demanda y revisión del órgano judicial, tal como en el sistema mixto que es el más usado en Latinoamérica, y además se declara el caso en concreto, mas no en abstracto. Es decir, una ley antes de ser declarada inconstitucional puede estar vigente en el sistema normativo y continúa teniendo efectos vinculantes en el sistema, lo que refleja que la validez jurídica no puede ser suficiente para que exista una norma.

De hecho, la validez jurídica se pierde con esta tradición constitucional porque precisamente la fiabilidad de creación normativa que se tenía sobre el legislador se pone en duda, debido a que, su función discursiva o deliberativa, previa a la creación de la ley, tiende a ser muchas veces motivada por intereses particulares y no intereses que le convienen a la mayoría (Habermas J. , 2005).

Por lo tanto, al igual que el legislador en sus *travaux préparatoires* (trabajos preparatorios) necesita de una justificación para la respectiva validez jurídica de las normas, los jueces en su *Judicial Review* necesitan de una justificación evidentemente de tipo valorativo o moral. O en otros términos expuestos por Habermas, los jueces poseen sus propias pre-concepciones herméticas de justificación (Habermas J. , 2005). Lo que nos lleva a creer, la mayoría de las veces, es que más que los procedimientos y órganos que ejercen este tipo de control sobre las leyes, son los contenidos lo que le pueden dar la legitimación y validez como aceptación de las normas que crean los jueces en función constitucional. Este aspecto

es el que pretende analizar este ensayo bajo el estudio del principio de razonabilidad como método epistemológico de uso por parte de los jueces.

Si llegamos a percibir, por ejemplo, que el contexto en el que se desarrolla este diseño institucional impera un ambiente pleonexico o rapaz, donde se ha debilitado la relación entre el Estado, la sociedad y el orden jurídico; debido al sistema neoliberal de privatización de servicios públicos y consolidación de unas elites sociales ajenas al Estado, y además; también se mantiene en el Estado un sistema de alta burocratización Estatal que pueden llegar a corromper la función publica y mantener en una actitud servil a la ciudadanía para brindarle algunos derechos mediante actuaciones administrativas irracionales. Si tan solo llega a suceder este tipo de contexto, la justificación de los jueces puede ser muy perjudicial para la democracia y para la coherencia del mismo sistema jurídico, a tal punto, que hasta el mismo órgano judicial incurriría en justificaciones irracionales y potestativas por presión de estas elites hegemónicas que provienen de la Burocratización y de la Privatización del Estado.

Estas posibilidades fenomenológicas que suelen presentarse en los Estados de Derecho del siglo XXI, u otras similares que puedan ser planteadas, de inmediato generan dos consecuencias con respecto al contenido de justificación de los tribunales: una falta de legitimidad en su interpretación constitucional y una actitud paternalista frente a la sociedad a la cual recae la “racionalidad” o “razonabilidad” de sus sentencias.

Lo que quiero resaltar con estas críticas es que, en realidad, a pesar de que existen múltiples teorías respetables sobre la interpretación constitucional, en definitiva no creo que exista, desde un punto de vista lógico, esa interpretación para ejercer el control de constitucionalidad sobre las leyes. Lo que en realidad creo, es que existen consideraciones valorativas tanto políticas como morales. Al igual que otros autores como Alchourrón (2000), Nino (1989) y Gargarella (2012).

3 RACIONALIDAD EN LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Uno de los autores más reputados con respecto a la teoría de la interpretación constitucional es el Estadounidense Ronald Dworkin. Este ha realizado una división conceptual con respecto a la justificación o tipo de razones que se dan en el ámbito jurídico que me parece importante analizar. Por un lado, el autor explica

que existen razones por medio de fines u objetivos sociales que defienden los derechos colectivos, y por otro lado, las razones por medio de principios que defienden los derechos individuales (Dworkin, 2002). Dworkin recurre a esta distinción de razones para hacer también la división entre el ámbito del poder político y el ámbito del poder judicial. El autor se refiere a que en el ámbito del poder político el legislador utiliza razones con fines u objetivos sociales para deliberar y desarrollar la normativa del Estado, mientras que en el ámbito judicial, en el caso de encontrar casos difíciles (Dworkin, 2002) o complejos (Bulygin, 2003), en los cuales, los jueces que no pueda resolver un problema jurídico les corresponde apelar a las razones por principios para realizar la respectiva interpretación constitucional, con el propósito de garantizar los derechos individuales. De hecho, Robert Alexy, otro reputado filósofo del derecho alemán que defiende esta tesis de razones mediante principios, y que además, configuro la metodología para usarlos mediante la técnica de ponderación constitucional, respalda esta posición y es la base teórica conceptual que utilizan muchos jueces para realizar el control de constitucionalidad (Alexy, 1997).

Sin embargo, es importante resaltar que no debería existir esta división conceptual sobre el uso de las razones en el ámbito judicial, ya que muchas veces, en el plano constitucional, no se tiene certeza si estamos frente a un derecho individual o ante derechos colectivos. En efecto, muchas de las sentencias de los órganos de cierre, o tribunales constitucionales, en los sistemas de control mixto (que es el sistema que más quiero enfatizar porque es el más aplicado en la práctica) son sentencias erga omnes, es decir, rigen para todo el mundo. Si los tribunales constitucionales evalúan casos particulares para resolver un problema específico, todas las personas a las cuales pueda beneficiar la sentencia constitucional pueden necesitar de la *ratio decidendi* del caso y no serían entonces solamente razones mediante principios las que necesite justificar el juez sino también razones mediante fines y objetivos sociales, porque entonces se estaría omitiendo derechos a los demás ciudadanos que presentan los mismos elementos facticos.

Los derechos sociales pueden verse desde esta perspectiva como una prolongación de los mismos derechos individuales o fundamentales, que tal vez, por razones políticas, ajenas al contexto social, el legislador allá omitido garantizar.

Lo expuesto no puede significar que necesita haber una exclusión por parte de los jueces, los cuales son elites sociales (Hart Ely, 1997) (Nino, 1992) (Gargarella, 2012), para garantizarle los derechos individuales a quienes ejercen la

acción constitucional en contra de los derechos colectivos de la mayoría. ¿Por qué dar privilegios al que acciona en defensa de sus derechos y omitir a los que no pueden defenderse?

Si los tribunales constitucionales solamente utilizan principios jurídicos o morales seleccionados mediante el método de ponderación con el propósito de garantizar la coherencia del sistema jurídico (Alexy, 1990) bajo el manto de la racionalidad judicial a un caso en particular, entonces estaría incurriendo en soluciones contra mayoritarias. Desde esta perspectiva, es cierto entonces que los jueces no tienen la legitimidad democrática porque; la ponderación de principios, en realidad, es una competencia que la constitución siempre le ha otorgado al legislador (Forsthoff, 1975), debido a que, es una actividad meramente política, en la cual, los tribunales carecen de legitimación popular directa para ejercerla (Aleinikoff, 1987), por lo tanto, no poseen la conmensurabilidad de la sociedad para elegir principios o políticas certeras (Frantz, 1963).

4 APELACIÓN A LA REFORMULACIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Recordemos, por otra parte, que los Estados de derecho se crearon para garantizar la democracia y respetar la soberanía del pueblo, que reside en el individuo (Rousseau, 1988), y elige unos representantes para que plasmen en las leyes la voluntad general (Montesquieu, 1906). Si la justificación de la democracia es la soberanía popular, entonces las únicas ramas del poder capaces de concretar la voluntad general son el ejecutivo y el legislativo, más aun el legislativo porque son un grupo amplio de representantes con diferentes matices de la sociedad elegidos directamente por el pueblo, a pesar de estar en un contexto pleonómico. Luego entonces, el órgano judicial es una elite social que se ha desarrollado para interpretar al legislativo, es decir, una rama del poder que es elegida de forma indirecta ¿Cómo puede tener, entonces, la capacidad para anular la voluntad de las mayorías mediante el uso del control de constitucionalidad, y además de eso, seleccionar mediante su “racionalidad” los principios que deben prevalecer en los casos difíciles que interesen a todos los individuos de la sociedad?

La idea no es resaltar o ahondar en el concepto de soberanía ni en el de voluntad popular, porque me parece que se alarga la discusión y puede contener una

gran dosis de ambigüedades dependiendo del teórico en el que nos enfoquemos. Lo importante es verificar si la “racionalidad”, o mejor aún, la “razonabilidad” de los jueces epistemológicamente puede ser mejorada para eliminar toda esta serie de interrogantes y críticas en contra de la función judicial con el uso del control de constitucionalidad.

Por ejemplo, la Corte Suprema Norteamericana en especial la famosa corte Warren, entre los años 1954 y 70, se caracterizó por emitir sentencias con alto grado de activismo judicial y progresismo político desde una perspectiva liberal, utilizando la teoría del *derecho viviente* de la constitución política, debido a que, debía ser más receptiva a todas las necesidades sociales (Post, 2013). En efecto, una de sus sentencias más famosas fue el caso *Brown vs Board of Education*, en el cual, los magistrados solicitaron una “reforma estructural” como medida para terminar con la discriminación racial, y ordeno a los órganos administrativos competentes como debía hacerlo.

La “reforma estructural” fue usada en varios casos ordenándoles a los órganos administrativos que tomaran las medidas necesarias para garantizar los derechos individuales, de esta manera en específica como derechos colectivos, que estaban siendo violados por acción u omisión de las elites norteamericanas que se encontraban en la administración. Esta interpretación de la constitución mediante la teoría del *derecho viviente* es lo que Dworkin conceptualiza como la lectura moral de la constitución y es realizada mediante principios morales o políticos, seleccionando una única respuesta correcta al problema del contexto social (Dworkin, 2004). Pero, a pesar de que la corte Warren ejerció un papel positivo de avanzada en la sociedad Norteamericana, después de ser muy conservadora para la época, garantizando derechos individuales de forma colectiva, precisamente de esta interpretación surge la mayor crítica en el contexto académico-intelectual con las posibilidades de buscar otros modelos epistemológicos de interpretación constitucional.

Uno de los primeros académicos Norteamericanos que salió en ataque a la Corte Suprema fue el autor Alexander Bickel, con la tesis de la *voluntad contra mayoritaria* por parte del alto tribunal. Bickel consideraba que los jueces utilizaban el uso de los principios constitucionales como defensa al modelo de revisión judicial, que en la realidad, pueden ir en contra de postulados normativos de la mayoría democrática, y esto, puede llegar a ser bastante desestabilizador para el Estado, con

lo cual, no se debía interpretar de esa manera la constitución y el contexto político del momento para garantizar los derechos (Bickel, 1978).

Esta perspectiva crítica de Bickel nos muestra una actitud paternalista por parte de los órganos judiciales. El concepto de paternalismo lo podemos entender desde la concepción de Zimmerling como una forma de afectar intencionalmente un estado de cosas tanto en las creencias empíricas como normativas de la sociedad, Esta labor puede ser ejercida por influencia o por coacción, pero se asimila cuando el ejercicio del poder se realiza con coacción o violencia (2005). En este contexto en particular, podemos decir que su atribución paternal no fue creada de forma violenta, sino que se consagro en el marco de una constituyente, es decir, fue creada por el constituyente primario para ser ejercida por un grupo selecto de personas que obligan con sus decisiones a una sociedad. Desde esta perspectiva, es evidente que la actitud paternal es auto impuesta por la misma sociedad. Al respecto, algunos autores se acoge a la idea de que las constituciones son mecanismos de pre-compromisos elaborados por el cuerpo político con el fin de protegerse a sí mismo contra su previsible tendencia a tomar decisiones imprudentes (Elster, 2002) (Laporta, 2001) (Alemany, 2005) (Sunstein, 1993). Es decir, el constituyente se auto ata por miedo a los fenómenos futuros que puedan existir en la sociedad, cohibiendo evidentemente la racionalidad y el ejercicio de las futuras generaciones democráticas. Pero para salir de este estado auto impuesto, entonces, es necesario apelar a soluciones institucionales para mejorar el control de constitucionalidad.

5 SOLUCIONES INSTITUCIONALES PARA REFORMAR EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Por un lado, Bruce Ackerman, intentando brindar opciones democráticas a la función judicial, consideraba que existen dos formas de ejercer las decisiones políticas: Las primeras decisiones son las ejecutadas por el constituyente primario que se expresan por medio del dictado de la constitución, de sus reformas y de otras decisiones igualmente trascendentales. Las segundas decisiones están basadas en las ejecutadas por los representantes del soberano, es decir el pueblo, ya sea, el gobierno o el legislador, las cuales, se expresan mediante las leyes promulgadas (Ackerman, 1991). Para el autor, las decisiones del primer tipo son muy inusuales. Para que se concreten se necesita una enorme movilización social, debates amplios

sobre alguna temática en específica, marchas y constante confrontación de ideas, para que exista una influencia verdadera en los órganos del poder para solucionar una problemática social de carácter trascendental.

Mientras tanto, el segundo tipo de decisiones son más normales o rutinarias y hacen parte de la política diaria de una sociedad organizada. Los representantes intentan satisfacer los intereses de la ciudadanía, dictando leyes y haciéndolas cumplir. No obstante, los representantes de la ciudadanía no tienen autoridad para revocar las más sustanciales expresiones de la ciudadanía, que se reflejan en las primeras decisiones. Tanto el gobierno como el legislador, pueden tomar múltiples soluciones con respecto a los intereses de la ciudadanía, pero en lo que concierne a decisiones netamente trascendentales que soslayan en la esfera constitucional no pueden intervenir (Ackerman, 1991). No obstante, los jueces son los intermediarios entre la decisión de la ciudadanía y la creación normativa de carácter constitucional. Pero no como interpretadores de la constitución del pasado, sino como adaptadores de las ideas constitucionales de la carta magna adecuándolas al contexto, para decidir en base a lo que expone la ciudadanía. Desde esta perspectiva, la tesis de la *voluntad contra mayoritaria* de la autoridad judicial se pierde y se enfoca en una posición más democrática y coherente con el sistema normativo.

Pero con el planteamiento de Ackerman siguen existiendo una serie de cuestiones. Entre estas, ¿Cuál sería el método epistemológico más viable por parte de los jueces para proteger las decisiones de la ciudadanía? Tal vez, el autor John Hart Ely tuvo un planteamiento más cercano para responder este interrogante, aseverando que la función de la corte debe quedar limitada solo a procedimientos más no a decisiones acerca de valores, ya que, los órganos democráticos son los más aptos y legitimados para pronunciarse acerca de cuestiones valorativas. La constitución está dedicada a la estructura y planificación de los diferentes actores institucionales tales como: el gobierno, el congreso, el poder ejecutivo, el poder judicial, con sus respectivas funciones, competencias y procesos de selección para desempeñar estas funciones. A pesar, de denotar *a priori* que existen disposiciones destinadas a asegurar resultados concretos, en realidad estas disposiciones están basadas en mayor medida a procedimientos para la concreción de los valores constitucionales en la práctica. Aunque, definir a la constitución como un documento que expone las cuestiones procedimentales no implica aseverar que se desentienda de los problemas valorativos. De hecho, los procedimientos y las estructura orgánica

del Estado están propuestos para asegurar que los valores constitucionales puedan ser sujetos de la decisión colectiva para que todos puedan discernir sin discriminación alguna (Hart Ely, 1997).

Ely considera que los jueces son como árbitros que controlan la aplicación de los procedimientos constitucionales, similar a lo planteaba Ackerman, tanto en los casos en que los ciudadanos demandan porque los representantes se encuentran creando normas motivados por sus propios intereses, como en los casos en que se demandan para que las mayorías ciudadanas puedan oprimir a las minorías. Su actuación, supuestamente, debe basarse solamente en intervenir cuando se presume que existan maniobras abusivas del poder. Por lo anterior, propone dos tareas principales que tienen que cumplir los jueces constitucionales. La primera está basada en poner al servicio de la ciudadanía sus conocimientos sobre la constitución para asegurar que la decisión que se tome sea resultado de un verdadero proceso reflexivo social. Por otro lado, la segunda tarea es la de proteger a los ciudadanos de los intereses de sus representantes al pretender manipular las decisiones, en defensa de los verdaderos intereses de la mayoría democrática (Hart Ely, 1997). Similar a Ely, Mark Tushnet intenta aportar un método de revisión judicial dialógica, la cual, consideraría alentar, también, interacciones dialécticas entre las distintas ramas del poder para encontrar entre las distintas posiciones interpretaciones razonables cual es la más acertada al canon constitucional y al contexto (2014).

Pero a pesar de las críticas y aportes de los autores, más destacados en la materia, ¿Cuál sería el método epistemológico que permita estos consensos dialógicos, es decir, cuál sería el procedimiento para dialogar las cuestiones trascendentales y resolver los casos difíciles con ánimo de garantizar los derechos individuales en clave colectiva de la ciudadanía adecuándolo al contexto? Evidentemente tiene que ser un dialogo abierto, que incluya principios y fines u objetivos políticos colectivos de todos los participantes, también el conocimiento de los hechos relevantes sobre la temática, que forme coaliciones mayoritarias necesarias para tomar una decisión correcta, sin límites y apegándose a lo razonable y al sentido común (Nino, 1989). Esto se puede conseguir mediante la ampliación del mecanismo del *Amicus Curiae*.

6 LA RAZONABILIDAD Y EL *AMICUS CURIAE*

El concepto de razonabilidad lo han usado los tribunales para explicar la discusión de razones ejercidas por los magistrados para resolver un caso en concreto, es decir, una razonabilidad que debemos considerar en estricto sentido, mientras que la razonabilidad que a la cual se debe apelar para mejorar el componente epistemológico del control de constitucionalidad es una razonabilidad más amplia.

Según la posición del autor Juan Carlos Bayón existe en los jueces dos tipos de discrecionalidad: una discrecionalidad en sentido débil, la cual es, cuando a un funcionario judicial le corresponde tomar una decisión apoyado en la prudencia, en el sentido común o en la lógica para resolver un asunto, que desde la primera perspectiva de interpretación tiene una solución definitiva que no necesita una revisión posterior; y otra discrecionalidad en sentido fuerte, la cual se contempla, cuando el mismo funcionario considera que su decisión no está vinculada por pautas, normas o principios impuestas por autoridad y tiene toda la legitimidad para resolver el caso según sus propias concepciones (Arango, 1999). El segundo tipo de discrecionalidad, en sentido fuerte, puede considerarse un poco abusiva, no obstante, el primer tipo de discrecionalidad, en sentido débil, puede ser el concepto viable para la razonabilidad en sentido estricto. Entonces, ¿cuál sería la razonabilidad en sentido amplio?

Lo que podemos considerar como razonabilidad en sentido amplio pretendemos conceptualizarlo en esta investigación, pero no sin antes aclarar que no es igual al término de racionalidad, ya que, la racionalidad a pesar de poseer un amplio contenido empírico de conocimiento, esta es una posición sobre un estado de cosas austeramente egoísta, es decir, enfocada en el pensamiento de una sola persona o un grupo de personas en específico. Por otro lado, la razonabilidad en sentido amplio está basada en un cierto tono moral que sugiere algún grado de consideración con respecto a la opinión de los demás, es decir, enfocada en una concepción consensuada de todos los participantes que intervienen con un margen amplio de apreciación admisible (Aarnio, 1991), (Atienza, 1987). Desde esta perspectiva, la consideración que habíamos realizado inicialmente sobre la validez jurídica, en el marco de este concepto de razonabilidad, y de creación normativa por parte de los tribunales constitucionales, acorde al contexto mediante el uso del control de constitucionalidad; pasa a un plano de aceptabilidad. Es decir, la validez jurídica

deja de ser coaccionada por elecciones morales de las elites judiciales y pasa a ser una obligatoriedad aceptada después del dialogo social.

También es importante considerar, que el concepto de lo razonable siempre debe ser aplicado desde un sentido espacio-temporal y lógico determinado, ya que, es dependiente de lo que la sociedad entienda por ese estado de cosas o caso difícil evaluado o discutido. Como lo explica Atienza “Lo razonable, adolece, en la obra de Perelman, de una cierta ambigüedad pues, por un lado, se configura como un acuerdo o un consenso ideal y, por otro lado, parece estar ligado a hechos contingentes de carácter social y cultural” (1987, pág. 191). Es decir, lo razonable se apega mucho a lo que se dialogue en el contexto. No es un consenso que se pueda aplicar a todos los tiempos sino que puede ser variable dependiendo del contexto.

Para aplicar esta concepción sobre la razonabilidad que permita el dialogo social sobre derechos, también es necesario utilizar una institución judicial viable. Considero que la mejor propuesta institucional para desarrollar el concepto de razonabilidad debe ser la ampliación del *Amicus Curiae*.

Esta figura es una práctica que se ha desarrollado con la iniciativa de algunos grupos sociales de presión con capacidad para actuar en favor de los más necesitados, facilitándoles la posibilidad de que la ciudadanía que no pueda argumentar los problemas que le acrecientan frente a los órganos judiciales tenga representación mediante escritos de apoyo. Esta presentación de alegatos complementan la deliberación expuesta por las partes del proceso para brindarle al respectivo tribunal un panorama extendido del contexto en el cual debe resolver el caso, resultando tener un peso importante en el resultado, tal vez, en contra de argumentos de grupos de abogados prestigiosos de las clases privilegiadas que participan en la deliberación judicial. Con este mecanismo, podemos afirmar que la posición contra mayoritaria de los jueces constitucionales tiende a flaquear debido a la participación de la ciudadanía, muy a pesar de que el juez tenga la última palabra para resolver el caso, de igual forma, influencia en las decisiones porque presenta alegatos de gran importancia. (Gargarella, 2012).

El *Amicus Curie* es el referente más próximo del principio de razonabilidad que utilizan los tribunales constitucionales mediante la revisión del control de constitucionalidad de las leyes, la única objeción que podemos tener al respecto es que no debe ser limitado, por el contrario, debe convocarse al dialogo a todos los interesados en la discusión del caso difícil. Este mecanismo, no solamente

promueve el dialogo entre la ciudadanía y las altas cortes para entender el contexto en el que se desarrolla un problema jurídico que merece ser atendido por una revisión de constitucionalidad, sino que también, permite disipar las criticas entorno a la falta de democracia en las discusiones constitucionales y el paternalismo constitucional de los tribunales constitucionales, donde todo lo contrario, los jueces podrán entender todo tipo de elementos pragma dialecticos para resolver el caso en cuestión, sin omitir las posibilidades presentadas, y configurándose en un método epistemológico certero para la práctica judicial del derecho. Por último es importante resaltar que debe notificársele a la ciudadanía en general a tiempo para poder enviar los alegatos razonables del caso en cuestión.

7 CONCLUSIONES

El resultado de esta investigación nos arroja varias conclusiones relevantes a la hora de aplicar el principio de razonabilidad. Lo primero por decir, es que la posición de las elites en medio de los tribunales ha sido el uso de formas conservadoras de aplicación del control de constitucionalidad, como el principio de ponderación con la técnica de ponderación de valores y principios, con lo cual se genera una crítica académica trascendental que expone el papel contra mayoritario de los tribunales constitucionales sobre toda la sociedad. Los tribunales, entonces, incurren en una falta de legitimidad democrática y una actitud paternalista sobre todos los individuos interesados en que garanticen sus derechos fundamentales.

La respuesta a esa crítica es precisamente permitir en las altas instancias judiciales un entorno dialógico mediante la ampliación del mecanismo del *Amicus Curiae*, siguiendo lineamientos epistemológicos en la aplicación del principio de razonabilidad. Este principio expone que debe existir una creación de acuerdos materiales teóricos en el proceso de reconstrucción argumentativa del derecho. Es decir, el juez constitucional propiciara el dialogo, en el cual, se resolverán los casos acorde a argumentos de principios y valores constitucionales; y fines u objetivos políticos colectivos del contexto, con el fin de garantizar una razonabilidad en las decisiones en el marco de la ampliación del mencionado mecanismo. Permitiendo que se alleguen al despacho judicial cualquier tipo de escritos que quieran intervenir en los casos difíciles que se les presenten a los jueces constitucionales, y para que este

dialogo proceda de manera eficaz debe notificársele a la ciudadanía en general sobre el caso en cuestión.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, A. (1991). *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Ackerman, B. (1991). We the people: Foundations. En C. Rosenkrantz, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Alchourrón, C. (2000). Sobre derecho y logica. *ISONOMIA*, 11-33.
- Aleinikoff, A. (1987). *Constitutional law in the age of balancing*. Michigan: The yale law school.
- Aleman, M. (2005). El concepto y la justificacion del paternalismo. *DOXA*, 265-303.
- Alexy, R. (1990). The concept of coherence and its significance for discursive rationality. *Ratio Juris*, 130-147.
- Alexy, R. (1997). *Teoria de la argumentacion juridica*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Arango, R. (1999). *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* . Bogota: Siglo del hombre.
- Atienza, M. (1987). Para una razonable definicion de razonable. En *Cuadernos de filosofia del derecho* (págs. 189-200). Alicante: DOXA.
- Barrios, B. (2017). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogota: Nueva Jurídica.
- Bickel, A. (1978). *The least dangerous branch*. Indianapolis: Bobbs merrill educational publishing.
- Botero Bernal, A. . (2022). El código civil de Andrés Bello y el movimiento exegético en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 14(27), 47–65. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.27-2022-3808>
- Bulygin, E. (2003). Los jueces ¿crean derecho? *ISONOMIA*, 7-25.
- Carrillo De La Rosa, Y. ., Carrillo Velásquez, A. F. ., & Cano Andrade, R. A. . (2022). Aportes del Derecho Romano a la tradición jurídica de occidente. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 14(28), 475–495. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.28-2022-3986>

- Carrillo, Y. (2009). *Teorías de la argumentación y del razonamiento jurídico*. Bogotá: Doctrina y ley.
- Díaz Correa, N. E. (2021). Conveniencia del Amicus Curiae en la jurisdicción especial para la paz en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 13(25), 68–87. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.13-num.25-2021-3614>
- Dworkin, R. (1993). *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona: Paidós.
- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Dworkin, R. (2004). La lectural moral y la premisa mayoritarista. En R. Slye, *Democracia deliberativa y derechos humanos* (págs. 101-139). Barcelona: Gedisa.
- Elster, J. (2002). *Ulises desatado (estudio sobre racionalidad, precompromiso y restricciones)*. Barcelona: Gedisa.
- Forsthoff, E. (1975). *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Instituto de estudios políticos.
- Frantz, L. (1963). *is the first amendment law- a reply to profesor mendelson*. California: California law review.
- Gargarella, R. (2012). *La justicia frente al gobierno*. Quito: Pensamiento Jurídico Contemporáneo.
- Gasio, G. (1995). Estudio Preliminar. En H. Kelsen, *¿ Quien debe ser el defensor de la constitucion?* (págs. 9-43). Buenos Aires: Tecnos.
- Habermas, J. (1998). *La teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus.
- Habermas, J. (2005). *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta.
- Hart Ely, J. (1997). *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. Bogotá: Siglo del hombre.
- Hart, H. (1963). *Law, liberty and morality*. Stanford: Stanford university press.
- Kaufmann, A. (1992). *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate.
- Kelsen, H. (1995). *¿ Quien debe ser el defensor de la constitucion?* Madrid: Tecnos.
- Kelsen, H. (2008). La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico. *Revista sobre enseñanza del derecho*, 183-198.
- Kramer, L. (2011). *Constitucionalismo Popular y Control de Constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons.
- Laporta, F. (2001). El ámbito de la constitución. *DOXA*, 460-480.

- MacCormick, N. (1978). *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Montesquieu, C. (1906). *De las leyes*. Madrid: Victoriano suarez.
- Moreso, J. (2009). *La constitucion: un modelo para armar*. Barcelona: Marcial Pons.
- Moreso, J. (2015). Positivismo Juridico contemporaneo. En Varios, *Enciclopedia de Teoria y Filosofia del Derecho* (págs. 171-205). Mexico: UNAM.
- Nino, C. (1989). La filosofia del control de constitucionalidad. *Centro de Estudios Constitucionales*, 79-88.
- Nino, C. (1992). *Fundamentos de Derecho constitucional*. Buenos aires: Astrea.
- Nino, C. (2007). *Etica y derechos humanos*. Buenos aires : Astrea.
- Pardo Martínez, O. (2022). La dignidad como fundamento axial de los derechos en el constitucionalismo: praxis judicial colombiana. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 14(28), 360–385. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.28-2022-3981>
- Post, R. (2013). *Constitucionalismo democratico. Por una reconciliacion entre constitucion y pueblo*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores.
- Rousseau, J. (1988). *El contrato social*. Madrid: Tecnos.
- Spector, H. (2014). Un sistema democratico de control constitucional. En R. Gargarella, *Por una justicia dialogica. El poder judicial como promotor de la deliberación democratica* (págs. 193-207). Buenos Aires: Siglo veintiuno.
- Sunstein, C. (1993). Legal interferences with private preferences. En J. De paramo, *Tolerancia y liberalismo*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Tushnet, M. (2014). Revision judicial dialogica. En R. Gargarella, *Por una justicia dialogica. el poder judicial como promotor de la deliberacion democratica* (págs. 105-116). Buenos Aires: Siglo XXI editores.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.
- Weber, M. (1944). *Economia y sociedad* . Bogota: Fondo de cultura economica.
- Zagrebelsky, G. (2009). *El derecho ductil*. Madrid: Trotta.
- Zimmerling, R. (2005). *Influence and power*. Kluwer.

A RELAÇÃO DA PETROBRAS COM O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO: UM ESTUDO SOBRE FATOS E MEDIDAS QUE INFLUENCIAM A VINCULAÇÃO

SANTOS, Diego de Medeiros⁸
FRANÇA, Vladimir da Rocha⁹

RESUMO: Neste trabalho, objetiva-se proporcionar algumas considerações sobre a relação existente entre a Petrobras e o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Para tanto, utiliza-se de pesquisa quali-quantitativa, documental, exploratória, descritiva, com método hipotético-dedutivo. Este estudo surge da necessidade da análise de pontos convergentes e divergentes que contribuem para a efetivação do interesse coletivo e o imperativo nacional ou a mitigação destes no âmbito das ações da Petrobras. A investigação limita-se aos estudos dos dados referentes aos investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), as ações pioneiras, as formações de cartéis e como este fator favoreceu a perda do domínio do Grupo de Controle. Além disso, propõem-se conceituar termos e classificações que permeiam o regime jurídico administrativo da sociedade de economia mista e seu processo histórico e organizacional. Diante da pesquisa realizada, foi possível identificar investimentos bilionários direcionados à P&D e ações pioneiras (Pré-sal), contudo, fatos como a Operação Lava Jato e o percentual inferior do Grupo de Controle sobre as ações da Sociedade Anônima geram incertezas quanto à efetivação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Palavras-chave: Petrobras. Investimentos. Interesse público. Setor privado.

ABSTRACT: In this work, the objective is to provide some considerations about the relationship between Petrobras and the principle of supremacy of the public interest over the private. For this purpose, qualitative, documentary, exploratory, descriptive research is used, with a hypothetical-deductive method. This study arises from the need to analyze convergent and divergent points that contribute to the realization of the collective interest and the national imperative or their mitigation within the scope of Petrobras' actions. The investigation is limited to studies of data referring to investments in Research and Development (P&D), pioneering actions, formation of cartels and how this factor favored the loss of control of the Control Group. Furthermore, it is proposed to conceptualize terms and classifications that permeate the legal administrative regime of the mixed capital company and its historical and organizational process. In view of the research carried out, it was possible to identify billionaire investments directed to P&D and pioneering actions (Pré-sal), however, facts such as Operation Lava Jato and the lower percentage of the Control Group on

⁸ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Membro do grupo de pesquisa Direito Administrativo Brasileiro. Participante do projeto de pesquisa Controle dos Atos Jurídicos Administrativos no Direito Administrativo Brasileiro/UFRN.

⁹ Advogado. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Titular de Direito Administrativo do Departamento de Direito Público do Centro de Ciências Sociais Aplicadas.

the shares of the Anonymous Society generate uncertainties regarding the effectiveness of the principle of supremacy of the public interest over the private.

Keywords: Petrobras. Investments. Public interest. Private sector.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trará discussão sobre os impactos do mercado sobre as ações da Petrobras e como tais medidas afetam ou contribuem para a efetivação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. A sociedade de economia mista em questão dispõe de ações que variam entre três eixos principais que é o Grupo de Controle, onde o poder público se faz presente, os Investidores brasileiros e os Investidores não-brasileiros. Nesta perspectiva, o artigo se dispõe a analisar a influência dos investidores sobre as tomadas de decisões da Petrobras e apontar conjunturas que divergem ou convergem para a efetivação do interesse coletivo e imperativo nacional, pontos essenciais para a configuração de uma sociedade de economia mista, conforme disposto no texto constitucional em seu artigo 173.

Neste segmento, por meio da pesquisa exploratória serão observados instrumentos que contribuíram no encaminhamento da Petrobras para a efetivação da supremacia do interesse público, mas também indicadores que afetaram diretamente o desempenho da S.A. na concretização do princípio do direito administrativo. Outrossim, vale ressaltar que a pesquisa não apresenta limitação a estes pontos, tendo em vista a dedicação sobre a visão do regime jurídico administrativo da S.A. e tópicos como a sua constituição histórica, organizacional e legislativa.

Desse modo, fatores como os investimentos em pesquisas, desenvolvimento tecnológico e a credibilidade depositada pelo Estado nas ações pioneiras como o pré-sal, contribuem para a exercício da supremacia do interesse público tendo em vista a garantia do interesse coletivo e o imperativo nacional, em face da grande relevância da Petrobras para a economia nacional. Em contrapartida, problemáticas como os escândalos de corrupção, como exemplo cita-se a Operação Lava Jato, somados com a perda de propriedade sobre as ações pelo Grupo de Controle, estes contribuem para o exercício do setor privado sobre as diretrizes da Petrobras e, conseqüentemente, com a mitigação do efeito do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Destarte, para melhor entendimento sobre as questões que permeiam a situação atual da Petrobras e sua relação com a supremacia do interesse público, este estudo está dividido em cinco tópicos centrais onde serão discutidos a abordagem doutrinária acerca do regime jurídico administrativo da Petrobras; a constituição histórica e a formação organizacional dessa sociedade de economia mista; o estudo da evolução do capital acionário e; a análise de fatores que contribuem e afetam a relação da Petrobras com a supremacia do interesse público sobre o privado. No que tange ao último tópico, para tanto, foram estudados os investimentos em Pesquisas e Desenvolvimento (P&D), a ação pioneira de extração de petróleo com uso de sondas no pré-sal, as formações de cartéis e o escândalo da Operação Lava Jato e uma análise geral acerca da perda de autonomia do Grupo de Controle com base nos relatórios da evolução do capital acionário.

2 UMA VISÃO GERAL DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO DA PETROBRAS

Inicialmente, faz-se pertinente enquadrar a Petrobras em sua natureza jurídica administrativa que é uma sociedade de economia mista, controlada pela União mediante prazo indeterminado, tendo seu regimento pela Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976) e pelo Estatuto Social do Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras.

Para o tradicional doutrinador do direito administrativo brasileiro, Bandeira de Mello, entende-se como sociedade de economia mista a pessoa jurídica criada por meio de lei, que direciona sua personalidade ao Direito Privado. Nesse sentido, esta pessoa jurídica servirá como instrumento para determinada ação do Estado, sendo assim, mesmo com seu encaminhamento ao Direito Privado, é submetida às regras especiais decorrentes deste vínculo governamental. Prontamente, esta é constituída através de sociedade anônimas, que tem ações limitadas e direito do voto em sua maioria à União ou entidade de sua Administração Indireta (MELLO, 2015), no caso da Petrobras seu vínculo é com a União.

Em face complementar ao disposto por Bandeira de Mello, a doutrinadora Di Pietro conceitua com base no texto constitucional vigente (CF/88), mais especificamente com parâmetros no artigo 173, § 1º que dispõe: “A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista

e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços [...]” (BRASIL, 1988), ressalta ainda que não é qualquer atividade econômica que se estrutura uma sociedade de economia mista, mas sim a que apresentar a presença do interesse coletivo ou imperativo nacional (DI PIETRO, 2020), em obediência também ao artigo 173.

Desse modo, quanto à aplicação doutrinária e legislativa à Petrobras, sua criação foi autorizada por meio da Lei nº 2.004 de 3 de outubro de 1953, que foi posteriormente revogada pela Lei nº 9.478 de 6 de agosto de 1997, a primeira trata acerca da instituição da Sociedade Anônima, a Política Nacional do Petróleo e as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo; com a revogação da última e vigência da Lei nº 9.478/97, esta passou a tratar acerca da política energética nacional, as atividades direcionadas ao monopólio do petróleo e, por fim, instituiu o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo. No que diz respeito aos critérios para o enquadramento da atividade econômica, observa-se o atendimento da Petrobras em razão do interesse coletivo sobre esta sociedade de economia mista, em vista de sua grande influência social em seus investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), fator a ser desenvolvido mais adiante, assim como sua atuação direta no fornecimento de empregos à população brasileira e a movimentação econômica no setor petrolífero nacional. Dessa maneira, Enrique Saraiva (2005, p. 13) discorre:

A Petrobras buscou nas universidades pessoas qualificadas, treinando-as e repassando-as mais tarde para as indústrias. Com isso, criou um forte elo de ligação entre a Empresa e o setor industrial nascente que carecia de pessoal mais especializado em condições de atender suas demandas.

Além disso, destaca-se a aparição do imperativo nacional sobre a S.A., tendo em vista que imperativo também é a restauração da economia do país e, de certa forma, a Petrobras promoveu esta ação ao longo dos anos. Nesse sentido, cita-se um dos atos da Petrobras que contribuiu com o cenário econômico nacional, sendo arquitetado pelo Decreto-lei 2.004/53 que direcionou à sociedade de economia mista em tela o exercício do monopólio estatal da União com as seguintes atribuições: a pesquisa e lavra de jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluidos e gases raros existentes no território nacional; a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo

produzidos no país e; o transporte, por meio de dutos, de petróleo bruto e seus derivados, assim como de gases raros de qualquer origem.

Outrossim, a Petrobras em seu Planejamento Estratégico vigente por volta do ano de 2010, tinha como projeção ser uma das cinco maiores empresas integradas de energia do mundo até o ano de 2020 (POLETTTO; ARAÚJO; MATA, 2011, p. 1103), contudo, esta marca não foi cumprida e passou a constituir o Planejamento Estratégico Horizonte 2030, que tem como subtítulo “As grandes escolhas da Petrobras”.

Diante do exposto, não há dúvidas acerca do favorecimento econômico que a Petrobras proporciona ao Estado brasileiro em sua estrutura financeira, política e social, nota-se, portanto,

Sua autonomia financeira inquestionavelmente ilustrada pelos lucros que obtém ano após ano. O acionista controlador é o governo federal. Entretanto, pelo fato de ter a parcela majoritária de suas ações negociadas em bolsas de valores, neste estudo a Petrobras é considerada empresa privada, formando uma estrutura produtiva desvinculada da hélice governo (POLETTTO; ARAÚJO; MATA, 2011, p. 1103).

Dito isso, indica-se uma problemática em razão do afastamento da Sociedade Anônima quanto aos interesses coletivos e seu vínculo que deveria ser majoritário com o governo, fatores que favorecem a mitigação da supremacia do interesse público sobre o privado. Logo, diante de uma construção lógica, se há o afastamento da sociedade de economia mista do governo, que deveria ter seu voto majorado quanto aos investimentos e decisões, conseqüentemente estrutura-se o distanciamento do princípio do direito administrativo, que deveria ser respeitado diante da relação jurídica administrativa existente entre o Estado com a Petrobras.

3 A CONSTITUIÇÃO HISTÓRICA E ORGANIZACIONAL

A Petrobras tem marco inicial com a campanha popular nomeada de “O petróleo é nosso”, mediante pressão popular o Poder Legislativo instituiu uma sociedade de economia mista que tinha como atividade central a movimentação do setor petrolífero no país, fatores estes expressos por meio do Decreto-lei 2004 de 3 de outubro de 1953. No que diz respeito ao marco inicial que precedeu a concretização legislativa que instituiu a Petrobras, o movimento teve como pontos de partidas os descobrimentos do Recôncavo Bahiano, de Lobato em 1939 e do Campo de Candeias

em 1941, toda essa estrutura foi concretizada “sob a jurisdição do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) e queria salvaguardar as riquezas nacionais dos interesses estrangeiros” (POLETTI; ARAÚJO; MATA, 2011, p. 1102). O ato originário da Petrobras no ano de 1953 contava com seis refinarias particulares no Brasil que surgiram dos anos de 1932 até 1952, sendo a mais antiga a Refinaria Sul Rio-Grandense e mais recente, para a época da publicação do Decreto-lei, a Refinaria de Manaus que foi criada em 1952. Ainda sobre as quantidades de refinarias, faz-se pertinente ressaltar que hodiernamente a Petrobras soma onze refinarias próprias em território nacional e mais três em parceria no exterior, com os Estados Unidos, Japão e Argentina.

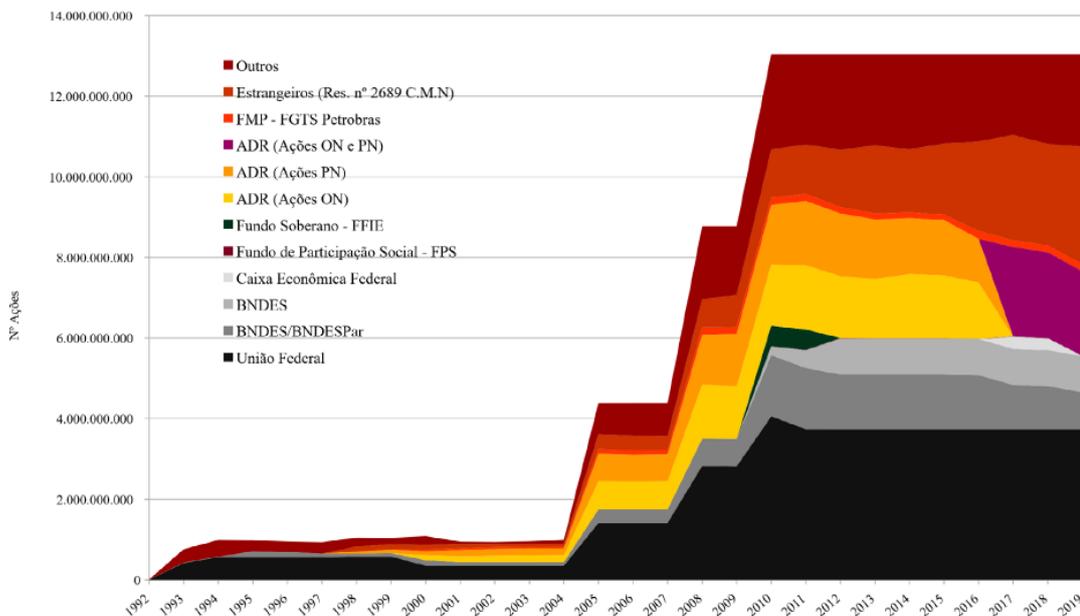
No que concerne ao organograma da sociedade de economia mista em questão, o sistema estabelece onze bases para a estruturação da Petrobras que pode ser subdividido em dois grupos, quais sejam eles: (i) Conselho Fiscal; Conselho de Administração; Secretaria-Geral da Petrobras; Ouvidoria Geral; Auditoria Interna. (ii) Presidente; Gabinete da Presidência; Jurídico; Estratégia e Planejamento; Gestão do Portifólio; Recursos Humanos. Desse modo, citado o grupo central da Petrobras, este tem como suporte os subgrupos de desenvolvimento, exploração e execução de atividades, que são organizados da seguinte maneira: Desenvolvimento da Produção; Exploração e Produção; Refino e Gás Natural; Financeira e de Relacionamento com os Investidores; Comercialização e Logística; Governança e Conformidade; Relacionamento Institucional e Sustentabilidade e; por fim, Transformação Digital e Inovação. Nesta perspectiva, é evidente a preocupação acentuada da Petrobras quanto ao seu desenvolvimento em pesquisa, tecnologia, mão-de-obra, com a relação com seus investidores, mais além, de forma mitigada, observa-se presente na estruturação do organograma o cuidado com a sustentabilidade, entretanto, ausente se faz grupo ou subgrupo que apresenta finalidade voltada à garantia da supremacia do interesse público sobre o privado, que acaba por menosprezar a influência estatal sobre a sociedade de economia mista em apreço.

4 A EVOLUÇÃO DO CAPITAL ACIONÁRIO

No que concerne a evolução do capital acionário da Petrobras é possível verificar um acríve no número de ações da sociedade anônima, que iniciou tendo maior parte vinculada à União Federal e com o curso dos anos ocorreu a elevação de

investimentos alheios ao setor governamental, para melhor compreensão da temática faz-se pertinente a análise do gráfico elaborado pelos pesquisadores Duarte e Nabarro (2021) com base nos dados extraídos no portal da transparência vinculado ao sistema da Petrobras.

Gráfico 1: Evolução do Capital Acionário da Petrobras



Fonte: Duarte e Nabarro (2021).

Mediante estudo do gráfico apresentado, torna-se possível apontar o avanço progressivo das ações vinculadas ao direito privado a partir do ano de 2004 e sua parcial estabilização no ano de 2010, cita-se para tanto os investimentos estrangeiros, as ações por ADR (*American Depositary Receipt*), que nada mais é que um canal que realiza o intercâmbio das ações listadas no Brasil para negociação com os Estados Unidos, dentre outras modalidades vinculadas ao setor privado projetadas no gráfico acima. Listados tais pontos, é ostensiva a atenuação da relação da União quanto às ações da Petrobras, coeficientes estes que cooperam com o bálsamo da supremacia do interesse público sobre o privado, que fere a essência do dispositivo constitucional expresso no artigo 173 (CF/88).

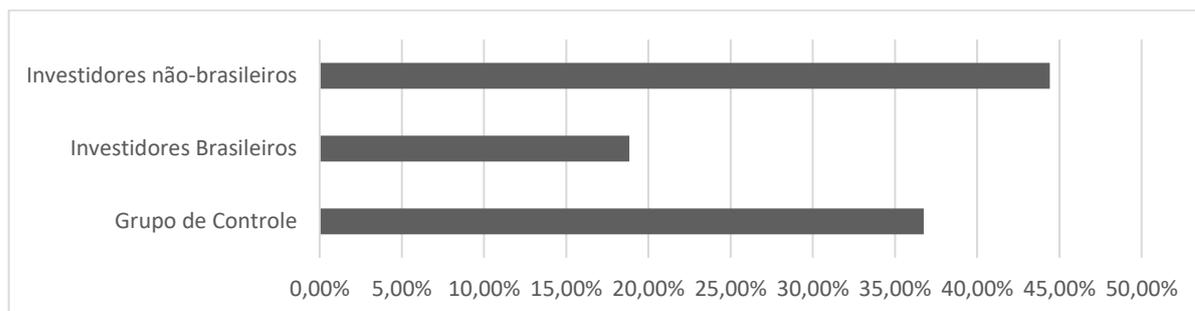
Neste momento, o último relatório divulgado pela Petrobras acerca do seu Capital Acionário é referente ao mês de janeiro de 2022 e discorre sobre os seguintes resultados:

Tabela 1: Composição Acionária da Petrobras (Relatório referente a janeiro de 2022)

CAPITAL TOTAL	AÇÕES	PERCENTUAL
1. Grupo de Controle	4.792.594.357	36,74%
1.1 Governo Federal	3.740.470.811	28,67%
1.2 BNDESPar	916.875.288	7,03%
1.3 BNDES	135.248.258	1,04%
2. Investidores não-brasileiros	5.794.478.374	44,42%
3. Investidores Brasileiros	2.457.128.530	18,84%
4. Varejo	1.259.855.872	9,66%
TOTAL	13.044.496.930	100%

Fonte: Elaboração própria.

Gráfico 2: Total capital da Petrobras (Relatório referente a janeiro de 2022)



Fonte: Elaboração própria.

Assistidos tais dados, infere-se grande influência capital advinda de investidores não-brasileiros que somam 44,42% do montante de ações de origem da sociedade de economia mista aqui estudada, posterior a este grupo de mercado segue a influência do Grupo de Controle, integrado pelo Governo Federal (28,67%), o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social BNDES – Participações S.A. (7,03%) e o BNDES (1,04%), somados tais percentuais o Grupo de Controle estrutura um montante de ações no importe de 36,74%. Por último, é notório os investimentos advindos de brasileiros que perfazem 18,84% do capital da Petrobras. Desse modo, a influência de estrangeiros na maior sociedade de economia mista voltada às atividades do petróleo no Brasil gera preocupações em razão da perda de comando central governamental sobre os atos promovidos pela Petrobras, que deixa de lado todo o ideal previsto na essência da relação entre a sociedade anônima e o Estado, seja vinculada à legislação, com a previsão do interesse coletivo e o imperativo

nacional, como também na essência dos princípios do direito administrativo, mais especificamente, a supremacia do interesse público sobre o privado.

O princípio supracitado é considerado uma pedra de toque do direito administrativo, esta conceituada por Bandeira de Mello como “a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último” (MELLO, 2015, p. 70). Na mesma oportunidade, o autor aponta ainda os princípios subordinados à supremacia do interesse público sendo eles: (i) a posição de privilégio do órgão de zela pelo interesse público nas relações com o particular, como exemplo pode-se citar a presunção de veracidade e legitimidades dos atos administrativos e a concessão de prazos maiores para manifestação em demandas protocoladas na via judicial; (ii) o posicionamento de supremacia dos órgãos, ou seja, na relação com o privado há uma estrutura vertical onde a Administração Pública se fixa ao topo; (iii) restrições ou sujeições especiais no desempenho da atividade de natureza pública, que deve ser entendida pelos seguintes parâmetros:

Por força dela, o Direito Administrativo desvenda não ser um instrumento de atuação estatal marcado tão só pelas prerrogativas de autoridade, conquanto defensivas do interesse público, mas exibe a sua marca mais expressiva: a do comprometimento com os interesses da sociedade (como o queria Duguit), em nome dos quais erige barreiras defensivas contra quem quer que esteja no desempenho de atividade estatal, seja ele um particular investido de funções públicas (como os concessionários de serviço público, por exemplo), seja ele o próprio Estado agindo diretamente ou por meio de entidade de sua Administração indireta (quais as autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista) (MELLO, 2015, p. 74).

Conceituado o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e qualificados os três princípios subordinados a este, é evidente, por meio de uma análise comparativa entre os dados extraídos acerca do capital acionário da Petrobras e os pontos viscerais para efetivação da supremacia da Administração Pública, a redução na atuação do Grupo de Controle sobre as ações da sociedade de economia mista. Logo, constata-se o ferimento da soberania do Estado sobre as ações e decisões da Petrobras, tudo isso, em consequência da interferência do capital privado sobre as ações da S.A.

5 A RELAÇÃO DA PETROBRAS COM O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

No tópico anterior foram descritos e analisados dados extraídos acerca das ações da Petrobras, seus acionistas e o poder capital em seus devidos percentuais dessa sociedade de economia mista. Neste segmento, foram apresentados alguns parâmetros que contribuem para a divergência da S.A. dos indicados que estabelecem a supremacia do interesse público sobre o privado no âmbito de investimentos da Petrobras. Prontamente, faz-se pertinente destacar que o afastamento econômico da S.A. não se comporta inteiramente contrário ao interesse público e ao imperativo nacional, por mais que a aplicação da soberania do Estado passe a ser mitigada quando se tem menor percentual sobre as ações. Desse modo, serão abordados pontos que contribuem para a economia nacional e retratam o interesse coletivo e público, mesmo na condição de percentual menor sobre as ações pelo Grupo de Controle (governamental). Agentes como os investimentos em P&D advindos da Petrobras e a atuação pioneira nas sondas do pré-sal estruturam uma peça evidentemente benéfica ao desenvolvimento econômico nacional e o vínculo direto com a população acadêmica do país. Em contrapartida, constata-se a perda de autonomia do Grupo de Controle e a forte incidência da corrupção, como exemplo pode-se citar a formação de cartéis e o caso máximo que envolveu ações estatais que foi a Operação Lava Jato. Nessa perspectiva, há pontos que convergem com o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e outros que distanciam este princípio da relação público-privado.

5.1 Dos Investimentos em Pesquisas e Desenvolvimento (P&D)

Um dos aspectos que contribuem para a fixação da relação Petrobras com o interesse público é seu elevado investimento em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), fatores que agregam à população brasileira desde à mão-de-obra menos especializada que fornecem suporte na exploração, quanto à comunidade acadêmica do país a qual é favorecida financeiramente por meio de bolsas, auxílios e instrumentos necessários para a efetivação de suas pesquisas no âmbito petrolífero.

Em visão empírica, arquitetou-se no consciente coletivo que o país não apresenta o devido desenvolvimento tecnológico adequado para sua progressão

econômica e, supostamente, estaria interligado às dependências políticas e econômicas do estrangeiro. Entretanto, essa convicção foi estruturada com base em uma visão do mercado privado, o que tangencia a temática e desconsidera o Poder Público como atuante nas medidas necessárias para o desenvolvimento econômico e social do país. Nos países emergentes como o Brasil faz-se pertinente a atuação estatal sobre as demandas que envolvem o desenvolvimento tecnológico, sob pena de atrasar sua economia em razão da dependência exclusiva do setor privado (SARAIVA, 2005), o qual não tem forças suficientes para efetivar os atos necessários para o avanço econômico nacional como se observa em países desenvolvidos como os Estados Unidos.

Com a conferência de Punta del Este realizada no ano de 1967, a ciência e tecnologia foram estabelecidas como indicadores essenciais para o desenvolvimento dos países da América Latina, dispôs nos seguintes parâmetros:

Colocaremos a ciência e a tecnologia a serviço de nossos Povos.

A América Latina se unirá aos benefícios do progresso científico e tecnológico de nosso tempo para reduzir, assim, a crescente diferença que a separa dos países altamente industrializados em relação às suas técnicas de produção e suas condições de vida. Programas nacionais de ciência e tecnologia serão formulados ou expandidos e um programa regional será lançado; serão criados institutos multinacionais avançados de treinamento e pesquisa, serão fortalecidos os institutos dessa ordem existentes na América Latina e contribuirá o intercâmbio e o progresso do conhecimento científico e tecnológico.

Diante do apresentado, o Brasil passou a desenvolver projetos de desenvolvimento científico e tecnológico, sendo eles: (i) I PBDCT (Primeiro Plano Básico de Desenvolvimento Científico e Tecnológico) que vigorou de 1973 até 1974; (ii) II PBDCT, que teve vigência de 1975 até 1979 e; (iii) III PBDCT (1980 até 1985) (SARAIVA, 2005). Os Planos Básicos citados tiveram como intuito, em síntese, respectivamente, o fortalecimento das empresas nacionais públicas e privadas para o desenvolvimento tecnológico e científico, a atualização tecnológica e a aplicação da política de substituição de importações.

A atuação da Petrobras no desenvolvimento científico e tecnológico teve como marco o ano de 1992, quando passou a destinar 1% de sua renda bruta ao Centro de Pesquisas Leopoldo Américo Miguez de Mello (CENPES) (SARAIVA, 2005). Sendo assim, a S.A. passa a contribuir com o desenvolvimento nacional e passou a buscar nas universidades indivíduos qualificados, tópicos que indicam a presença do interesse público sobre os procedimentos realizados por esta sociedade

de economia mista, logo, há indícios da presença do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Conforme relatado, a Petrobras passou a buscar nas universidades mão-de-obra qualificada para a promoção do desenvolvimento tecnológico e científico no âmbito da S.A., dito isso, passamos a analisar de forma mais específica uma só universidade integrante ao quadro desta sociedade de economia mista, qual seja, a Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). De forma sumária, vale ressaltar que os vínculos estabelecidos entre a Petrobras e as universidades são firmados por meio de contratos, convênios e termos de cooperação, diante desse universo, constata-se a Gestão Compartilhada (GC) notória entre a S.A. e a UFRN. Por GC entende-se como os pilares que constituem a relação da universidade o âmbito de pesquisa de C&T, para Leydesdorff e Etzkowitz (1998), para a efetivação de uma GC faz-se pertinente a presença da Hélice Tripla, que é arquitetada por três atores: o governo, a Estrutura Produtiva e a Infraestrutura de C&T. Sendo assim, o dinamismo nestas interações favorece o desenvolvimento nacional em sua face econômica, social, tecnológica e científica. A Petrobras realiza investimentos financeiros notórios no âmbito da UFRN, conforme dados extraídos da Fundação Norte-Rio-Grandense de Pesquisa e Cultura (FUNPEC), no período do ano de 1999 até 2009 constata-se o montante de 121,5 milhões de reais em P&D, já no interstício de 2010 até 2020 foi apurado o valor aproximado de 205 milhões (FUNPEC/RN, 2022).

Disposto isso, verifica-se a importante atuação da Petrobras no âmbito da P&D para o avanço nacional, motivações que tiveram termo inicial com a conferência de Punta del (1967) e percorre até hoje com investimentos bilionários na área de pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico. Além disso, torna-se clara a incidência da supremacia do interesse público sobre o privado, a partir do momento em que uma S.A., que tem boa parte de suas ações destinadas ao estrangeiro, direciona quantias financeiras altas para o desenvolvimento nacional e o favorecimento do interesse coletivo.

5.2 Da Ação Pioneira de Extração de Petróleo com Uso de Sondas no Pré-Sal

Para seu desenvolvimento em ações pioneiras a Petrobras contou com os círculos de cooperação para a estruturação destes projetos. Neste tópico, será

tratado exclusivamente acerca do uso de sondas no pré-sal e como a S.A. manejou seus recursos financeiros para uma organização de projeto bilionário. Para tanto, a sociedade de economia mista desde seu surgimento na década de 1990, faz uso de três elementos financeiros principais para a mobilização de seus projetos de desenvolvimento e tecnologia, quais sejam estes: as estruturações financeiras (*Project Finance*); os fundos de investimento em direitos creditórios (FIDC) e; os fundos de investimentos em participações (FIP) (DUARTE; NABARRO, 2021).

a) Project Finance: os investimentos são realizados exclusivamente para projetos e não nas ações da empresa ou sociedade de economia mista, que serão as executoras.

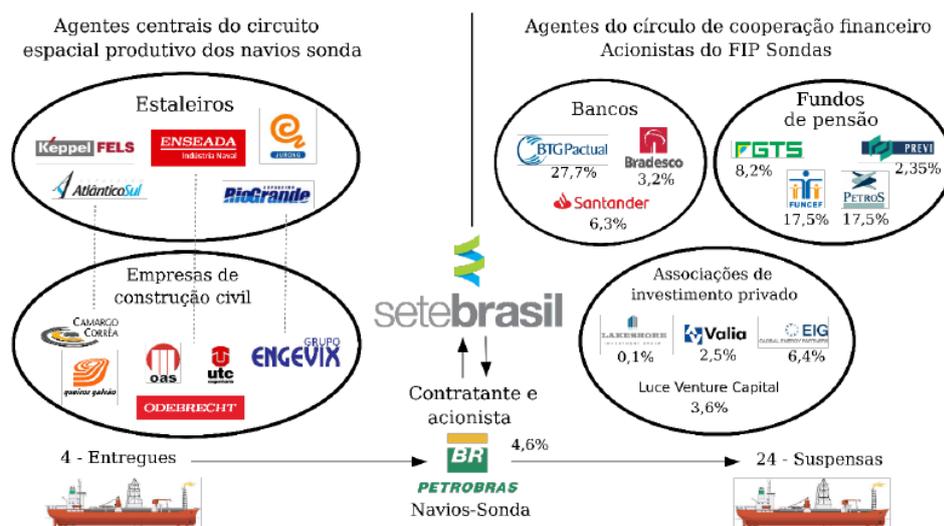
b) Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC): de acordo com a Lei nº 10.735/03, 50% do valor líquido do fundo deve ser destinado aos direitos creditórios, ou seja, valores que as empresas têm a receber. Estes fundos apresentam retornos a longo prazo, entretanto, gera um montante maior se comparado ao FIP;

c) Fundos de Investimentos em Participações (FIP): é a aplicação de investimento em empresas, companhias, sociedades limitas e outras que ainda estão em fase de desenvolvimento, estes fundos geram retorno a curto prazo, no entanto, geram um valor menor em comparação ao FIDC.

Neste aspecto, é notória a tendência da Petrobras à política de terceirização, o que favoreceu em seu desenvolvimento de atividades de cunho tecnológico e, conseqüentemente, a inovação da engenharia (SCHUTTE, 2021). Contudo, promove também grande instabilidade quanto a garantia do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Nesse sentido, com o uso dos fundos de investimentos e estruturações financeiras a Petrobras promoveu sua ação pioneira das sondas no pré-sal, a operação de capitalização financeira foi iniciada tendo em vista a localização de locais submersos com alto potencial petrolífero, o que gerou grande interesse do setor privado sobre as ações da S.A. Em contrapartida, a ação era circulada por grandes riscos técnicos, operacionais e financeiros, e ainda de forma contraditória, o Estado assumiu o risco em seus investimentos assim como conseguiu gerar maior segurança no mercado privado, o que proporcional a alta no número de acionistas privados (DUARTE; NABARRO, 2021). Para melhor compreensão da estrutura de investimentos públicos e privados sobre o projeto pioneiro das sondas do pré-sal faz-se pertinente a observação da seguinte figura:

Figura 01: Círculos financeiros de investimentos nas sondas do pré-sal



Fonte: Duarte e Nabarro (2021).

Desse modo, verifica-se grande influência estatal para a efetivação dos investimentos na ação pioneira em questão. Como dito anteriormente, o mercado observava grande instabilidade jurídica e financeira sobre o projeto pré-sal, em razão dos relatórios publicados que apontavam grandes riscos sobre o projeto. Desse modo, para reforçar os investimentos, o Estado assumiu grande parte dos riscos para a execução fosse efetivada, logo, o setor privado ao constatar a confiança do setor público sobre a pretensão de resultados positivos passou a investir também na área. Verifica-se, portanto, a forte representatividade do Estado sobre as ações da sociedade de economia mista aqui estudada, o que reforça a supremacia do interesse público sobre o privado mediante análise das ações pioneiras desenvolvidas pela S.A.

5.3 Das Formações de Cartéis e o Escândalo da Operação Lava Jato

O Tribunal de Contas da União (TCU) emitiu o Acórdão nº 3.089, no ano de 2015, que versou acerca dos resultados Operação Lava Jato promovida pelo Pode

Judiciário na apuração de condutas ilícitas na formação de cartéis em licitações, dentre outras infrações decorrentes do vínculo estatal com empresas públicas e sociedades de economia mista. Vale ressaltar que este dano decorrente das formações de cartéis foi o primeiro caso a ser julgado e analisado pela corte de contas no país. Toda a situação teve como termo inicial o ajuizamento de demandas de improbidade contra empresas suspeitas em envolvimento no esquema de corrupção, dentre elas, a Petrobras. As ações tiveram como representante judicialmente a Advocacia-Geral da União (AGU), que cobrou por volta de quatorze bilhões de reais, de acordo com os estudos econômico apreciado pelo TCU, isso perfaz 17% sobre os dois contratos centrais e fraudulentos (BRASIL, 2015).

Segundo Pereira et al, para o estudo da formação dos cartéis que contribuíram para a corrupção e, conseqüentemente, a instauração da Operação Lava Jato, faz-se necessária a análise de três modelos que foram aplicados para a obtenção dos resultados: (i) Log-Linear: as informações disponibilizadas previamente geram a vitória na licitação; (ii) Diferenças em Diferenças: estudo das diferenças existentes entre as atuações dos cartéis, para conclusão se as empresas cartelizadas apresentaram menores descontos nas licitações vencidas; (iii) *Propensity Score Matching*: é a comparação dos dados entre a incidência da atuação do cartel e a aplicação do método competitivo, que é o legalmente previsto. Dessa maneira, os autores concluíram que

[...] licitações com atuação de cartel possuem preço aproximadamente 17% superior ao preço das licitações competitivas. Os resultados dos três modelos econométricos são convergentes, quer comparemos o mercado cartelizado com o mercado competitivo, quer comparemos o mercado antes e depois do início de atuação do cartel.

Assim, os dados e estimativas obtidos sugerem que as empresas analisadas pertencentes ao suposto cartel de fato mudaram seu comportamento depois de 2006 e passaram a cobrar preços maiores para executar contratos junto à Petrobras (PEREIRA, 2021, n.p.).

Nesta perspectiva, os impactos sobre as ações da Petrobras, assim como sobre seus projetos foram extremamente negativos, tendo em vista a ciência dos investidos nacionais e internacionais acerca das condutas ilícitas, assim como da Operação Lava Jato. Tais fatores, apostam grande perda da influência estatal sobre o privado, posto que a supremacia garantida ao Estado favoreceu à corrupção e não aos princípios administrativos como a legalidade e, especialmente, o interesse coletivo que foi de forma evidente reduzido em consequência da constituição de uma corrente

corrupta dentro do sistema da Petrobras e de outras empresas públicas e sociedades de economia mista que integram aos cartéis.

5.4 Da Perda de Autonomia do Grupo de Controle

No que diz respeito à autonomia do Grupo de Controle, esta característica comporta grande influência na efetivação do interesse público, tendo em vista que se há uma redução do percentual sobre as ações da Petrobras por este grupo acionário representado majoritariamente pelo Estado, por consequência, a supremacia do interesse público a ser mitigado diante das decisões e ações efetivadas.

Conforme tópico 4 do presente trabalho, que tratou acerca da evolução do capital acionário, o Grupo de Controle, que é integrado pelo Governo Federal, BNDESPar e o BNDESP, engloba 36,74% das ações da Petrobras, esta porcentagem está abaixo do nível se comparado aos percentuais dos outros dois grandes grupos, quais sejam os investidores brasileiros com 18,84% e os não-brasileiros que detêm o percentual de 44,42%. Desse modo, é notória a influência do grupo de não-brasileiros sobre as ações da S.A. o que gera incertezas quanto à efetivação do interesse coletivo e imperativo nacional, composições que constituem a essência da sociedade de economia mista.

Para Oliveira e Fontes Filho (2021), por mais que a estrutura acionária de uma empresa apresente constata estruturação, como é expresso na arquitetura da Petrobras com o Grupo de Controle, Investidos brasileiros e Investidores não-brasileiros, sua efetivação será determinada mediante dependência do contexto espacial, histórico, geográfico e financeiro, sendo assim, em face da propriedade concentrada, como nota-se no Grupo de investidores não-brasileiros e o Grupo de Controle, a maior influência será devida às opções de seus controladores. Para a concretização do exercício do poder de um controlador sobre o outro, para Thomsen (2004), faz-se pertinente a análise de três requisitos: (i) a estrutura de propriedade; (ii) a composição do conselho e; (iii) a influência dos acionistas.

Dessa forma, observa-se que na estrutura acionária da Petrobras o Grupo de Controle vem sofrendo redução percentual e, conseqüentemente, do poder de decisão sobre as demandas visto que, na visão de Thomsen (2004), a estrutura de propriedade é um dos elementos que constituem a influência de um grupo de

investidores sobre uma empresa ou sociedade de economia mista, logo, sendo o Estado o lesionado mediante a perda de seu percentual controlador, em comparação ao grupo de Investidores não-brasileiros, dificulta-se, portanto, a efetivação da supremacia do interesse público sobre o privado, que engloba o interesse coletivo, fator essencial de uma sociedade de economia mista, enquadramento este implantado à Petrobras.

5 CONCLUSÃO

O trabalho proposto alcançou os objetivos delimitados inicialmente, onde foram observados parâmetros que contribuíram e outros que afetaram a efetivação da supremacia do interesse público sobre o privado, sendo este um princípio administrativo incidente sobre a Petrobras, que é uma sociedade de economia mista e, portanto, deve obedecer aos dois requisitos constitucionais que são o interesse coletivo e o imperativo nacional.

Em primeiro plano, quanto aos fatores introdutórios ao estudo da Petrobras, verifica-se que seu regime jurídico administrativo é estruturado com base em uma sociedade de economia mista, onde o Estado apresenta voto majoritário, tal expressão, passou a ser relativizada tendo em vista os impactos da perda do percentual do Grupo de Controle (Estado) sobre as ações, se comparado ao grupo de investidores estrangeiros.

Além disso, quanto a sua constituição histórica, observa-se que sua criação foi motivada pela necessidade nacional de explorar as demandas petrolíferas, tendo em vista que o setor privado não possuía o subsídio necessário para comportar os atos necessários para o desenvolvimento do Brasil na área do petróleo.

No que diz respeito aos aspectos organizacionais, percebe-se uma estrutura bem concreta a qual apresenta delimitações rígidas e necessárias para o desenvolvimento adequado de uma S.A., à vista de sua atuação abrangente no setor petrolífero nacional que desempenha atividades desde a exploração até o direcionamento para o mercado seja interno ou externo.

No que tange à análise da evolução do capital acionário e a conseqüente perda de autonomia do Grupo de Controle, identifica-se que os Investidores não-brasileiros atualmente dominam o outros dois grupos – Grupo de Controle e Investidores Brasileiros –, fator como esta estrutura preocupações se analisado sob a

ótica de Thomsen, que afirma que o domínio sobre a propriedade de uma empresa resulta em influência nas decisões e no futuro desta. Portanto, diante destes aspectos, capta-se que a influência do setor privado externo apresenta grande influência sobre os atos efetivados pela Petrobras, logo, gera impactos negativos na aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e, por consequência, a relativização do disposto do artigo 173 da Constituição de 1988, que direciona às sociedades de economia mista o respeito ao interesse coletivo e o imperativo nacional. Desse modo, estes pontos são lesados posto que o maior percentual das ações é destinado ao setor privado, que trona vulnerável o interesse público e coletivo, assim como este setor privado é voltado ao estrangeiro, que prejudica a garantia do imperativo nacional em relação à economia.

Quanto aos fatores que contribuem ou afetam a efetivação da supremacia do interesse público, inicialmente foi listado os investimentos em Pesquisas e Desenvolvimento (P&D) como meio favorável à concretização do princípio tendo em vista sua atuação social e econômica de grande relevância, em especial para as comunidades acadêmicas do país, como aprofundamento, o trabalho estudou os investimentos da Petrobras em P&D voltados à Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) que, com base nos relatório do FUNPEC, destinou por volta de 326,5 milhões de reais de seu capital para aplicação em pesquisa, desenvolvimento e mecanismos de suporte para a devida efetivação da P&D. Infere-se, portanto, que os investimentos da Petrobras em P&D contribuem para a efetivação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, em face do interesse coletivo previsto no artigo 173 do texto constitucional.

No que concerne às ações pioneiras da Petrobras, como base foi estudada a de extração de petróleo com uso de sondas no pré-sal, a qual de forma sumária apresentava grandes instabilidades quanto aos resultados que seriam obtidos, contudo, o Estado, por sua conta em risco, dedicou grande parte de seu orçamento para a efetivação da ação pioneira, que gerou bons frutos, e elevou o Brasil a ser pioneiro na tecnologia de extração de petróleo na zona do pré-sal e, como consequência, a abertura para novos investidores além do Grupo de Controle. Dessa maneira, identifica-se que a ação do Estado em investir em um projeto pioneiro evidencia a supremacia no interesse público sobre o privado, perante aplicação do imperativo nacional aplicado à economia, conduta esta prevista sem sentido amplo no artigo 173 da Carta Magna.

No tocante às formações de cartéis, foi analisada a Operação Lava Jato, que foi uma intervenção à conduta ilícita a qual a Petrobras estava envolvida, contatou-se, evidentemente, impactos negativos sobre a S.A. tendo em vista a perda de credibilidade sobre as ações desta e conseqüentemente, sua desestruturação financeira. Prontamente, este ato porta-se de forma contrário ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e divergente ao imperativo nacional, em razão da perda de investidores que afetou a economia do país, como também lesou o interesse público, em consequência da corrupção sobre as condutas efetivadas pela sociedade de economia mista.

Ante ao exposto, à vista das problemáticas que dificultam a efetivação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, constata-se a necessidade de duas medidas para mitigar tais aspectos. Em primeiro plano temos a problemática das formações de cartéis, para evitar sua incidência é de extrema necessidade um controle rígido sobre as receitas da Petrobras que é realizado pelo TCU e julgado pelo Congresso Nacional, ocorre que a corrupção permeia a âmbito legislativo e para a redução dessa neste espaço faz-se pertinente uma escolha consciente dos candidatos no momento de suas eleições. Por fim, quanto à perda de autonomia do Grupo de Controle, verifica-se a necessidade de maior aplicação da estruturação financeira *Project Finance*, base está já debatida no decorrer do presente trabalho, que pode ser conceituada como a aplicação de investimentos do setor privado sobre projetos das empresas públicas ou sociedades de economia mista, ou seja, a privatização ocorrerá nos projetos da Petrobras e não mais de forma direta sobre as ações da S.A. o que favorece a estabilização do Grupo de Controle sobre o capital acionário e, como resultado, o amparo sobre as decisões que visará de forma majoritária o interesse coletivo e o imperativo nacional, respeito assim a essência da sociedade de economia mista em questão, eixo este que decorre do artigo 173 da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 2004, de 03 de outubro de 1953**. Dispõe sobre a Política Nacional do Petróleo e define as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, institui a Sociedade Anônima, e dá outras providências. Rio de Janeiro, RJ, 03 out. 1953. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2004.htm. Acesso em: 17 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9478, de 06 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, DF, 07 ago. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm#art83. Acesso em: 17 fev. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Estudo Econométrico Sobre O Valor Estimado do Dano Causado Ao Erário Por Conta de Atuação de Cartel em Licitações. Acórdão nº 3.089. Brasília, 02 de dezembro de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/>. Acesso em: 17 fev. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book.

DUARTE, L.; NABARRO, W. Círculos financeiros e circuito do petróleo: instrumentos financeiros para investimento em atividades e fornecedores da Petrobras. **GEOUSP Espaço e Tempo (Online)**, [S. l.], v. 25, n. 3, 2021. DOI: 10.11606/issn.2179-0892.geosp.2021.174581. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/geosp/article/view/174581>. Acesso em: 17 fev. 2022.

FUNPEC/RN. **Investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento**. Disponível em: <https://funpec.br/>. Acesso em: 17 fev. 2022.

LEYDESDORFF, L.; ETZKOWITZ, H. The future location of research: a triple Helix of university-industry-government relations. In: **The European Association for the study of science and technology**, 1998, New York. Theme paper. New York: EASST, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

OLIVEIRA, Fabricio Bomtempo; FONTES FILHO, Joaquim Rubens. Changes in the configurations of corporate governance and agency relationship: a longitudinal analysis in a privately held company. **Cadernos Ebape.Br**, [S.L.], v. 19, n. 3, p. 510-523, set. 2021. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1679-395120200107>. Acesso em: 17 fev. 2022.

PEREIRA, João Ricardo et al. Danos de cartel em contratos com a Petrobras. **Revista Direito GV (Online)**. 2021, v. 17, n. 2. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172202122>. Acesso em: 17 fev. 2022.

PETROBRAS. **Estatuto Social do Petróleo Brasileiro A.A. - PETROBRAS**. Anexo à Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Diário Oficial da União: 17/12/1976.

Disponível em: <https://transparencia.petrobras.com.br/sites/default/files/Estatuto-Social-AGOE-27-Abril-2017-Portugues.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2022.

PETROBRAS. **Composição Acionária**. Disponível em: <https://www.investidorpetrobras.com.br/visao-geral/composicao-acionaria/>. Acesso em: 04 mar. 2022.

PETROBRAS. **Organograma**. Disponível em: <https://petrobras.com.br/pt/quem-somos/organograma/>. Acesso em: 04 mar. 2022.

PETROBRAS. **Planejamento Estratégico Horizonte 2030**: as grandes escolhas da Petrobras. 2014. Disponível em: <https://petrobras.com.br/fatos-e-dados/planejamento-estrategico-horizonte-2030-as-grandes-escolhas-da-petrobras.htm>. Acesso em: 04 mar. 2022.

POLETTO, Carlos Alberto; ARAÚJO, Maria Arlete Duarte de; MATA, Wilson da. Gestão compartilhada de P&D: o caso da Petrobras e a UFRN. **Revista de Administração Pública**, [S.L.], v. 45, n. 4, p. 1095-1117, ago. 2011. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-76122011000400009>. Acesso em: 17 fev. 2022.

PUNTA DEL ESTE. **Declaracion de los presidentes de america, de 14 de abril de 1967**. Uruguai, Disponível em: <http://www.summit-americas.org/declaracion%20presidentes-1967-span.htm>. Acesso em: 04 mar. 2022.

SARAVIA, Enrique. As empresas estatais como instrumento da política científico-tecnológica. **Cadernos Ebape.Br**, [S.L.], v. 3, n., p. 01-14, 2005. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1679-39512005000500008>. Acesso em: 17 fev. 2022.

SCHUTTE, Giorgio Romano. A economia política do conteúdo local no setor petrolífero de Lula a Temer. **Economia e Sociedade**, [S.L.], v. 30, n. 1, p. 115-140, jan. 2021. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1982-3533.2020v30n1art06>. Acesso em: 17 fev. 2022.

THOMSEN, S. Corporate values and corporate governance. **Corporate Governance**: The international journal of business in society, [S.L.], 2004, nº 4. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/242338057_Corporate_Values_and_Corporate_Governance. Acesso em: 08 mar. 2022.

DA SUPRA-CONSTITUCIONALIDADE LEGISLATIVA TRIBUTARIA E A NORMATIZAÇÃO DE TRIBUTOS POR INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONAIS

THE SUPRA-CONSTITUTIONALITY OF TAX LEGISLATION AND THE STANDARDIZATION OF TAXES BY INTERNATIONAL NORMATIVE INSTRUMENTS

PEREIRA, Francisco Caetano¹⁰
PRAZERES, Karla Luzia Alvares Dos¹¹
PRAZERES, Paulo Joviniano Alvares Dos¹²

RESUMO

O presente artigo busca, através de conceitos e normas, e utilizando pesquisa ainda em andamento, apontar para a possibilidade da instituição de tributos no Brasil através de tratados e convenções internacionais. Para tanto, abordou-se o conceito jurídico de soberania estatal, a incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo brasileiro, a interpretação do Art. 98 do CTN segundo o Judiciário e, por fim, a análise de viabilidade da instituição no Brasil de tais tributos. Através de pesquisa documental e bibliográfica, foi possível concluir parcialmente que, na seara tributária, nada impede que um tratado ou uma convenção internacional venha a instituir tributo no Brasil.

Palavras-chave: Direito Tributário; Soberania Estatal; Tributos; Tratados Internacionais, Convenções.

ABSTRACT

This article seeks, through concepts and norms, and using research still in progress, to point to the possibility of the institution of taxes in Brazil through international treaties and conventions. To this end, the legal concept of state sovereignty was addressed, the incorporation of international acts into the Brazilian positive law system, the interpretation of Art. 98 of the CTN according to the Judiciary and, finally, the analysis of the institution's viability in Brazil. such taxes. Through documentary and bibliographic research, it was possible to partially conclude that, in the tax field, nothing prevents an international treaty or convention from instituting tax in Brazil.

Keywords: Tax Law; State Sovereignty; Taxes; International Treaties, Conventions.

¹⁰ Pos-Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Doutor em Direito pela Universidade de Deusto; Professor da Universidade Católica de Pernambuco; Sacerdote Católico Romano; Advogado.

¹¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Estacio de Sa; Mestra em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã; Mestranda em Direito Internacional pela Universidad Autonoma de Asuncion; Tabeliã e Oficiala de Registros e Protestos na Paraíba.

¹² Doutor em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco UNICAP; Doutorando em Direito e Ciências Sociais pela Universidad Nacional de Cordoba; Mestre em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã; Mestre em Direito das Relações Internacionais pela Universidad de la Empresa; Tabelião e Oficial de Registros e Protestos na Paraíba.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho decorre de pesquisa ainda em andamento, que tem como tema buscar saber se é possível a instituição de tributos por intermédio de tratados e convenções internacionais no Brasil, cuja delimitação está centrada sob três objetivos específicos: i) perquirir o conceito de soberania estatal aplicado sob o prisma da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, inclusive nas searas financeira e tributária; ii) examinar a teoria adotada pelo sistema da CRFB/1988, buscando solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro; e iii) analisar a vigência e eficácia dos tratados e convenções internacionais em matéria tributária no Brasil, examinando o entendimento firmado pelos tribunais superiores brasileiros acerca da interpretação do artigo 98 do CTN e da harmonização dos tratados e convenções internacionais com a legislação tributária pátria.

Os referidos objetivos específicos visam alcançar o objetivo geral elencado, que é o de contribuir para o exame da harmonização do direito internacional com o ordenamento jurídico brasileiro, em especial na seara tributária.

A metodologia utilizada para desenvolver o presente trabalho pode ser sintetizada em pesquisa documental e bibliográfica. Na pesquisa documental, o foco estará voltado para o exame das decisões dos tribunais superiores brasileiros sobre o tema, tais como a ADIN 1.480-DF, a ADI 1480 MC, o RE 229.096, o REsp 90.871-PE e a Extradução 662-2 República do Peru.

A pesquisa bibliográfica estará direcionada à doutrina brasileira relacionada à harmonização do Direito Internacional com o ordenamento jurídico pátrio na área tributária, possibilitando ao pesquisador trazer o referencial teórico relacionado ao tema.

Assim, o presente trabalho apresenta resultados parciais da pesquisa documental que, até agora demonstram uma interpretação forçosa do artigo 98 do CTN e do próprio conceito de soberania.

2 O CONCEITO DE SOBERANIA ESTATAL APLICADO SOB O PRISMA DA PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS, INCLUSIVE NAS SEARAS FINANCEIRA E TRIBUTÁRIA

Para uma melhor compreensão desse trabalho de pesquisa faz-se necessário, inicialmente, trazer o conceito jurídico de soberania estatal. Não se trata de um conceito lógico-jurídico; mas sim de um conceito jurídico-positivo, assim podendo ser conformado com certo grau de flexibilidade pelo direito positivo pátrio. Nesta toada, nos parece bastante óbvio que a CRFB/1988 estabeleceu limitações à soberania estatal, prevendo a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, além de estabelecer o *status* de emenda constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Forte no princípio *pacta sunt servanda*, Alberto Xavier assevera que os tratados internacionais devem ser obedecidos pela legislação pátria, independentemente dos objetos (matéria) que tais normas alienígenas tratem (XAVIER, 1993, p. 102-103). A assertiva ganhou relevo em 2009, quando o Brasil ratificou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados¹³. Esta convenção em seu artigo 27 literalmente estabelece que um signatário não pode aduzir o seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado internacional. Entretanto, repita-se, mesmo antes da ratificação da Convenção de Viena, a CRFB/1988 já estabelecia a prevalência dos tratados e convenções internacionais sobre o ordenamento jurídico interno.

E não há falar que nas searas financeira e tributária não existam direitos humanos. Ora, salvo as políticas públicas negativas, não há como um determinado governo engendrar políticas públicas de consecução de direitos humanos que não perpassem pela execução do orçamento público. Assim, é intrínseca a relação do Direito Financeiro com a consecução de direitos humanos. Neste contexto, vale trazeremos à baila as conclusões de Fernando Facury Scaff, *in verbis*:

Retornando à questão inicial: o direito financeiro pode ser considerado um direito social?

A resposta é positiva, em especial quando a ele se atribui uma finalidade, que é a de cumprir os objetivos fundamentais estabelecidos na Constituição. Exatamente por isso que o conceito como a disciplina jurídica que estuda o modo pelo qual o Estado arrecada, reparte, gasta e se endivida, e como tudo isso é organizado e controlado, visando alcançar os objetivos fundamentais

13 BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília/DF.

da Constituição. Sem a análise dos objetivos, torna-se apenas uma disciplina instrumental, que pode ser usada para qualquer finalidade, inclusive as mais escusas.

Assim, pode-se afirmar que, quando os instrumentos do direito financeiro forem usados para alcançar os objetivos fundamentais da Constituição brasileira, inscritos no art. 3º, ele se configurará como um *direito social*, que deverá necessariamente ser exercido através do Estado – motivo pelo qual está no escopo das disciplinas a análise do direito financeiro eleitoral.

Todavia, quando esses instrumentos forem usados apenas como instrumento de privilegiamento de grupos ou pessoas, o direito financeiro cumprirá um papel de *dominação* em prol destes e contra a sociedade. Em razão desta distinção é que se torna tão importante estudar não só os instrumentos financeiros, mas também o *objetivo de seu uso*. Isso gera toda a diferença analítica, pois transmuda o direito financeiro de um instrumento social para um instrumento de dominação oligárquica. (SCAFF, 2018, p. 13-14).

Na mesma toada, Cláudia Gurgel leciona acerca da utilização do orçamento público na defesa dos direitos humanos, vejamos:

Dos instrumentos de atuação do Estado na realização de seus compromissos institucionais, o orçamento público se destaca nessa tarefa, quando, a partir de uma abordagem mais funcional, deixar de ser entendido como peça contábil e financeira fixadora apenas da previsão de receitas e a fixação de despesas para determinado período – visão tradicional do orçamento –, e passa a ser o veículo condutor dos planos governamentais de desenvolvimento. Com num aspecto mais dinâmico, torna-se um eficiente mecanismo de interação do Estado com a sociedade, dando suporte às ações públicas que se voltam à proteção e eficácia dos direitos humanos.

[...]

Com efeito, ao longo dos anos desde a promulgação da Carta de 1988, os debates acerca do novo constitucionalismo brasileiro em muito influenciaram as mudanças sobre as reais finalidades do orçamento público sob a ótica do direito orçamentário. Alinhadas, decerto às conquistas democráticas e ao fortalecimento dos direitos humanos, deixou-se de lado a visão clássica do orçamento público – como um documento puramente procedimental e processual na alocação das receitas e autorização de despesas públicas – mera peça contábil e financeira –, para evoluir na construção de um conceito de Orçamento-Programa, canalizador e viabilizador das ações públicas (políticas públicas), que expressem a proteção aos direitos humanos num planejamento do governo. (GURGEL, Cláudia, 2018, p 30).

Na seara tributária a assertiva é igualmente verdadeira. Os direitos humanos também são repercutidos com intensidade no âmbito tributário. Insofismavelmente a tributação também é instrumento de consecução desses direitos. Marcos Bueno da Penha discorre sobre o assunto:

Afastadas as premissas que embasam as concepções libertárias do fenômeno tributário, as quais culminam na forma hostil como o tributo é visto por muitos autores e, em consequência, na interpretação e na aplicação das normas tributárias o fato é que, ao contrário de representar uma espoliação do patrimônio dos contribuintes pelo Estado ou um mero sacrifício dos cidadãos, o tributo encontra seu fundamento no princípio da solidariedade social, bem como se apresenta, no Estado Democrático de Direito, como um

verdadeiro dever fundamental dos cidadãos de contribuir, na medida de suas condições econômicas, para o custeio das atividades estatais em prol da coletividade, ou seja, das políticas públicas que viabilizem os direitos sociais constitucionalmente previstos. (DA PENHA, 2018, p 188).

Nabais explica como hodiernamente os tributos devem ser entendidos:

(...) o imposto não deve ser considerado, como foi tendência durante o século passado, mormente na Alemanha, uma simples relação de poder, em que o estado faz exigências aos seus súditos e estes se sujeitam em consequência dessa relação. Noutros termos, o imposto não pode ser encarado, nem como um mero poder para o estado, nem simplesmente como mero sacrifício para os cidadãos, mas antes como o contributo indispensável a uma vida comum e próspera de todos os membros da comunidade organizada do estado.

Com efeito, um estado, para cumprir as suas tarefas, tem de socorrer-se de recursos ou meios de exigir dos seus cidadãos, constituindo justamente os impostos esses meios ou instrumentos de realização das tarefas estaduais. Por isso, a tributação não constitui, em si mesma, um objetivo (isto é, um objectivo originário ou primário) do estado, mas sim o meio que possibilita a este cumprir os seus objetivos (originários ou primários), actualmente consubstanciados em tarefas de estado de direito e tarefas de estado social, pressupõe um certo tipo de estado do ponto de vista do seu suporte financeiro – um *estado fiscal* – e, de outro se traduz, atento o seu actual carácter social, na exigência de uma parte considerável do rendimento do património, enquanto tais ou enquanto gastos ou consumidos na aquisição de bens e serviços, dos seus cidadãos. (...)

Pelo que, o dever de pagar impostos constitui um dever fundamenta como qualquer outro, com todas as consequências que uma tal qualificação implica. Um dever fundamental, porém, que tem por destinatários, não todos os cidadãos de um estado, mas apenas os fiscalmente capazes, (...).

Há, isso sim, o dever de todos contribuírem, na medida de sua capacidade contributiva, para as despesas a realizar com as tarefas do estado. Como membros dessa comunidade, que constitui o estado, ainda que apenas em termos econômicos (e não políticos), incumbe-lhes, pois, o dever fundamental de suportar os custos financeiros da mesma, o que pressupõe a opção por um estado fiscal, que assim serve de justificação ao conjunto dos impostos, constituindo estes o preço (e, seguramente, um dos preços mais baratos) a pagar pela manutenção da liberdade ou de uma sociedade civilizada. (NABAIS, 2009, p. 186).

Portanto, levando-se em conta o princípio financeiro da programação (orçamento-programa) e o objetivo intrínseco do tributo, queda-se em erro crasso asseverar que não há direitos humanos nas searas financeira e tributária. Corroborata tal assertiva o fato de que no moderno Direito Constitucional tudo deve levar à consecução da dignidade da pessoa humana.

3 A QUESTÃO DA INCORPORAÇÃO DOS ATOS INTERNACIONAIS AO SISTEMA DE DIREITO POSITIVO INTERNO BRASILEIRO: A TEORIA ADOTADA PELA CARTA POLÍTICA DE 1988 SEGUNDO A DOCTRINA PÁTRIA

A teoria monista indica a impossibilidade de dois sistemas jurídicos

terem validade concomitante, onde somente se admite a existência de uma única ordem lógico-jurídica, assim, englobando tanto o ordenamento interno como o internacional.

Helena Taveira Torres ensina que a teoria monista abarca três concepções. Na primeira prepondera o direito interno, que adota o conceito fechado de soberania estatal, cujo ponto nodal é a supremacia do direito interno sobre o direito internacional.

Na segunda concepção o predomínio é do direito internacional, sob a justificativa de que existem princípios e interesses na ordem internacional capazes de superar o conceito hermético de soberania estatal, o que daria prevalência ao direito internacional em relação ao ordenamento pátrio.

A terceira, denominada monismo moderado, equivale o ordenamento internacional ao nacional, utilizando a técnica da “lei posterior” como solução de eventuais conflitos. (TORRES, 2001, p. 557-558).

Assim, como contraponto à teoria monista temos a teoria dualista, que se sustenta em Dionisio Anzilotti e Heinrich Triepel, que concebem a existência de dois ordenamentos jurídicos distintos, internacional e pátrio, absolutamente desvinculados que convivem concomitantemente.

Em síntese, a teoria monista assevera que a ratificação dos tratados produz efeitos concomitantes tanto no ordenamento internacional como no pátrio; já a teoria dualista defende ser necessária a tramitação de um projeto de lei especial, que tenha por objeto os exatos termos do tratado ou da convenção internacional.

Na doutrina internacionalista pátria não existe consenso sobre qual teoria a Constituição brasileira adota. Taveira Torres assevera que a teoria adotada pela CRFB/1988 é a dualista, haja vista o "pluralismo sistêmico das ordens jurídicas, considerando que existem precisas fronteiras entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional...". (TORRES, 2001, p. 558). Ele defende que o fato de a norma internacional depender da aprovação do Congresso Nacional para vigorar no Brasil é a certeza de que a teoria adotada é a dualista.

Por outro lado, outros doutrinadores, tais como Betina Treiger Grupenmacher, asseveram que a CRFB/1988 adotou um sistema misto, isto é, que estão presentes na Carta as duas teorias, surtindo concomitantemente os seus efeitos. (GRUPENMACHER, 1999. p. 72). Justificam tal assertiva com o argumento de que os §§ 1º e 2º do artigo 5º da CRFB/88, refletem a teoria monista, entretanto,

agora com fulcro no artigo 49, I da CRFB/88, a teoria adotada é a dualista, quando o tratado internacional traz encargos ou compromissos gravosos para o patrimônio nacional.

Como não há unicidade na doutrina pátria quanto à teoria adotada pela CRFB/1988, coube ao Judiciário definir a questão, motivo pelo qual trazemos à baila parte do voto do Ministro Celso de Mello do Pretório Excelso, na ADIN 1.480-DF, asseverando que:

É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro.

Por esse motivo passamos a discorrer sobre o entendimento dos tribunais superiores brasileiros acerca do tema.

4 A VIGÊNCIA E EFICÁCIA DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA NO BRASIL: O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS ACERCA DA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 98 DO CTN E DA HARMONIZAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA PÁTRIA

Os tribunais superiores brasileiros, quando interpretaram o artigo 98 do Código Tributário Nacional, firmaram o entendimento de que além de tal artigo ter caráter nacional, logo com eficácia para todos os entes públicos, também estabeleceram que as normas de direito internacional e de direito interno estão em nível idêntico, assim, conferindo-as efeitos semelhantes e de que a União – pessoa jurídica de direito público interno – não se confunde com a República Federativa do Brasil – pessoa jurídica de direito público externo. Vejamos o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em trechos do julgamento do RE 229.096/RS, *in verbis*:

DIREITO TRIBUTÁRIO. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 DO ACORDO GERAL DE TARIFAS E COMÉRCIO. ISENÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS PREVISTA EM TRATADO INTERNACIONAL FIRMADO PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. ARTIGO 151, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ARTIGO 98 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ISENÇÃO HETERÔNOMA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (...) 2. O artigo 98 do Código Tributário Nacional "possui caráter nacional, com eficácia para a União, os Estados e os Municípios" (voto do eminente Ministro Ilmar Galvão). (..)

(STF - RE: 229096 RS, Relator: ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 16/08/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-065 DIVULG 10-04-2008 PUBLIC 11-04-2008 EMENT VOL-02314-05 PP-00985)

Entretanto, a partir do RE 80.004, julgado em 1977, a Corte mudou de posição, ao decidir, por ampla maioria, que o tratado não prepondera sobre a Lei Federal.

(...) Na realidade, há uma relação de coalescência, na Federação, entre uma ordem jurídica total (que emana do próprio Estado Federal, enquanto comunidade jurídica total, e que se expressa, formalmente, nas leis nacionais) e uma pluralidade de ordens jurídicas parciais, que resultam da União Federal, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios. Nesse contexto, as comunidades jurídicas parciais são responsáveis pela instauração de ordens normativas igualmente parciais, sendo algumas de natureza central, imputáveis, nessa hipótese, à União (enquanto pessoa política de caráter central e interno) e outras de natureza regional (Estados-membros/Distrito Federal) ou de caráter local (Municípios), enquanto comunidades periféricas revestidas de autonomia institucional. Cabe advertir, portanto, que o Estado Federal brasileiro - expressão institucional da comunidade jurídica total, que detém "o monopólio da personalidade internacional"(PAULO BONAVIDES, "Ciência Política", p. 197, item n. 3.1, 14ª ed., 2007, Malheiros)- não se confunde com a União, pessoa jurídica de direito público interno, que se qualifica, nessa condição, como simples ordem ou comunidade meramente central, tal como assinala, em preciso magistério, o saudoso e eminente VICTOR NUNES LEAL ("Problemas de Direito Público", p. 160/161, item n. 1, 1960, Forense).
(TJ-RJ - AI: 00295167520148190000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 1 VARA FAZ PUBLICA, Relator: MAURICIO CALDAS LOPES, Data de Julgamento: 16/06/2014, DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 26/06/2014)

Agora vejamos o entendimento da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos REsp 27.728, 37.065, 45.759, 47.244 e 196.560:

O mandamento contido no art. 98 do CTN não atribui ascendência às normas de direito internacional em detrimento do direito positivo, mas, ao revés, posiciona-as em nível idêntico, conferindo-lhes efeitos semelhantes.

Destarte, o STJ concluiu que o artigo 98 do CTN não dá às normas de direito internacional prevalência sobre às de direito interno. Acabou por consagrar o princípio da especialidade.

Natanael Martins, fazendo uma análise histórica, leciona que Roberto de Ullhôa Canto versando sobre o tema, asseverou que o artigo 98 somente buscou positivizar o entendimento pacífico da jurisprudência pátria à época. (MARTINS, 1995. p.195).

O Pleno do STF, na ADI 1.480, decidiu pela paridade hierárquica entre tratados internacionais e leis ordinárias, inadmitindo que as normas alienígenas prevaleçam sobre às nacionais. Vejamos parte do julgado:

(...) É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes.

(...)

SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional.

(...)

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporadas ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência.

(...)

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o

ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.

(...)

TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. - O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio pacta sunt servanda, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. (...)

(ADI 1480 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1997, DJ 18-05-2001)

Assim, infosismável é a assertiva de que o STF possui entendimento firme de que, em regra, os tratados internacionais "guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro" (STF, Extradução 662-2 República do Peru, de 28/11/96).

No que tange à harmonização dos tratados e convenções internacionais com a legislação tributária pátria, o STF firmou entendimento de que o Brasil adota a teoria dualista moderada, assim, estabelecendo que, após a assinatura do tratado ou de convenção internacional pelo Brasil, é necessário que haja a respectiva aprovação do Congresso Nacional e, em seguida, a publicação de decreto executivo que, em língua portuguesa, repita os termos da norma internacional harmonizada, ratificando-a.

5 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS INSTITUÍREM TRIBUTOS NO BRASIL

Por tudo acima expendido, tanto sob a ótica da teoria dualista como na monista, ao nosso sentir, parece-nos juridicamente possível a instituição de tributos por intermédio de tratados ou convenções internacionais no Brasil. Isto porque, sob o prisma da teoria dualista, torna-se evidente a ascendência do direito internacional sobre o direito pátrio, possibilitando, assim, sem maiores reflexões, a instituição de tributos no Brasil por intermédio de normas internacionais.

Todavia, cumpre consignar que o princípio da legalidade tributária não é mais entendido como um conceito fechado; ao revés, tal conceito foi flexibilizado quando o STF julgou a constitucionalidade do § 2º do artigo 62 da CRFB/88, introduzido pela Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, que cria regra de eficácia de imposto que venha a ser instituído ou aumentado por medida provisória. Assim, hodiernamente, a melhor conceituação é a de que o tributo somente pode ser instituído ou aumentado por lei ou norma com status de lei.

A regra geral é a de que tributo é instituído ou aumentado por lei ordinária. As exceções são os quatro¹⁴ tributos que a própria CRFB/1988 estabelece a necessidade de lei complementar para serem instituídos; a instituição ou aumento de imposto por medida provisória; e, ao nosso sentir, a instituição de tributo por tratado ou convenção internacional.

Explico. A motivação que o STF utilizou para declarar a constitucionalidade do § 2º do artigo 62, em cotejo com o artigo 150, I, ambos da CRFB/88, foi justamente a assertiva de que a medida provisória enquanto vigente, tem ela status de lei ordinária, assim não ferindo o princípio da legalidade tributária.

Ora, a teoria dualista moderada abarcada pelo STF, dá à norma internacional, quando harmonizada ao ordenamento jurídico pátrio, o status de lei ordinária, assim não indo de encontro ao princípio da legalidade tributária, disposto no artigo 150, I, da CRFB/88.

A interpretação pretoriana do artigo 98 do CTN também desemboca no entendimento de que os tratados e as convenções internacionais têm status de lei ordinária. Ademais disso, o conceito de legislação tributária, inserto no artigo 96 do CTN, estabelece expressamente que os tratados e as convenções internacionais integram aquele conceito determinado.

E não há falar que as condicionantes contidas no artigo 154, I, da CRFB/88, para a instituição de um novo imposto (imposto residual) é motivo suficiente para impedir a sua instituição por intermédio de um tratado ou convenção internacional, posto que tal dispositivo integra o rol da dita “reserva de lei complementar”, uma vez que as normas internacionais, quando harmonizadas com o direito interno, somente alcançam o status de lei ordinária. Essa aparente barreira é facilmente transposta quando verificamos que as condicionantes contidas no artigo

14 - Empréstimos compulsórios (art. 148, I e II, da CRFB/88); IGF (art. 153, VII, da CRFB/88); impostos residuais (art. 154, I, da CRFB/88); e as contribuições residuais (art. 195, § 4º, da CRFB/88).

154, I, da CRFB/88 são expressamente dirigidas à União, pessoa jurídica de direito público interno; distinta da República Federativa do Brasil, pessoa jurídica de direito público externo.

Mas na doutrina pátria há quem entenda pela impossibilidade da instituição de tributo no Brasil por intermédio de norma internacional. Luís Eduardo Schoueri, perfilado à ideia de “tratados-contratos”, espousa tal entendimento, vejamos:

[...] ao se admitir que os acordos de bitributação sejam leis especiais, abre-se espaço para que uma lei ‘mais especial’ prevaleça sobre os tratados, contrariando o disposto no artigo 98 do Código Tributário Nacional. O raciocínio baseado na especialidade é perigoso: ao se aceitarem suas premissas, poder-se-ia, também, admitir que, se houvesse uma lei ainda mais especial, esta prevaleceria sobre os tratados. Ou seja: bastaria o legislador dizer que para uma específica matéria não devem ser observados os tratados, que o argumento da lei especial – e com ele o disposto no artigo 98 do Código Tributário Nacional – cairia por terra. (...) A prova clara de que não há hierarquia está na obviedade de que um acordo de bitributação não se presta para criar um tributo: nos termos do Princípio da Legalidade, somente a lei pode instituir tributos. (SCHOUERI, 2015, p. 121-122).

Assim observamos que a União, como ente federativo responsável por representar a soberania estatal brasileira frente ao Direito Internacional, poderia isentar por meio de tratados internacionais tributos que são da competência instituidora dos Estados-membros, Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios?

Haja posto que, segundo a interpretação literal do art. 151, III da Constituição Federal, assim como, pelo Princípio da Competência Rígida, toda a matéria sobre isenção caberia única e exclusivamente aos entes federados constitucionalmente competentes para instituir o tributo, ou seja, somente quem pode instituir isenções, são aqueles que ao mesmo tempo possam criar os tributos.

Contudo, os tratados internacionais que são normas de Direito Internacional, onde dois ou mais países, regulam situações comuns, com efeitos *ex nunc* de situações fáticas que antes eram regulados pela lei interna de cada país autonomamente. Contudo, seria este o meio idôneo para legitimar a União na função de isentar tributos Estaduais e Municipais?

Cada dia que se passa se vivencia muito a internacionalização do mundo em si, assim como da Ciência do Direito, logo, estaria a nossa Constituição na contramão do mundo neoliberal globalizado, que muito utiliza dos tratados internacionais para, por exemplo, evitar dupla tributação sobre patrimônio e renda?

Frente a este novo mundo globalizado que está sendo germinado pelo direito comunitário, onde diversos blocos econômicos como a União Europeia, composto por diversos países, estão diminuindo sua soberania para continuar com poderio econômico, armamentistas, políticos, dentre outros.

A União como representante do Brasil em tratados e convenções internacionais deve ter bem nítido o incontestável poder ao ser signatário dos mesmos, para não correr riscos de sofrer embargos econômicos por descumprimento do que foi pactuado entre os entes soberanos. Assim como, para realizar sua emersão no mundo globalizado, que é o caminho de “via única” no planeta globalizado.

Após a ratificação do tratado internacional, o Brasil, como seguidor da Teoria Dualista de Eficácia dos Tratados Internacionais, deve cumprir o que foi pactuado, haja visto, que o Congresso Nacional participa junto com o Poder Executivo na legalização do mesmo no território brasileiro, legislando dessa forma para a nação brasileira, e não só para os interesses da União. São interesses da República Federativa do Brasil.

Sendo a isenção uma norma de exercício de competência, somente a União teria o poder de em tratados internacionais não permitir que fatos geradores atuem sobre determinadas situações fáticas que outrora (antes do tratado), caracterizava norma de incidência tributária, pois só a União, tem legitimidade para figurar como membro de tratados, diferentemente das outras entidades federativas, como os Municípios, Estados-Membros e Distrito Federal.

Diante de tudo isso, para se provar a constitucionalidade dos tratados internacionais que deferem isenções de tributos Municipais, Estaduais e do Distrito Federal, é preciso primeiramente verificar se foi ou não recepcionado o art. 98 do Código Tributário Nacional, assim como, alertar os operadores do direito sobre o dever de interpretar de forma útil os textos legislativos do Sistema Tributário Constitucional.

Para que, possa demonstra que a União não só pode, como deve neste mundo globalizado, por meio de tratados internacionais atribuir isenções de tributos que em uma primeira análise caberia unicamente aos entes federativos designados expressamente na Constituição. Por ser a mesma, a única com legitimidade para participar da feitura de tratados internacionais, como representante do Estado soberano brasileiro.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a globalização, cada vez mais os tratados e as convenções internacionais denotam-se não somente como fontes de direitos e obrigações entre Estados soberanos, mas também como instrumentos – ainda não tão eficazes – de consecução de direitos humanos.

O conceito de soberania estatal não é lógico-jurídico, mas sim jurídico-positivo, o que permite a flexibilização de sua conformação pelo direito positivo.

A CRFB/1988 estabeleceu limitações à soberania estatal, prevendo a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, além de estabelecer o *status* de emenda constitucional aos tratados internacionais que tenha por objeto os direitos humanos.

É intrínseca a relação dos Direitos Financeiro e Tributário com os direitos humanos. São direitos que instrumentalizam a consecução de direitos humanos, posto que também buscam, em última análise, a implementação da dignidade da pessoa humana.

Os tribunais superiores brasileiros, interpretando o artigo 98 do CTN, firmaram o entendimento de que tal artigo tem caráter nacional e que as normas de direito internacional e de direito interno estão em nível idêntico, assim, conferindo-as efeitos semelhantes.

Os entendimentos pretorianos sobre o tema nos parecem descompassados do Direito Internacional, em especial a partir de 2009, quando o Brasil ratificou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que em seu artigo 27 estabelece que um signatário não pode aduzir o seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado internacional.

Sobre a matéria, aparentemente o STF decide com notas da cordialidade de Sérgio Buarque de Holanda e do jeitinho de Livia Barbosa, pois seleciona ao seu alvedrio e conveniência quais normas alienígenas aplicar no ordenamento pátrio, o que merece maiores investigações.

Juridicamente falando, ao nosso sentir, nada impede que um tratado ou convenção internacional venha a instituir tributo no Brasil, haja vista a adoção da teoria dualista moderada adotada pelo STF.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília/DF.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF.

BRASIL. **Decreto nº 7.030**, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília/DF.

DA PENHA, Marcos Bueno Brandão. **Tributação, Solidariedade Social e o Dever Fundamental de Pagar Tributos: A Função dos Tributos no Estado Democrático e Social de Direito**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p 188.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 72.

GURGEL, Cláudia. **Democracia Brasileira Participativa e o Orçamento Público na Defesa dos Direitos Humanos**. Políticas Públicas e Tributação. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p 30.

LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público**, Rio de Janeiro, Forense, 1960.

MARTINS, Natanael. **Tratados Internacionais em Matéria Tributária. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v.3, n. 12, p. 193-201, jul./set. 1995.

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2009, p 185-186.

SCAFF, Fernando Facury. **Direitos Sociais e Tributação**. Tributação e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

TORRES, Heleno. **Pluritributação Internacional sobre a Renda das Empresas**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

XAVIER, Alberto. **Direito Internacional do Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

JUDICIALIZACIÓN DE LOS SUPERIORES EN LOS CASOS DE MACROCIMINALIDAD EN COLOMBIA: LÍNEA Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

GONZÁLEZ, Álvaro Salgado¹⁵

TARRÁ, Carolina García¹⁶

SUA, Edgardo Serpa¹⁷

RESUMEN: En el presente artículo de investigación, se trazó una línea jurisprudencial siguiendo la ingeniería reversa, con el objetivo de identificar la postura de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en lo referente al grado de intervención delictiva de los sujetos con autoridad, por el actuar de sus subordinados. Además, se realizó un análisis pormenorizado al pronunciamiento que se descubrió es de uso frecuente por parte de la jurisprudencia de este tribunal. Como resultado obtenido, se determinó que no existía un precedente que dé solución al tema, encontrándose constantes fluctuaciones en las decisiones bajo estudio.

Palabras Claves: coautoría impropia; autoría mediata; mando; subordinados

ABSTRACT: In this research article, a line of jurisprudence was traced following reverse engineering, with the objective of identifying the position of the Criminal Chamber of the Supreme Court of Justice regarding the degree of criminal intervention of persons in authority, due to the actions of their subordinates. In addition, a detailed analysis was made of the pronouncement that was discovered to be frequently used by the jurisprudence of this court. As a result, it was determined that there was no precedent that gives a solution to the issue, finding constant fluctuations in the decisions studied.

Key words: Joint perpetration; perpetration-by-means; command; subordinates

1 INTRODUCCIÓN

Colombia es un país que se ha caracterizado por su guerra intestina, lo que ha generado un alto índice de violencia que sufre hasta hoy en día, muestra de

¹⁵Magister en Derecho Penal. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena, Profesor universitario. Director del Semillero Germinación y Tutela Penal adscrito al Grupo Derechos humanos y Teoría Fundamental PHRONESIS. alvarosalgado@gmail.com

¹⁶ Estudiante de 9° Semestre de Derecho en la Universidad de Cartagena, perteneciente al semillero Germinación y Tutela Penal adscrito al Grupo Derechos humanos y Teoría Fundamental PHRONESIS. manuelserpasua@gmail.com

¹⁷ Estudiante de 9° Semestre de Derecho en la Universidad de Cartagena, perteneciente al semillero Germinación y Tutela Penal adscrito al Grupo Derechos humanos y Teoría Fundamental PHRONESIS. carolinagarcia329@hotmail.com

ello, es que desde la década de los setenta se han podido establecer la existencia de más de 30 agrupaciones guerrilleras (Observatorio de Paz y Conflicto 2016, pp. 2-4) y 40 estructuras paramilitares (Observatorio de Procesos de Desarme Desmovilización y Reintegración, 2012, p. 3), esto sin contar a las estructuras criminales de carácter mafiosas (Bushnell, 2018, pp.366-447). Dichos casos de macrocriminalidad han supuesto un reto para el derecho interno, los cuales han sido superados, en gran medida, a través de procesos y acuerdos de desmovilización¹⁸.

Ahora bien, anteriormente, la superación de una situación masiva de violación de derechos humanos se daba por medio de políticas de perdón y olvido, en donde los actores en conflicto eran amnistiados o indultados por sus delitos a través de una ley, esta solución fue de amplia aplicación en nuestro cono sur una vez finalizadas las dictaduras militares. Pero dicha situación era insostenible, dado que se desconocía el derecho de las víctimas y las conductas atroces quedaban en la impunidad, lo que género que se estableciera un estándar internacional de judicialización, el cual estipula que: “(...) las leyes de amnistía, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu del Pacto de San José, pues infringen lo dispuesto por sus artículos 1.1.y 2 (...)” (CIDH, 2011, p 67), esto se debe, en razón a que:

impiden la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos y, consecuentemente, el acceso de las víctimas y sus familiares a la verdad de lo ocurrido y a las reparaciones correspondientes, obstaculizando así el pleno, oportuno y efectivo imperio de la justicia en los casos pertinentes, favoreciendo, en cambio, la impunidad y la arbitrariedad, afectando, además, seriamente el Estado de derecho, motivos por los que se ha declarado que, a la luz del derecho internacional, ellas carecen de efectos jurídicos.” (GARGARELLA, 2016, p. 95)

Este precepto ha sido aceptado por el Estado colombiano, quien, ante los procesos de desmovilización, tanto de los integrantes de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) como los de la Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), ha implementado modelos de justicia transicional¹⁹, los cuales pretenden la

¹⁸ Ejemplo de esto, son los procesos de desmovilización realizados por: Ejército Popular de Liberación, Movimiento 19 de abril, Partido Revolucionario de Trabajadores, Movimiento Armado Quintín Lame, Comité de renovación socialista, Autodefensas Unidas de Colombia, Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, entre otros.

¹⁹ Los mismos pueden ser vistos tanto en la Ley 975 del 2005, Ley de Justicia y Paz, como en la Ley 1820 de 2016 y sus concordantes.

judicialización por medio de procesos especiales de los actores armados, o participantes dentro del conflicto, de los responsables por conductas atentatorias contra el *ius cogens*²⁰. No obstante, el cumplimiento de esta obligación internacional genera a su vez un problema de carácter jurídico-penal en el ordenamiento interno, dado que, en procura de garantizar, a su vez, todas las garantías fundamentales a los procesados, es necesario realizar la valoración del grado de intervención²¹ dentro de la conducta investigada, tema que se polemiza al tratarse de la endilgación de responsabilidad a mandos por las conductas de sus subordinados, puesto que aquellos no suelen tener participación directa o material en el hecho y no correspondería con los estándares de justicia la calificación accesoria de inductores o también llamados, determinadores, según nuestro precepto legal (art. 30 del C.P.).

Este problema ha tenido que ser afrontado por la jurisprudencia nacional, en especial por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ), en cumplimiento de su función unificadora de la jurisprudencia como tribunal de cierre, y ante el silencio doctrinario actual sobre este punto, siendo que hoy hasta la misma Justicia Especial para la Paz enfrenta el mismo desafío, nos proponemos como objetivo general establecer la posición adoptada por la CSJ, en relación al grado de intervención de los mandos en una estructura de macrocriminalidad frente a las conductas desplegadas por sus subordinados. Además, nos hemos trazado tres objetivos específicos, a saber: (I) Trazar una línea jurisprudencial a partir de los casos en donde se judicialice a los sujetos con poder de mando dentro de un Grupo Armado Organizado (en adelante GAO) en razón de los delitos cometidos por los subordinados; (II) Establecer la influencia de la sentencia del 2 de septiembre de 2009, Rad. 29221, en la fluctuación de la línea jurisprudencial del tema y; (III) Analizar la sentencia del 2 de septiembre de 2009, Rad. 29221, como providencia relevante que aborda la problemática de investigación.

Para el abordaje de dichos tópicos, realizamos una investigación orientada por el método cualitativo, debido a que el enfoque se da en el derecho judicial nacido de las providencias de la CSJ, para establecer la existencia o no, de un

²⁰ Cuando hacemos referencia a *ius cogens*, lo hacemos bajo la acepción de conductas atentatorias de la paz internacional, es decir, de aquellas acciones que son catalogadas como crímenes internacionales.

²¹ La expresión “intervención” o “interviniente”, será usada en este texto desde su concepción más amplia y general, por lo que no se hace referencia a la forma específica de coautoría contemplada en el artículo 30 de la Ley 599 del 2000, a menos que expresamente se mencione el uso de dicha acepción

precedente judicial respecto al título de intervención delictiva endilgado a los sujetos con poder de mando en las organizaciones criminales frente a las conductas desplegadas por los eslabones más bajos de la organización. En esa medida, procederemos a hacer uso de la herramienta enseñada por Diego López Medina (2019, pp.139-192), esto es, una línea jurisprudencial que se concreta en los siguientes pasos: (i) hallar el punto arquimédico (ii) aplicar la ingeniería reversa y, (iii) identificar la telaraña y los puntos nodales de jurisprudencia. Finalmente se hará un análisis jurisprudencial de la sentencia seleccionada como relevante, resaltando los aspectos importantes a la pregunta problema planteada. Dicha sentencia fue escogida dado que una vez construida la línea jurisprudencial, se encontró presente, de forma reiterada, en los nichos citacionales de las sentencias estudiadas.

Finalizado dicho proceso, podremos dar respuesta a la pregunta problema: ¿Cuál ha sido la posición adoptada por la Sala de Casación Penal, de la Corte Suprema de Justicia, en relación al grado de intervención de los mandos en una estructura de macrocriminalidad frente a las conductas desplegadas por sus subordinados? Para terminar con algunas conclusiones al respecto.

2 FORMA DE INTERVENCIÓN DELICTIVA DE LOS SUPERIORES EN LOS GAO: LÍNEA JURISPRUDENCIAL

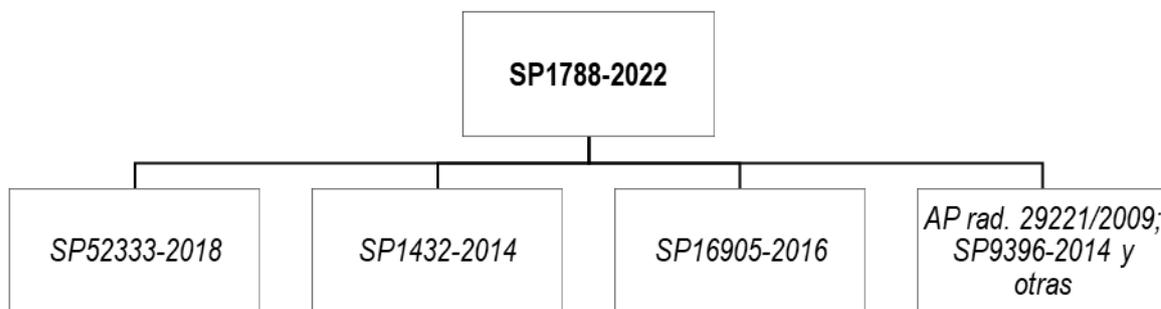
En el presente apartado procederemos a realizar una línea jurisprudencial enfocándonos en las providencias de la CSJ, las cuales serán seleccionadas dependiendo al patrón fáctico que le corresponda analizar al Tribunal. Así pues, los hechos relevantes que deben presentarse en los casos objeto de estudio, deben estar estrechamente ligados a los siguientes patrones: (i) que el o los procesados, ostenten una posición de mando –jefes, líderes, comandantes o similares- , ya sea de iure o de facto (ii) que dicho poder de mando lo ejerzan en una organización jerarquizada cuyos fines, total o parcialmente, sean delictivos , (iii) que se les investigue por los delitos cometidos por los sujetos que se encuentran en la parte más baja de la organización (subordinados), los cuales se identifican como los ejecutores materiales de la conducta punible.

Igualmente, entre el cumulo de providencias que se seleccionen debido a que cumplen con el patrón fáctico, se filtraran aquellas que resuelvan el siguiente problema jurídico:

¿Bajo qué forma de autoría o participación, responden los sujetos que ejercen poder de mando en una organización con fines, total o parcialmente, delictivos, a raíz de las conductas punibles cometidas por los subordinados?

A partir de los aspectos planteados, continuaremos identificando el punto arquimédico, siendo este una providencia. lo más reciente posible y que tenga una analogía -en lo posible- estrecha, a los patrones fácticos establecidos. En ese sentido, consideramos que la providencia que se acoge a los parámetros anteriores es la SP 1788-2022, por medio de la cual se da la judicialización de desmovilizados del Frente Héctor Julio Peinado Becerra de las AUC, entre los que se encuentra el excomandante J. A. H. V., al cual se le responsabiliza por los delitos sexuales desplegados por los subordinados del grupo armado organizado. Por consiguiente, presentamos su respectivo estudio citacional:

Figura 1

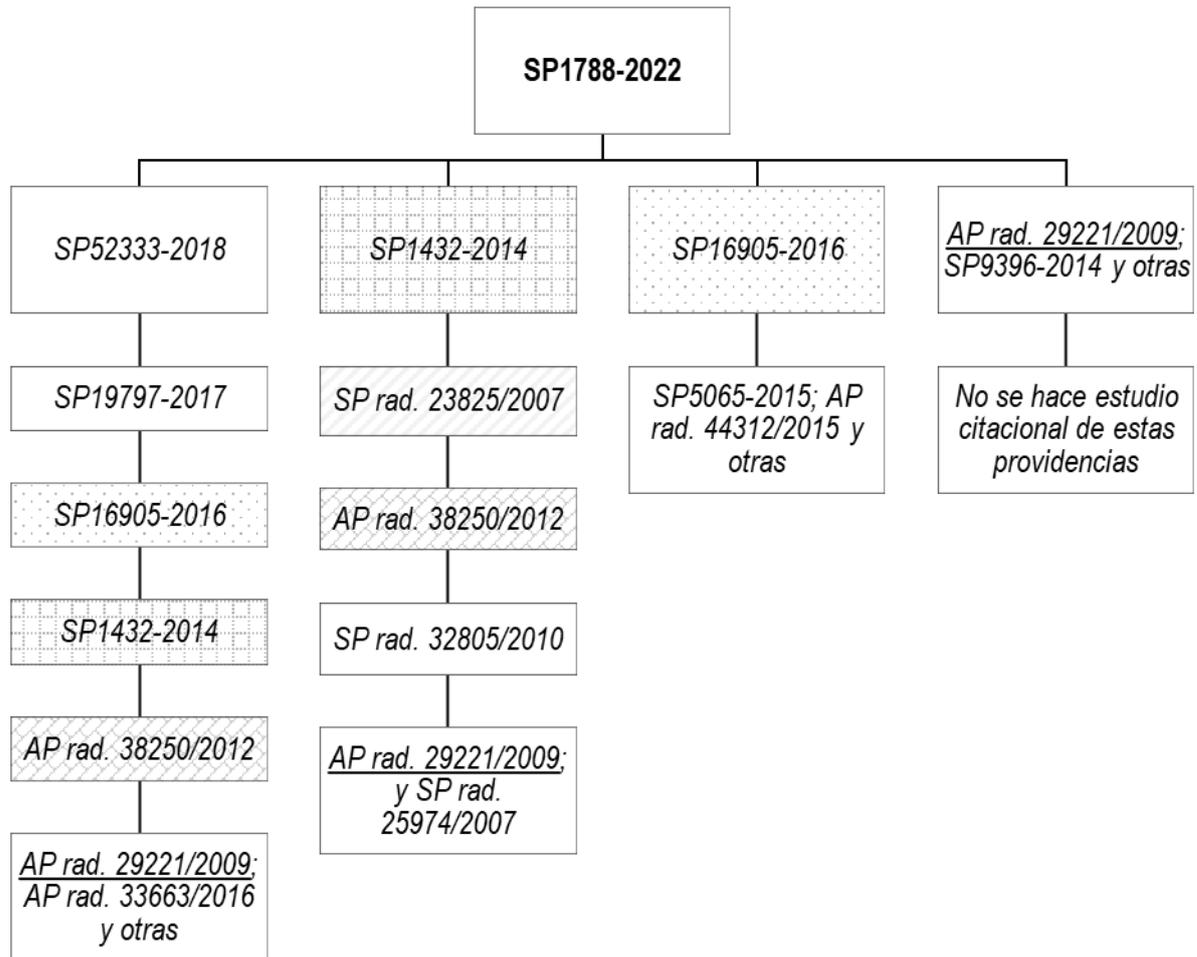


Fuente: elaboración propia

De las providencias citadas por la SP 1788-2022, solo tres se asemejan al núcleo fáctico objeto de estudio. Las demás citas, son utilizadas por la corte como jurisprudencia indicativa, lo cual quiere decir que son citadas por los conceptos comunes que se disponen en aquellas, pero no por su analogía fáctica al caso que resuelve la Corte en su momento. Por dicha razón, a las providencias ubicadas en el último recuadro, no se les realizará estudio citacional.

A continuación, presentamos el nivel 2 del nicho citacional:

Figura 2



Fuente: elaboración propia

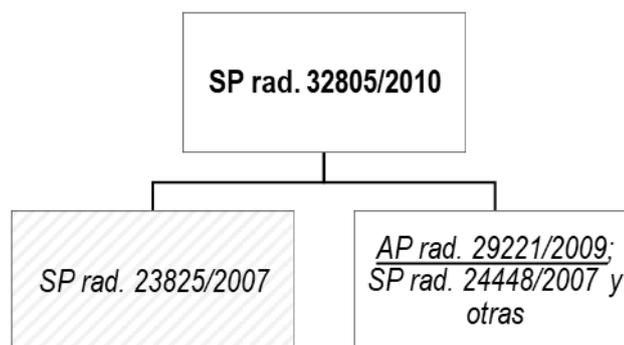
De los resultados del segundo nivel, encontramos algunas providencias que encajan con los patrones fácticos, no obstante, se debe señalar que la Corte Suprema de Justicia, tiende a referenciar decisiones en las que los hechos relevantes son dispares al caso *subjudice*, no acogiendo a los requisitos del precedente judicial. Esto conlleva a unos resultados poco satisfactorios al momento de construir la línea jurisprudencial. Sin embargo, ya en este nivel, resaltan varias decisiones, entre las que se encuentra, la SP 1432-2014, por la cual se juzga la responsabilidad penal de M.A. S. O., segundo al mando del Bloque Bananero de las AUC, por su participación en la muerte de C.C.G., al encomendar a sus mejores hombres para el cumplimiento de la misión encomendada por V.C.G., decidiendo la Corte, no casar la sentencia y confirmar su condena como coautor impropio del homicidio. Por otro lado, en el auto con rad. 38250 de 2012, se procesa a J. G. M. L., en su calidad de comandante del frente 'William Rivas', grupo organizado de las AUC, ya que se

acreditó que los delitos cometidos por los subordinados, se realizaban según las órdenes expresas del postulado, a lo cual, es condenado como autor mediato.

Pues bien, en este punto consideramos factible realizar un tercer nivel de citaciones, estudiando las sentencias y autos citados por las providencias encontradas en el segundo nivel, empero, como ya veníamos indicando, muchas de las referencias que se utilizan no encajan con el supuesto fáctico y, como es debido, deben ser descartadas. Por consiguiente, al no hallar viable un tercer nivel para identificar las sentencias más importantes, hemos decidido seleccionar la sentencia de 2010 con rad. 32805 para graficar su propio nicho citacional, la cual, si bien a simple vista aparece citada una vez, lo cierto es que el mismo caso que se analiza en aquella, es analizado en el auto de 2016 con rad. 33663, el cual se cita en la SP52333-2018. Los hechos relevantes del mismo, cumplen con el núcleo fáctico inicialmente estipulado y desarrolla el problema jurídico, sin embargo, debe descartarse porque se encuentra bajo reserva estando público solo su extracto, situación que imposibilita el estudio citacional.

Así pues, como solución final optamos por escoger la sentencia de 2010 con rad. 32805, que contiene los mismos hechos y realizar un último estudio citacional:

Figura 3



Fuente: elaboración propia

De la telaraña, producto del estudio citacional, podemos identificar unos puntos nodales que seleccionamos para presentarlos como resultados obtenidos, y los cuales ilustraremos a partir de la conceptualización de puntos opuestos, estos son, la solución por autoría mediata y la solución por coautoría impropia, y de esta manera poder identificar las fluctuaciones sufridas por la jurisprudencia de la Sala Penal sobre este punto.

Figura 4

¿Bajo qué forma de autoría o participación, responden los sujetos que ejercen poder de mando en una organización con fines, total o parcialmente delictivos, a raíz de las conductas punibles cometidas por sus subordinados?

<p>Son coautores impropios por división del trabajo, pues hay un conocimiento y voluntad común entre todos los sujetos de la organización, aunque no concurren a la realización material del ilícito</p>	<p>● SP rad. 23825/2007</p> <p>● SP 1432-2014</p> <p>● SP 16905-2016</p> <p>● SP 52333-2018</p> <p>● SP 1788-2022</p>	<p>● SP rad. 32805/2010</p> <p>● SP rad. 38250/2012</p> <p>Son autores mediatos, dado que se garantiza la realización del hecho a partir del dominio o control de la organización que ostentan, independientemente del ejecutor material</p>
---	---	---

Fuente: elaboración propia

Del gráfico anterior, se tiene que en el año 2007, la CSJ al judicializar al Comando Central del Ejército de Liberación Nacional por la masacre de Machuca, decide condenar a estos sujetos como coautores impropios de los delitos cometidos por los ejecutores aunque no concurrieran en la ejecución material del ilícito y lo hace teniendo en cuenta que aquellos sientan las directrices de la organización, están gobernados por el principio de reciprocidad, ostentan dominio funcional y además existe una voluntad y conocimiento común entre aquellos y toda la organización. En esa oportunidad, la Corte menciona que no resulta pertinente analizar la teoría de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, en la medida que, por lo argumentado, la coautoría encajaba adecuadamente a los hechos y, porque, además, los ejecutores materiales no fueron instrumentalizados, utilizados o engañados por los sujetos con poder de mando. Así pues, se reitera la posición, según la cual, en la autoría mediata siempre se requiere la instrumentalización de un individuo por parte del hombre de atrás. Adicionalmente, los argumentos de esta providencia se apoyan únicamente en jurisprudencia indicativa, es decir, providencias que no encajan en sus

hechos con el caso *subjudice*, por lo cual, se nos imposibilita seguir retrocediendo en la construcción de la línea jurisprudencial y tomamos esta sentencia como providencia fundadora.

Posteriormente, en el año 2010 y 2012, la CSJ expresamente se acoge a la figura de la autoría mediata por dominio de la organización, sin hacer mayor desarrollo sobre la razón de acogimiento a dicho postulado, y sin encontrarse mayor fundamento doctrinario.

No obstante, tal como se muestra en los resultados obtenidos, las consideraciones no son uniformes, en el sentido que, entre 2014 y 2016, la CSJ se inclinó nuevamente a la coautoría impropia como forma de atribuir los comportamientos delictivos de los subordinados a los sujetos con poder de mando. Igualmente, en sentencias más recientes, 2018 y 2022, la Corte estipula que los casos aquí analizados, en donde se judicializan a los máximos responsables, deben dirimirse a través de la forma de intervención delictiva apropiada, refiriéndose a la autoría mediata. Estas últimas decisiones las ubicamos en una posición menos radical, en la medida que la Sala no atribuye en todos los casos, donde se judicialice a un sujeto con poder de mando que no participa de la ejecución del delito, responsabilidad a título de autor mediato *per se*, sino que diferencia aquellas constelaciones en donde los delitos cometidos por los subordinados no se dan por orden expresa de los comandantes ni encajan en el plan global de la organización, a lo cual, la solución adecuada es la figura de “responsabilidad del superior” que se halla presente en el Estatuto de Roma, el cual a su vez, hace parte integral del ordenamiento según lo ordenado por el art. 2° de la Ley 599 del 2000²².

3 INFLUENCIA DE LA SENTENCIA DEL 2 DE SEPTIEMBRE DE 2009, RAD. 29221 EN LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

Dentro del proceso investigativo realizado para la construcción de la línea jurisprudencial, fue notoria la presencia de la sentencia Rad. 29221, del 2009, a punto de ser la providencia con más citaciones realizadas

²² Art. 2°: “INTEGRACIÓN. Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este Código”. Igualmente, dicho tratado fue acogido al derecho interno por medio de la Ley 742 de 2002.

De la construcción de la línea jurisprudencial precedente, resulta intrigante el cambio de posición adoptado de la sentencia del 7 de marzo de 2007, Rad. 23825, en contra posición de la providencia del 23 de febrero de 2010, Rad. 32805, dado que, aun cuando ambas resuelven casos de analogía estrecha, la primera opta por la vía de la coautoría y la segunda por la de la autoría mediata. Leídos ambos pronunciamientos, nos percatamos que no existe una creación de derecho judicial por el último de ellos, en el sentido que no tiene como principal base de fundamentación un fuerte desarrollo doctrinal para realizar la labor hermenéutica, como también carece de apoyo de derecho judicial previo, puesto que no cita casos análogos en donde se dieran las razones jurídicas para el cambio de postura. Debido a esto, nos preguntamos entonces ¿qué pasó? Y la única respuesta factible que vemos es la expedición de la sentencia del 2 de septiembre de 2009, Rad. 29221, pues la Sala, en el 2010, sin dar mayores razones establece que la autoría mediata es la solución viabilizada por la por la jurisprudencia nacional en el juzgamiento de mandos por los delitos de sus subordinados, a partir de la cita de la providencia en mención.

Seguida la construcción de la línea, como mencionábamos, encontramos que la sentencia que presentaba mayor número de citas es la de Rad. 29221, de 2009, en su gran mayoría sirviendo como argumento medular para la atribución de responsabilidad a título de autoría mediata. Ejemplo de lo mismo puede ser esta consideración de la CSJ, en providencia posterior a la del 2010:

No obstante ese criterio reiterado, enfrentada la Corte al proceso de justicia y paz regulado en la Ley 975 de 2005 y al tipo de criminalidad que allí se debate, vio la necesidad de admitir posiciones doctrinales foráneas que permitieran la imputación de responsabilidad por cadena de mando, como se reconoce en la sentencia CSJ SP, 2 de septiembre de 2009, Rad. 29.221, donde se afirma que la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, es aplicable en materia transicional, explicándose las razones de ello (...) (CSJ, Sentencia SP1432-2014, 2014, p. 23)

Con lo que se puede inferir, entonces, que este pronunciamiento sí ha jugado un papel trascendental dentro de las fluctuaciones de la línea, influyendo aún en la postura actual, ya que se ven presentes sus consideraciones hasta en la sentencia escogida como punto arquimédico (SP1788-2022).

Ahora bien ¿Cómo es posible que este pronunciamiento siendo tan importante dentro de la labor argumentativa de la Corte, no haga parte de la

construcción de la línea jurisprudencial? La respuesta es que esta providencia, a pesar de estar referenciada tantas veces dentro de los pronunciamientos tomados como hito, lo cierto es que no encuadraba con el núcleo fáctico escogido para la investigación, por lo que, en procura de seguir el método, tuvo que ser descartada.

Aun así, en razón a la importancia que tiene dicho pronunciamiento, procederemos a realizar un análisis jurisprudencial del mismo en el acápite subsiguiente.

4 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA SENTENCIA DEL 2 DE SEPTIEMBRE DE 2009, RAD. 29221

Según lo mencionado, se hará un análisis jurisprudencial de la sentencia Rad. 29221, de 2009, con el propósito de entender a cabalidad la trascendencia de la misma, y así poder llegar a entender la posición que ha venido teniendo y tiene la Sala Penal de la CSJ. Veamos:

Tabla 1

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	
Identificación	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. SP, 2 sep. 2009, rad. 29221
Magistrado ponente	M. P. Yesid Ramírez Bastidas
Hechos jurídicamente relevantes²³	El 22 de junio de 2002, en una reunión social que se departía en la Finca “La Querencia” propiedad de “A”., irrumpieron varios sujetos que intimidaron a los presentes con armas de fuego, anunciando que se trataba de un secuestro extorsivo dirigido a “A”., tras lo cual los despojaron de sus tarjetas débito y de crédito, celulares, las llaves de sus carros y los confinaron en tres habitaciones en donde les advirtieron que debían permanecer bajo la amenaza de que se activarían unas cargas explosivas que harían detonación al momento de abrir las puertas. Como entre los presentes no se hallaba “A”., los sujetos obligaron a su hijo a que llamara a su padre para que viniera al predio, lo

²³ Los hechos narrados, son el parafraseo de los contenidos en la sentencia Rad. 29221

	<p>cual aconteció. Una vez allí, “A”. fue compelido a entregar mil millones de pesos y al no tenerlos, sus captores se transaron por tomar como rescate los valores existentes en una prendería de su propiedad, para lo cual hicieron que su hijo desactivara mediante llamadas telefónicas el monitoreo sobre la referida prendería, cuyo saqueo se inició a eso de las tres de la mañana del día siguiente. Los sujetos se trasladaron en un vehículo de uno de los secuestrados en compañía del dueño y de su hijo, habiendo procedido a apoderarse de un arma de fuego y una gran cantidad de alhajas de oro de valor aproximado a los cien millones de pesos. Dejando encerrados al dueño y a su hijo y huyendo del lugar.</p> <p>Al enterarse la policía, se generó una persecución en la que fueron capturados los sujetos “B”. , “C”. y “D”, lográndose recuperar, entre otros elementos, dos celulares que hallaron en poder de “D”.</p>
<p>Problema jurídico resuelto por la Corte</p>	<p>¿Es posible adecuar el comportamiento de “D” al artículo 29(2) de la Ley 599 de 2000 (Coautoría impropia), el cual exige una aportación esencial en la ejecución del delito, teniendo en cuenta que su intervención se dio después de la consumación del reato y que su aporte consistió en llevar consigo dos celulares, producto del hurto investigado?</p>
<p>Decisión</p>	<p>La CSJ resuelve casar parcialmente la sentencia impugnada, condenando a “D” como cómplice de los delitos de secuestro extorsivo agravado y hurto calificado y agravado. Además, redosifica la pena impuesta a la procesada y declara que en todo lo demás rige el fallo recurrido.</p>
<p>Ratio decidendi</p>	<p>“Los coautores ejercen co-dominio funcional” de la conducta punible. “En esa medida, sus realizaciones parciales son mancomunadas y recíprocas”. Además, “no cabe la posibilidad de ser coautor después de la consumación de la conducta punible”, siendo que el aporte debe darse en la fase ejecutiva y dicha aportación material al delito ha de ser esencial. Por otro lado, la complicidad se predica de quien, de una ayuda posterior al delito,</p>

	<p>colaboración que se caracteriza por ser dolosa y secundaria, siendo que el control final de la conducta punible lo tiene otro.</p>
<p>Obiter dicta destacable</p>	<p>La corte al proponerse delimitar las distintas formas de intervención delictiva desarrolla la siguiente:</p> <p>Coautoría por cadena de mando: Este fenómeno de intervención plural de personas en principio articuladas de manera jerárquica y subordinada a una organización criminal, quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes (los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes) realizan conductas punibles, es dable comprenderlo a través de la metáfora de la cadena. En este instrumento el que se constituye en un todo enlazado, los protagonistas que transmiten el mandato de principio a fin se relacionan a la manera de los eslabones de aquella. En esa medida, puede ocurrir que entre el dirigente máximo quien dio la orden inicial y quien finalmente la ejecuta no se conozcan. Dada la ausencia de contacto físico, verbal y de conocimiento entre el primer cabo ordenador y el último que consuma la conducta punible, sucede que el mandato o propósito se traslada de manera secuencial y descendente a través de otros dependientes. Estos como eslabones articulados conocen de manera inmediata a la persona antecedente de quien escucharon la orden y de forma subsiguiente a quien se la transmiten. Todos se convierten en anillos de una cadena en condiciones de plural coautoría. Esta forma de intervención es característica en organizaciones criminales claramente identificadas que consuman el delito de concierto para delinquir o como puede ocurrir en grupos armados ilegales, independientemente de los postulados ideológicos que los convoquen pues en eventos incluso pueden carecer de ellos. La coautoría por cadena de mando también puede consolidarse por delitos cometidos por funcionarios públicos o servidores oficiales cuando obedecen a una estrategia criminal del terrorismo de Estado</p>

Fuente: elaboración propia con base en la sentencia rad. 29221²⁴

Comentarios sobre la sentencia:

La sentencia objeto de análisis, giró en torno a establecer si la conducta de “D”, representó un aporte esencial para la consumación del delito, constituyéndola como coautora, o, por el contrario, si su intervención resultaba meramente accesorio, constituyéndola como cómplice. Para dar solución a dicha cuestión, la Sala procedió a hacer un análisis dogmático de las figuras de la coautoría impropia y la complicidad y así realizar una correcta calificación de la conducta de la procesada, en donde se consideró que era cómplice por la irrelevancia del aporte.

Como puede verse, entonces la *ratio decidendi* de esta providencia estará encamada en la hermenéutica aplicable a estas dos formas de intervención delictivas, a saber: coautoría impropia y complicidad, dado que así se da solución al problema jurídico objeto de sentencia y es el fundamento final de la decisión.

Se resalta de este pronunciamiento que, aunque para la solución del caso solo era necesario el estudio de las dos formas de intervención anunciadas, la Sala aprovecha esa oportunidad para generar un desarrollo conceptual sobre las distintas formas de autoría y participación, aunque, para nuestra opinión, no con el suficiente rigor dogmático.

Ahora bien, para los efectos que se persiguen, y con la intención de no abandonar el tema objeto de estudio, nos centraremos únicamente a la forma de intervención aplicable para los altos mandos, por las actuaciones de sus subordinados, según la providencia *sud examine*. Como puede constatarse de su lectura, podemos ver que la Sala establece que los mandos son responsables por las actuaciones de sus inferiores, a título de “**coautores por cadena de mando**”, institución que no logra desarrollarse ni explicarse a cabalidad. Parece, más bien, un intento de la Corporación de aplicar los distintos criterios de Roxin (2020) sobre autoría mediata en aparatos organizados de poder (pp.193-235), sin llegar a titularla de esta forma, ni adoptar con todos los presupuestos de esta teoría.

²⁴ La presente herramienta de investigación fue realizada en base al modelo “MÉTODO DE ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA”, del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, de la Universidad Externado de Colombia (2017).

A saber, el autor germánico ha establecido que para configurarse esta modalidad de autoría mediata es necesaria: (I) la existencia de un aparato organizado de poder; (II) una desvinculación, en su actividad jurídico-penalmente relevante del derecho; y, (III) la fungibilidad de los ejecutores materiales (Roxin, 2000, pp.723-729). Del pronunciamiento de la Corte solo se rescata la enunciación de los dos primeros, además de la postulación, o ejemplificación, de las estructuras de poder a partir del símil de “cadena”, aun cuando para la fundamentación de su construcción cita a este doctrinante.

Generando más confusión, la Sala finaliza sobre este punto haciendo parecer que los conceptos de “coautor por cadena de mando” y “autor mediato” son sinónimos, cuando claramente el uso del concepto de coautor y autor mediato trae consigo requisitos y conceptualizaciones totalmente diferentes, ejemplo de lo mismo es que, en varias oportunidades a lo largo de la providencia, se mencione que la coautoría exige un aporte en la fase ejecutiva del delito, excluyendo su aplicación siempre que el aporte, por ejemplo, se de en la etapa preparatoria del mismo, pero que, aun así, se admita en párrafos siguientes que en los escenarios donde un sujeto con poder de mando emita una orden para que un subalterno ejecute una conducta punible (comportamiento que claramente se da con anterioridad a la fase ejecutiva del reato), es considerado como fundamento para la “coautoría por cadena de mando”.

Por lo anterior, consideramos que esta providencia, más que clarificadora de las distintas instituciones jurídico-penales tratadas, genera oscuridad, dado que al no ceñirse a una dogmática clara se presta para diversidad de interpretaciones que eventualmente generarán y, efectivamente generaron, bruscas fluctuaciones jurisprudenciales.

5 CONCLUSIONES

Después de todo lo visto, hallamos que, tratándose de la discusión al interior de la CSJ, sobre el título de intervención imputable a los mandos por las acciones de sus subordinados, esta no ha sido nada pacífica, muestra de ello es que el resultado de la construcción de la línea jurisprudencial es la constitución de lo que se denomina “línea irremediabilmente caótica” (López, 2019, p. 143). Esto se puede deber a diversas razones, pero nosotros consideramos que la principal motivación para ellos es la excesiva aplicación de la jurisprudencia meramente indicativa:

en la cual, las citas a los casos anteriores tienden a ignorar criterios de analogía fáctica y a concentrarse más bien en la definición de conceptos jurídicos de sentencias anteriores; en consecuencia, cada caso nuevo se decide de conformidad con la ley o con el concepto jurídico anteriormente definido, con baja sensibilidad a la fuerza gravitacional de fallos anteriores análogos por sus hechos y circunstancias (López, 2006, p. 116)

Este hecho se encuentra constatado a lo largo del trabajo, y se pueden simplificar principalmente en dos sucesos:

(I) Se tiene que de la construcción de la línea la “sentencia fundadora” es la de Rad. 23825 del 2007, pero dicha calificación no le está dada porque sea un pronunciamiento en donde la corte se tome el trabajo de sentar doctrina sobre la problemática, sino que las principales fuentes de apoyo para su determinación son otras sentencias, cuyas citas pueden ser categorizadas ya sea como “retóricas” o “técnicas” (López, 2006, p. 119), dependiendo del caso, y las cuales no guardan ninguna similitud fáctica sobre el objeto de debate, imposibilitando la continuidad de la línea y finca, entonces, esta postura como punto de inicio.

(II) Además, según lo mencionado, dentro de la construcción de toda la línea, la principal fuente utilizada por la Corte para sostener una postura favorable a la solución de la autoría mediata fue la sentencia Rad. 29221 de 2009, que dentro del sistema de “tipología de citas jurisprudenciales” (López, 2006, p. 119), calificaría como meramente técnica, dado que su núcleo fáctico no guarda ninguna relación con los casos de macrocriminalidad, pero, que dentro su *obiter dicta* se hace un desarrollo sobre conceptos jurídicos que son usados por la Sala.

Siendo esto así, es claro que no existe precedente judicial sobre el tema objeto de estudio por parte de la CSJ, si no la implementación de un sistema guiado por sentencias meramente indicativas, lo que ha permitido “cambios frecuentes de criterio sin que se defina o discuta la doctrina jurisprudencial fijada en casos análogos” (López, 2006, p. 116), y lo que a su vez trae caos dentro de la administración de justicia. Como muestra de estos dos aspectos tenemos lo siguiente:

En un primer momento, la postura de la CSJ se inclinó a decir que:

(...) respecto de los mandos o cabecillas de la organización se observa que tienen la condición de coautores, en el entendido de que los militantes de tales agrupaciones comparten no solo los ideales, sino las políticas de operación y, por ello, la responsabilidad por los hechos delictivos ordenados por las cabezas compromete en calidad de coautores, tanto a quienes los ejecutan, como a quienes los ordenaron (...) (Sala Penal CSJ, Sentencia Rad. 25974, 2007)

Pero, ya con posterioridad a la expedición de la providencia, de Rad. 29221 de 2009, dicha posición cambio, y a su vez comenzó a generar confusiones dogmáticas dentro del alto tribunal, así lo demuestra su postura del 2018, en donde se dijo que:

La Sala, para atribuir la autoría de uno o más delitos a personas distintas de quienes los ejecutan materialmente, ha desarrollado y aplicado la tesis de la responsabilidad por cadena de mando – a la que, en adelante, y para evitar confusiones, se denominará autoría mediata en aparatos organizados de poder por dominio de la voluntad - derivada de los planteamientos que en la doctrina penal alemana y, específicamente, en la obra de Claus Roxin, se han consolidado. (Sala Penal CSJ, Sentencia SP 52333-2018, 2018, pp.82 – 83)

Con lo que, desdibujando la tesis de Roxin, comienza a mezclar la figura de la autoría mediata con la de la coautoría, dos instituciones tan únicas y diferentes en su especie.

Ahora bien, en relación a la pregunta problema genitora del presente esfuerzo, se debe decir que ha sido supremamente variada, fluctuando entre la autoría mediata y la coautoría impropia. Si a la posición actual hemos de referirnos, hay que decir que según lo encontrado en el punto arquimédico, y respaldado por la sentencia SP 52333-2018, la solución será encontrada entre la autoría mediata o la responsabilidad del superior, dependiendo si existe comportamientos activos u omisivos por parte del agente con mando, pero, ni en este último periodo, la Corte ha sido lineal, dado que se encuentran pronunciamientos como el de la sentencia SP3956-2019, de 2019, en donde la CSJ al judicializar a mandos militares por los hechos ocurridos durante la retoma del Palacio de Justicia, en 1985, decidieron inclinarse por la figura de coautoría impropia.

También es preocupante que producto de la investigación se observe una falta de análisis por parte la Sala Penal de la CSJ, sobre la viabilidad legal de la figura de autoría mediata en virtud del dominio de un Aparato organizado de Poder, de origen foráneo, dado que no se examina su real compatibilidad con nuestros estatutos positivos.

Para finalizar, queremos resaltar la importancia de una toma de postura uniforme, dado que además de llegar a tener efectos prácticos frente al inicio de la punibilidad (Serpa y García, en prensa), también es la forma de garantizar el derecho

a la defensa de los procesados, puesto que en la construcción de un hecho jurídicamente relevante, además de ser importante la constatación dentro de la imputación fáctica, la endilgación de conductas constitutivas de reato, es trascendental la correcta determinación del grado de intervención, en razón a que cada instituto tiene sus elementos dogmáticos determinados y diferenciadores. Hay que recordar que, como lo hace el maestro Nodier Agudelo “la practica sin la teoría es ciega y la teoría sin la practica inoficiosa” (Muñetones, 2015, p. 274).

REFERENCIAS

Bushnell, D. (2018). *Colombia una nación a pesar de sí misma: Nuestra historia desde los tiempos precolombinos hasta hoy*. Bogotá: Ariel

Congreso de la República de Colombia. (2000, 24 de julio). Ley 599. *Por la cual se expide el Código Penal*. Diario Oficial 44097. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

Congreso de la República de Colombia. (2002, 5 de junio). Ley 742. *Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)*. Diario Oficial 44826. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0742_2002.html

Congreso de la República de Colombia. (2005, 25 de julio). Ley 975. *Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios*. Diario Oficial 45980. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0975_2005.html

Congreso de la República de Colombia. (2016, 30 de diciembre). Ley 1820. *Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones*. Diario Oficial 50102. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1820_2016.html

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Caso Gelman vs. Uruguay.

Corte Suprema de Justicia. (2007, 7 de marzo). Rad. 23825 (Javier Zapata Ortiz, M. P.).

Corte Suprema de Justicia. (2007, 8 de agosto). Rad. 25974 (María Del Rosario González De Lemos, M. P.).

Corte Suprema de Justicia. (2007, 12 de septiembre). Rad. 24448 (Augusto J. Ibáñez Guzmán, M. P.).

Corte Suprema de Justicia. (2009, 2 de septiembre). Rad. 29221 (Yesid Ramírez Bastidas, M. P.).

Corte Suprema de Justicia. (2010, 23 de febrero). Rad. 32805 (Sala de Casación Penal).

Corte Suprema de Justicia. (2012, 26 de septiembre). Rad. 38250 (Luis Guillermo Salazar Otero, M. P.).

Corte Suprema de Justicia. (2014, 12 de febrero). SP1432-2014, rad. 40214 (Gustavo Enrique Malo Hernández, M. P.).

Corte Suprema de Justicia. (2014, 16 de julio). SP9396-2014, rad. 41567 (José Luis Barceló Camacho, M. P.).

Corte Suprema de Justicia. (2015, 27 de enero). Rad. 44312 (Sala de Casación Penal).

Corte Suprema de Justicia. (2015, 28 de abril). SP5065-2015, rad. 36784 (Fernando Alberto Castro Caballero y Eugenio Fernández Carlier, M. P.).

Corte Suprema de Justicia. (2016, 3 de agosto). AP4972-2016, rad. 33663 (Sala de Casación Penal).

Corte Suprema de Justicia. (2016, 23 de noviembre). SP16905-2016, rad. 44312 (Fernando Alberto Castro Caballero, M. P.).

Corte Suprema de Justicia. (2017, 23 de noviembre). SP19797-2017, rad. 44921 (José Francisco Acuña Vizcaya, M. P.).

Corte Suprema de Justicia. (2018, 5 de diciembre). SP5333-2018, rad. 50236 (Eugenio Fernández Carlier, M. P.).

Corte Suprema de Justicia. (2019, 23 de septiembre). SP3956-2019, rad. 46382 (Luis Antonio Hernández Barbosa, M. P.).

Corte Suprema de Justicia. (2022, 25 de mayo). SP1788-2022, rad. 58238 (Luis Antonio Hernández Barbosa, M. P.).

Gargarella, R. (2016). *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores.

Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. (2017, 10 de Febrero). *Método De Análisis De Sentencias De La Corte Constitucional Colombiana*. <https://icrp.uexternado.edu.co/metodo-de-analisis-de-sentencias-de-la-corte-constitucional-colombiana/#>

López, D. (2006) *Interpretación constitucional*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla

López, D. (2019). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis

Muñetones Rozo, I. B. (2015). *Entrevista al Profesor Nodier Agudelo Betancur*. Cuadernos De Derecho Penal, (13). <https://doi.org/10.22518/20271743.463>

Observatorio de Paz y Conflicto (OPC). (2016). *Organizaciones Guerrilleras en Colombia desde la década de los sesenta*. Universidad Nacional de Colombia. https://www.humanas.unal.edu.co/observapazyconflicto/files/3614/6980/1326/OPC_Organizaciones_Guerrilleras_Colombia_29_07_16_dv.pdf

Observatorio de Procesos de Desarme, Desmovilización y Reintegración (ODDR). (2012). *Estructuras de Autodefensas y Proceso de Paz en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia. https://www.humanas.unal.edu.co/observapazyconflicto/files/4814/3594/1011/informeestructurasdeautodefensasypocesodepazencolombiaversion15_02_12_final.pdf

Rotsch, T., Roxin, C., Ambos, K., Otto, H. y Herzberg, R. (2020) *Aparatos Organizados de Poder*. (Y. Reyes y H. Orozco eds.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia

Roxin, C (2000). *Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons

Serpa, E. y García, C. (en prensa). *La tentativa en los Aparatos Organizados de Poder en Colombia: una mirada de la influencia del título de imputación en la determinación del comienzo de la ejecución* [Manuscrito presentado para publicación]. Red de Grupos y Centro de Investigación Jurídica y Socio jurídica.

OBRIGAÇÃO DE PROTEGER OS DIREITOS HUMANOS
OBLIGACIÓN DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS
OBLIGATION TO PROTECT HUMAN RIGHTS

LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez*

RESUMO: Na doutrina como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, afirma-se que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos atua de forma complementar e subsidiária, mas na realidade, seu impacto deve ser analisado em duas dimensões: substantiva e processual; Quanto à primeira, é invasiva, terapêutica e inclusiva do direito interno, em que todos os operadores jurídicos dos Estados Partes constituem o primeiro nível de controle mediante a exigência de controle difuso de convencionalidade; No aspecto processual, construiu-se praticamente uma estrutura jurisdicional bi-instancial, onde a primeira etapa de proteção dos direitos humanos corresponde às instituições nacionais, mas se não forem efetivas, abre-se a possibilidade, de concorrer à segunda etapa de revisão por meio de a petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e se os litigantes não chegarem a um acordo dentro do procedimento de controle, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos decidirá se deve ou não apresentar o caso perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esta pesquisa busca distinguir os dois campos mencionados do direito convencional por meio do estudo da jurisprudência interamericana e da doutrina predominante.

Palavras-chave: Direitos humanos, controle difuso, jurisprudência interamericana, operadores jurídicos.

RESUMEN: En la doctrina como en la Convención Americana de Derechos Humanos se afirma que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos actúa en forma complementaria y subsidiaria, pero en realidad, hay que analizar su impacto en dos dimensiones: la sustantiva y la procesal; en cuanto a la primera, es invasiva, terapéutica e integradora al derecho interno, en la que todos los operadores jurídicos de los Estados parte conforman el primer piso de control a través de la exigencia del control difuso de convencionalidad; en el aspecto procesal, se ha construido prácticamente una estructura jurisdiccional biinstancial, donde la que la primera etapa de proteger los derechos humanos le corresponde a las instituciones nacionales, pero si no son eficaces, se abre la posibilidad, de concurrir a la segunda etapa de revisión a través de la petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y si dentro del procedimiento de fiscalización no se logra avenir a los contendientes la Comisión Interamericana de Derechos Humanos decidirá si presenta o no el caso ante la Corte

* Abogado, Doctor en Derecho Público, profesor e Investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas, profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Director de la *Revista Primera Instancia* y presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Vicepresidente en Investigaciones de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional. Contacto: alfonso.martinez@unach.mx

Interamericana de Derechos Humanos. Esta investigación busca distinguir los dos campos antes mencionados del derecho convencional a través de estudio de la jurisprudencia interamericana y la doctrina imperante.

Palabras clave: Derechos humanos, control difuso, jurisprudencia interamericana, operadores jurídicos.

Abstract: In the doctrine as in the American Convention on Human Rights, it is affirmed that the Inter-American Human Rights System acts in a complementary and subsidiary manner, but in reality, its impact must be analyzed in two dimensions: substantive and procedural; As for the first, it is invasive, therapeutic and inclusive of domestic law, in which all the legal operators of the State parties make up the first floor of control through the requirement of diffuse control of conventionality; In the procedural aspect, a bi-instantial jurisdictional structure has been practically built, where the first stage of protecting human rights corresponds to the national institutions, but if they are not effective, the possibility opens, of concurring to the second stage of review through the petition to the Inter-American Commission on Human Rights and if the contenders are not able to agree within the control procedure, the Inter-American Commission on Human Rights will decide whether or not to present the case before the Inter-American Court of Human Rights. This research seeks to distinguish the two aforementioned fields of conventional law through the study of inter-American jurisprudence and the prevailing doctrine.

Keywords: Human rights, diffuse control, inter-American jurisprudence, legal operators.

I INTRODUCCIÓN

Una de las funciones más importantes del Estado es proporcionar a la sociedad el acceso a la justicia (acción). El personaje ante quien gira esta gran responsabilidad es el juez, es el operador principal del proceso (método de solución de conflictos jurídicos). Hoy estamos inmersos en una revolución jurídica del derecho, por diversos fenómenos que son estudios en forma separada, siendo necesario encontrar los puntos de convergencia para su dinamización: al derecho procesal con la argumentación en cada disciplina y los sistemas regionales convencionales de derechos humanos y el impacto en el derecho positivo de los Estado que los conforman.

El juez como todo ser social está inmerso en la cultura, lo que lo induce a actuar de una forma determinada por sus propias motivaciones y convicciones, ello aparte de las exigencias normativas.

Es por esto por lo que pueden existir diversas soluciones para un mismo conflicto jurídico, a pesar de estar operando con el mismo contenido jurídico.

Son dos las posturas dominantes de aplicación e interpretación las cuales se pueden describir así, la primera el juez para su tarea puede contar únicamente como fuente una serie de hipótesis diseñadas previamente, plasmadas en fórmulas estáticas creadas *a priori* por legislador en abstracto, donde la función del juez se reduce a encontrar la respuesta pronosticada, la segunda, y diversa, el juez puede construir la decisión del conflicto a la medida, independientemente de que pueden haber decisiones fabricadas en serie, ya no sólo circunscribiendo a las leyes, sino a principios, reglas, directrices justificando el fallo a través de la argumentación, considerando además el contexto (lo concreto), es decir, *a posteriori*, desde luego entre estas posturas hay matices.

Adicionalmente la función jurisdiccional requiere que el juez además de que cuente con la preparación técnica adecuada, de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad, ejerza su con responsabilidad y una actitud positiva para el servicio público, así como tener los medios necesarios para hacer efectivas sus resoluciones.

El control difuso de convencionalidad ha venido a convertir a todos los jueces de los Estados parte en órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y ha ampliado las fuentes de interpretación y aplicación del derecho, no sólo a las producidas en el ámbito nacional sino a las elaboradas por órganos internacionales, las cuales son invasivas e imperativas a los regímenes estatales.²⁵

II EL JUEZ

Para analizar más el tema se plantean como preguntas básicas, que inclusive las respuestas a cada una de ellas se relacionan intrínsecamente: ¿Qué actividad realiza el juez? ¿Cómo realiza su actividad el juez? ¿Quién puede ser juez? ¿Dónde labora el juez? ¿Los jueces pueden ir más allá de la ley e inclusive anularla? ¿Cómo actúan los jueces en la práctica?

²⁵ Independientemente de si un tratado internacional es o no derechos humanos, desde la Convención de Viena de 1969 se determinó la supremacía de las normas convencionales: “Art. 26: *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” y “Art. 27. *El derecho interno y la observancia de los tratados*. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

1 ¿Qué actividad realiza el juez?

Es aquella persona con autoridad que resuelve litigios jurídicos mediante el conocimiento del derecho no sólo desde el punto de vista teórico sino además del práctico. Es un servidor público con facultades jurisdiccionales.

Eduardo Pallares nos dice:

El funcionario judicial investido de jurisdicción para conocer, tramitar y resolver los juicios, así como ejecutar la sentencia respectiva. La noción más generalizada del juez es la que ve en él a la persona encargada de administrar justicia. “La palabra juez, dice Caravantes, trae su etimología de las latinas jus y dex, nominativo poco usado y contracción de vindex, como si dijera juris vindex, porque el juez es el vindicador del derecho o el que declara, dicta o aplica el derecho o pronuncia lo que es recto o justo. Es, pues, juez, la persona constituida con autoridad para administrar justicia, o al que ejerce jurisdicción con arreglo a las leyes, conociendo y dirigiendo el procedimiento de las causas civiles y criminales, y dictando sobre ellas las sentencias que crea justas: Leyes XVIII, XIX, XXIII y XXVIII, tít. IX, partida 2ª y la ley II, tít. IV, part. III”. Las leyes de Partida definían a los jueces “como homes bonos que son apuestos para mandar o facer derecho” (PALLARES, 1979, p. 456).

La función esencial de todo juez es resolver conflictos jurídicos mediante el derecho, sea en forma unitaria o colegiada, de manera pronta, completa, gratuita e imparcial.

2 ¿Cómo realiza su actividad el juez?

Conociendo el conflicto jurídico a través de los planteamientos de las partes y las pruebas, así una vez instruido busca la respuesta en la ley o construye la solución, para esto es importante destacar que su fallo debe fundarse y motivarse en el derecho, y que éste se nutre de diversas fuentes.

2.1. Tipos de tribunales

Por su integración de los tribunales existen dos tipos de jueces, los que actúan en forma unitaria y los que lo hacen de manera colegiada. Los primeros generalmente intervienen en procesos de primera instancia y los segundos en la revisión de las resoluciones judiciales de los jueces de primera instancia a través de

los recursos cuyo resultado del estudio de la resolución judicial impugnada puede ser confirmar, modificar, revocar o reponer el procedimiento.

Los jueces de primera instancia toman las decisiones en forma singular y los de segunda instancia lo hacen conjuntamente mediante el voto.²⁶

El doctor Cipriano Gómez Lara distingue:

El juez es el titular de un órgano jurisdiccional unipersonal, por regla general de primer grado o instancia. La palabra magistrado se deriva del latín magister, maestro. Por una evolución del término ha venido a significar el titular de un órgano judicial de jerarquía superior, comúnmente de segundo grado o instancia. También se ha aplicado a los titulares de órganos colegiados o pluripersonales, pero no siempre es así, porque encontramos tribunales unitarios integrados por un solo magistrado (GÓMEZ LARA, 2004, pp. 167-168).

Resulta interesante la explicación metafórica de Carnelutti (2002) para justificar los órganos jurisdiccionales colegiados:

La constitución colegial del juez explica por la limitación de la mente humana por un lado, y por su diversidad por el otro: poniendo varios hombres juntos se consigue, se espera conseguir por lo menos, la construcción de una especie de superhombre, que debiera poseer mayores aptitudes para el juicio de las que posee en singular cada uno de los que lo integran: el fenómeno es el mismo que aquel por el cual se unen el arado una o más yuntas de bueyes en vez de un solo buey; pero cualquiera se hace cargo de que el mayor rendimiento de la yunta está condicionado por el trabajo efectivo de cada uno de sus miembros, y no es fácil, por exigencias técnicas además de por razones psicológicas, obtener de todos los miembros del colegio judicial una participación igual en el trabajo común (p. 36).

Ahora también es factible con claridad hablar de jueces nacionales e internacionales o convencionales, con un vínculo determinante de los segundos sobre los primeros al jerarquizar sus interpretaciones en materia de derechos humanos, las cuales resultan en casi todos los casos ser más dinámicas y actuales.

Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales (CORTE IDH, 2001, párr. 146).

²⁶ Algunos procesos se deciden por unanimidad; otros por mayoría, cuando hay voto disidente y es factible expresar las razones en la sentencia del porque no es conforme, así también el voto concurrente cuando se está de acuerdo con el resultado final, pero en los motivos de la mayoría, sino por otros argumentos.

3 ¿Cuál es el instrumento del juez?

La herramienta del juez es el derecho. Este tema se abordará posteriormente.

4 ¿Quién puede ser juez?

Por la amplitud del tema para este trabajo me referiré a responder específicamente quién cuente con independencia para construir sus decisiones a los conflictos jurídicos, pero sobre todo quien pueda desempeñar su función en forma independiente e imparcial. Dice Ferrajoli: “Su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de la mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos. Los actos a través de los cuales aquéllos se ejercen” (FERRAJOLI, 2010, p. 27).

Ovalle Favela (1998) al citar algunos clásicos señala: Con toda razón, Calamandrei ha puntualizado que “históricamente la cualidad preponderante que aparece en la idea misma de juez, desde su primera aparición en los albores de la civilización, es la imparcialidad. El juez- sostiene el procesalista florentino- es un tercero extraño a la contienda, que no comparte los intereses o las pasiones de las partes que combaten entre sí, y que desde el exterior examina el litigio con serenidad y con despego; es un tercero *Inter partes*, o mejor aún, *supra partes*”. *Nemo iudex in re propria* (no se debe ser juez en causa propia), señala una antigua y sabia máxima jurídica. La palabra juzgador, de evidente ascendencia hispánica, es la más amplia que existe para designar tanto al órgano que ejerce la función jurisdiccional (tribunal o juzgado) como al o a los titulares (magistrados o jueces) de dichos órganos. Es la única palabra que posee, a la vez un sentido *objetivo* (órgano jurisdiccional) y un sentido subjetivo (titular). Alcalá- Zamora escribe que “por juzgador en sentido genérico o abstracto entendemos el tercero imparcial instituido por el Estado para decidir jurisdiccionalmente y, por consiguiente, con imperatividad un litigio entre partes” (pp. 209-210).

La independencia judicial es necesaria para tener el pleno derecho humano y el acceso a la justicia, ya que no basta la existencia legal de un medio procesal sino su eficacia, así lo ha determinado al Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), (2003) en su jurisprudencia:

[...] la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de esta por el Estado Parte en el cual semejante

situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial (párr. 136).

En cambio, la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. La Corte Europea de Derechos Humanos ha explicado que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario. Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho (CORTE IDH, 2008, párr. 56).

Uno de los puntos neurálgicos es que todavía la selección de los jueces se realiza a base de prácticas corruptivas, muchos tribunales distan de ser independientes, funcionan como comparsa y títeres del ejecutivo, a quienes deben su designación más que a su capacidad y honorabilidad.

5 ¿Dónde labora el juez?

En juzgados, tribunales o cortes, en el poder judicial, o en otras instancias formalmente administrativas o legislativas, pero materialmente jurisdiccionales.

En México como país federal existen juzgados estatales de primera instancia: salas (penal, civil, familiar, etcétera) que integran a los tribunales de segunda instancia con jueces a los que se les denomina magistrados.

El Poder Judicial de la Federación se compone por jueces de distrito, tribunales unitarios y colegiados de circuito, formado jueces nombrados como magistrados y a los de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ministros.

Además, existen otros órganos jurisdiccionales: tribunales electorales, constitucionales, laborales, agrarios, etcétera.

6 ¿Cuáles son los límites del juez?

Esta es la pregunta fundamental, porque como ya expresé independientemente que el juez es un ser cultural que lo sujeta a variables de conductas, también es que su fuente principal es el derecho, y que en este punto hoy se replantea para cuestionar: qué es el derecho, cuáles son sus fuentes y qué jerarquía tienen esas fuentes ante diversas respuestas a un conflicto jurídico.

El juez debe cumplir con ciertas reglas esenciales del procedimiento, así se habla del debido proceso; de los juicios justos,²⁷ de nuevos modelos para actuar; de que no sólo hay normas jurídicas, sino también principios, directrices, finalidades, así el juez primero está obligado a conocer el *buffet* de opciones que se ha extendido, en contrapartida se desempeña ante una carga enorme de trabajo y poca preparación e interés, este paradigma es el que se busca erradicar.

Stephen Richards Covey (2006):

La palabra paradigma proviene del griego. Fue originalmente un término científico, y en la actualidad se emplea por lo general con el sentido de modelo, teoría, percepción, supuesto o marco de referencia. En el sentido más general, es el modo en que “vemos” el mundo, no en los términos de nuestro sentido de la vista, sino como percepción, comprensión, interpretación (p. 32).

Que el juez cree el derecho no es nuevo, en México el Poder Judicial de la Federación materialmente emite normas jurídicas obligatorias, generales y abstractas a través de la jurisprudencia, como el derecho anglosajón, en una función no sólo interpretativa sino integradora del derecho.

²⁷ El derecho a un juicio justo es un derecho humano fundamental. Es uno de los principios universalmente aplicables reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, instrumento adoptado hace cincuenta años por las naciones del mundo y que sigue siendo aún la clave del sistema internacional de derechos humanos. Desde que se aprobó en 1948, el derecho a un juicio justo reconocido por la Declaración Universal ha pasado a ser un principio legalmente vinculante para todos los Estados como parte del derecho internacional consuetudinario (Amnistía Internacional, Manual de juicios justos, 1998, Madrid, p. 12).

Desde los orígenes de las civilizaciones el derecho no sólo era creado por un cuerpo especial, sino que eran también los jueces que en algunos lo instituían, el distinguido jurista Carlos Arellano García (1989) nos dice:

En el Derecho Romano, es decir, el derecho, tenía una significación amplia y una significación restringida. En forma amplia implicaba la potestad del magistrado de proponer una regla de derecho para resolver controversias. En efecto, los magistrados encargados de las funciones judiciales publicaban edictos que contenían reglas aplicables a todos los ciudadanos. En esta potestad amplia, encontramos la facultad de los jueces para establecer reglas generales que sirvieran para resolver futuras controversias. En nuestro medio mexicano, esto equivale a la jurisprudencia obligatoria. En su acepción restringida la “jurisdictio” consistía en resolver una controversia planteada mediante la aplicación de las normas jurídicas preexistentes (p. 342).

7 ¿Los jueces pueden ir más allá de la ley e inclusive anularla?

La idea de que el juez no debía interpretar la ley sino sólo aplicarla es una falacia. El hecho de conocer la ley a través de la lectura implica una interpretación lingüística. Pero en Europa después de la revolución francesa de 1789 al trasladarse el poder del rey al parlamento se limitó la función del juez a “solo” aplicar la ley, así Montesquieu en su inmortal libro *El espíritu de las leyes* (1748) preciso: “Los jueces son solamente la boca que pronuncia las palabras la ley, nada más...seres sin alma...autómatas”.

Günter Hirsch (2008) explica: En consecuencia, se prohibió a los jueces, mediante decreto expreso, la interpretación de las leyes, (así, por ejemplo, Federico II en 1780). Cesare Beccaria, contemporáneo de Montesquieu, opinaba que era preferible estar sometido a un gobernante absoluto, a que el ciudadano quedará como “esclavo” de los jueces y su furia interpretadora, en manos de una multitud de “pequeños tiranos y autoridades inferiores frases” (p. 128).

Inclusive el origen del tribunal de casación francés de segunda instancia era revisar las sentencias de los jueces por un órgano legislativo.

La lucha entonces se dio entre los poderes internos de los países, para decidir qué órgano estaba facultado para determinar si una ley o cualquier otro acto era válido o constitucional.

La respuesta en Europa continental fue un cuarto poder, un tribunal constitucional (control concentrado), en América el poder judicial, cualquier juez

(control difuso) sin importar su jerarquía podía dejar de aplicar una ley cuando consideraba que era contraria a la Constitución.

La segunda Guerra Mundial detonó un cambio de modelo jurídico cuyo motor son los derechos humanos, estableciendo límites en la actuación a todos los poderes nacionales y sujetándolos a cumplir con determinadas funciones, primero como un deber ético, y actualmente de manera vinculatoria, y los jueces son los fiscalizadores de la observancia y la eficacia.

Luigi Ferrajoli (2010) al respecto explica: Cambian la relación, entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos... La sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente a la Constitución. Y en el modelo constitucional-garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez...La responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas...Impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su re-interpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad (p. 26).

Esta legitimación no tiene nada que ver con la de la democracia política, ligada a la representación. No se deriva de la voluntad de la mayoría, de la que asimismo la ley es expresión. Su fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales. Y, sin embargo, es una legitimación democrática de los jueces, derivada de su función de garantía de los derechos fundamentales, sobre la que se basa la que he llamado “democracia sustancial” (FERRAJOLI, 2010, p. 26).

8 ¿Cómo actúan los jueces en la práctica?

La cuestión independientemente de todo lo expresado, separando los tres planos conceptuales en los que el abogado transita, como explica Gómez Lara (2007, p.37), del paraíso de los conceptos, al purgatorio de las normas, para aterrizar en el infierno de la realidad, la pregunta es cómo actúan los jueces, y una

aproximación a esta interesante cuestión la hace Luis Pásara (2003) en su texto: “Cómo sentencian los jueces del Distrito Federal en materia penal”, al investigar 82 decisiones “que afectaron a ciudadanos comunes y corrientes, anónimos cuyos casos no llegaron a los medios de comunicación”, y que es coincidente con la inercia judicial que vive el país, en síntesis:

Estamos ante cierta rutinización en el desempeño del trabajo judicial, que se expresa principalmente en las formas de delegación de las funciones y en el extendido uso de machotes en las decisiones judiciales. Este mismo componente es el que aconseja utilizar una versión de “la ley” que, en los hechos, la restringe sólo a los códigos Penal y de Procedimientos Penales. Quedan fuera del razonamiento judicial, tanto otros componentes del orden jurídico nacional- como las normas internacionales de derechos humanos ratificados por México-, como los principios generales del derecho y la doctrina. En ese contexto, un asunto grave y frecuente, como es el de la denuncia por procesados de haber sido maltratados luego de su detención, resulta ignorado en el proceso (p. 40).

Un tercer elemento, que requiere ser mejor explorado, es la incidencia de las expectativas existentes sobre la decisión judicial. Si una absolución requiere ser explicada, en tanto que una condena no; si tanto en la sociedad mexicana como en la propia institución judicial se sospecha que el juez que absuelve es corrupto; si, en definitiva, el juez percibe que, aunque esta expectativa no esté formalizada en normas, lo que se espera de él es que condene, el incentivo es demasiado fuerte como para esperar que el juez promedio proceda en contrario cuando su examen del caso así se lo aconseje, arriesgándose a las consecuencias.

Debe tenerse presente que, por lo demás, el perfil del proceso que reveló el estudio no parece ser exclusivo de México. Para el caso colombiano se ha anotado que: La labor del juez se limita a avalar la resolución de acusación e imponer una sanción. Esto implica un desplazamiento de la función decisoria del juez al fiscal, ya que en las ultimas éste es el que decide la suerte del sindicado. Una preclusión indica su inocencia y una resolución de acusación tiene una alta probabilidad de terminar en sentencia condenatoria. Las sentencias condenatorias tienen la misma estructura de las resoluciones de acusación, lo que tiende a reiterar que está en manos del fiscal y las autoridades investigativas la suerte del sindicado (PÁSARA, 2003, p. 40).

Carnelutti (2002) expresa en forma afín: “Peligro de que la costumbre de juzgar determine una especie de deformación profesional que termine por embotar la

sensibilidad del juez y con ella su capacidad de apreciar intuitivamente los valores humanos” (p. 36.).

El Poder Judicial, tanto el nacional como el latinoamericano, ha desempeñado un papel poco relevante en la legitimidad democrática. Durante los regímenes autoritarios de América Latina, los jueces dejaron de conocer y de sancionar violaciones sistemáticas a los derechos humanos en México, Argentina, Chile, Guatemala, Perú, etcétera. Los jueces no han controlado y sancionado los excesos de los otros órganos del Estado. No hay paz ni estabilidad porque las autoridades judiciales no son capaces de procesar los conflictos sociales garantizando plenamente los derechos fundamentales. La percepción social sobre el Poder Judicial señala que la justicia es cara, lenta, corrupta y está identificada con el poder. (CÁRDENAS GRACIA, 2005, p. 105).

9 ¿Qué jueces se requieren?

Ante todo un juez comprometido con el servicio de justicia, capaz de profundizar en el conocimiento del proceso que tiene por resolver, conocer de los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales; éticos en su actuar; ajenos a las pasiones políticas; interesado en encontrar la verdad dentro de las limitaciones humanas y tecnológicas; que no postergue las decisiones; humilde ante sus semejantes y vigoroso en hacer cumplir sus determinaciones; con una argumentación clara, precisa y convincente; que no tienda a sacrificar el fondo por la forma, en síntesis, un cambio en su persona.

Los cambios no son fáciles, hemos vivido en legalizando la injusticia, porque algo grave es que el cumplimiento del “derecho” sea causante de las desigualdades sociales como lo menciona Manuel Atienza citado por González Placencia y Morales Sánchez (2012):

El Derecho -también el de los Estados democráticos- presta forma y contenido a la injusticia del mundo contemporáneo, cuyo rasgo central es el abismo cada vez mayor entre los ricos y los pobres, entre los poderosos y los sometidos, un abismo que separa no sólo a unas sociedades de otras, sino a unos individuos de otros que forman parte de la misma sociedad. Lo que genera ese estado de cosas no es simplemente la existencia de acciones jurídicamente ilícitas, de comportamientos delictivos. La injusticia de nuestro mundo es, en muy buena medida, una injusticia jurídica, legal; un resultado de respetar el derecho, no de infringirlo [...] Esta

ambigüedad del Derecho contemporáneo, el que sea al mismo tiempo un factor de liberación y de opresión, no tiene, en realidad, nada de paradójico [...] y dado que vivimos en sociedades signadas por la desigualdad o la injusticia, sería extraño que el Derecho [...] no reflejara de alguna forma esa circunstancia[...] Lo que da sentido al Derecho no puede ser otra cosa que la aspiración a la justicia o, para decirlo en términos más modestos o más realistas: la lucha contra la injusticia (p. 230).

A pesar de que todo está en constante cambio en el derecho se camina más despacio, aunado a que no es asimilable inmediatamente: “A veces el proceso es doloroso. Es un cambio que tiene que estar motivado por un propósito superior, por la disposición a subordinar lo que uno cree que quiere ahora a lo que querrá más adelante” (COVEY, 2006, p. 60).

Estamos ante un cambio de modelo jurídico más rico, dinámico y equitativo, que requiere además del cambio legal de la praxis judicial en la forma de cómo se interpretan y se aplican las normas jurídicas.

Manuel Atienza (2005, p.98) señala:

Ni las leyes ordenan la sociedad ni resuelven los conflictos, sino que, a todo lo más, son directrices, puntos de referencia que el legislador pone en manos de los funcionarios y de los jueces, a sabiendas de que sólo muy parcialmente van a aplicarlas y que lo decisivo será siempre no la voluntad del legislador, sino el criterio personal del operador.

Ahora estamos en la fase de hasta dónde quieren hacer los jueces: “El conocimiento es el paradigma teórico, el qué hacer y el por qué, la capacidad es el cómo hacer. Y el deseo es la motivación, el querer hacer. Para convertir algo en un hábito de nuestra vida, necesitamos esos tres elementos” (COVEY, 2006, p. 59).

Así se requiere más que de jueces reactivos que sean proactivos, Stephen Richards explica algunas diferencias y analiza con claridad lo que por ejemplo se busca en la valoración de la prueba en materia penal, la sana crítica basada en las máximas de la experiencia y la lógica, la posibilidad de crear respuestas específicas a problemas singulares y complejos.

Las personas reactivas se ven a menudo afectadas por su ambiente físico. Si el tiempo es bueno, se sienten bien. Si no lo es, afecta a sus actitudes y su comportamiento. Las personas proactivas llevan consigo su propio clima. Las personas reactivas construyen sus vidas emocionales entorno a la conducta de los otros, permitiendo que los defectos de las otras personas las controlen. Víctor Frankl dice que hay tres valores fundamentales en la vida: el de la experiencia, o de lo que

nos sucede; el creador, o de lo que aportamos a la existencia, y el actitudinal, o de nuestra respuesta en circunstancias difíciles, como por ejemplo en enfermedades terminales (COVEY, 2006, pp. 86 y 89).

Sin embargo, el juez "...no puede abandonar el sendero de la obediencia de la ley simplemente con el argumento de que su idea de la justicia exige otra solución (HIRSCH, 2008, p. 129).

III. DERECHO

El derecho no es sinónimo de leyes, debe ser algo más, hasta hoy se sigue discutiendo qué es debido a la complejidad de unificar las diversas visiones.

Decir que el derecho es el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta del hombre en sociedad, es pensar que el hombre sólo es el conjunto de huesos, músculos, grasas, tejidos, etcétera.

Hay que partir de que el derecho es una gran idea que nos sirve a los humanos para no autodestruirnos y organizarse. Que el derecho carece de sustancia, de realidad, de ser tangible, sino que es un concepto construido por una serie de ideas, otros conceptos más relacionados entre sí, como propiedad, consentimiento, justicia, libertad, equidad, proceso, matrimonio, jurisdicción, los cuales son símbolos.

1 Derecho producto cultural

En el campo de las ciencias naturales todo es verificable y las discusiones se resuelven con la comprobación.²⁸ Por ejemplo, un perro es un mamífero independientemente de nuestros valores y principios, plantear lo contrario sería absurdo. Pero decir que la eutanasia es una muerte digna es discutible, pensar que hay unanimidad en este tema es igual de disparatado.

El derecho no responde a una descripción natural sino a la exigencia de una forma de comportarse, es un producto cultural.

La palabra cultura de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, entre sus diferentes acepciones se concibe como el "Conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico"; "Conjunto de

²⁸ Sin embargo, la iglesia condenó a Giordano Bruno y Galileo Galilei por sus ilustraciones científicas en astronomía.

modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.”, y “Conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo”.

El derecho requiere de actos concretos, porque sólo de esta forma se puede calificar cómo son las relaciones interpersonales, si son justas, libres, con respeto a la tenencia de las cosas, de equidad, inclusive depende no sólo de su manifestación sino esencialmente de la percepción individual y el grado de desarrollo cultural.

2 Concepciones del derecho

Como producto cultural, al igual que el lenguaje, hay distintas concepciones del derecho y esencialmente las más destacadas son: iusnaturalismo, positivismo tradicional, realismo y neoconstitucionalismo con presupuestos teóricos, metodológicos e ideológicos distintos, pero además en ocasiones no son diáfanas las diferencias entre estos pensamientos, y en cada uno de ellos se puede hablar de posiciones moderadas, sofisticadas y radicales, aunado a los cambios de los opinión de los adeptos de cada facción teoría.

2.1 Modelo iusnaturalista

Jaime Cárdenas Gracia (2005) nos da las características de cada de las formas de pensamiento jurídico:

Características:

- La identificación fuerte entre el derecho y moral.
- La superioridad de la concepción moral sobre la jurídica.
- La atención preferente del juez a las normas morales sobre las jurídicas.
- La subjetividad del juez para poder apreciar en cada caso concreto la norma moral involucrada.
- La identificación entre lo que el derecho prescribe y lo que debería prescribir, no a partir de un análisis entre normas constitucionales e infraconstitucionales, sino entre normas jurídicas y morales.

- La posibilidad de encontrar una y sólo una solución correcta para los casos difíciles.
- La legalización de la moral, que hace suponer que las respuestas jurídicas encarnan siempre en las mejores respuestas morales.
- La obediencia moral de obedecer el derecho vigente a cargo de los ciudadanos.
- El juez como representante de la moral social.
- La imposibilidad para distinguir entre el punto de vista interno y externo en el derecho (p. 47).

2.2 Positivismos tradicionales

En forma contraria...

Características:

- La separación del derecho y la moral.
- El derecho no expresa nada acerca de los motivos que pueden fundamentar una obligación moral de obediencia al sistema jurídico.
- El derecho es producto de los órganos del Estado, sobre todo de los legislativos.
- Una norma es jurídica si se apoya en la sanción.
- El derecho es un sistema de reglas jurídicas.
- Las reglas jurídicas se interpretan acudiendo al silogismo, la subsunción o los métodos tradicionales como el gramatical, el exegético, el sistemático o el funcional.
- No se concibe la existencia de principios.
- Existe discrecionalidad en la interpretación de las reglas o de plano impera el subjetivismo.
- No se elabora una teoría de la argumentación consistente.
- Las teorías interpretativas oscilan entre ver al juez como desentrenador de significados de reglas o atribuidor de los mismos.
- No se desarrolla una concepción hermenéutica, contextual o interpretativa sobre el derecho (CÁRDENAS GRACIA, 2005, pp. 49-50).

Para Manuel Atienza (2005) el positivismo consiste esencialmente en *reglas*, o sea, las premisas de los razonamientos jurídicos funcionan como razones excluyentes o perentorias, de manera que en muchos o en la mayoría de los casos los decisores (los aplicadores) pueden prescindir de las circunstancias particulares de los casos, esto es, de las razones para la decisión que en principio serían de aplicación para decidir el caso pero que, al no figurar en la regla abstracta preestablecida, el decisor no necesita tomar en consideración; lo que significa también que la aplicación de la normas pueden hacerse sin que entren en juego los criterios morales y políticos del aplicador. La práctica de la aplicación del derecho -de la toma de decisiones jurídicas-, salvo en supuestos marginales, resulta así no sólo simplificada, sino que se vuelve relativamente previsible, ya que esos órganos -los jueces- no necesitan llevar a cabo, en sentido estricto, una tarea deliberativa (pp. 24 y 25).

2.3 Realismo Jurídico

Esta corriente...

- Un papel destacado del juez.
- Una concepción dinámica del derecho que orienta hacia fines sociales.
- La separación entre el ser y el deber ser del derecho.
- El acento en la indeterminación del lenguaje normativo.
- El escepticismo frente a las normas.
- Las decisiones judiciales son los hechos para construir el derecho.
- El derecho son las predicciones que podemos hacer sobre los que harán los jueces.
- El objeto del estudio del derecho son las decisiones judiciales.
- Las decisiones judiciales son la regla de reconocimiento para conocer qué normas integran el derecho.
- La validez de las normas depende de su efectividad.
- No se elabora una teoría de la argumentación.
- La interpretación es una valoración del juez, es un acto de construcción, de voluntad, no de reconocimiento.

- El respeto a la ley no es absoluto. El juez interpreta la norma a la luz de su conciencia jurídico-material.
- Los elementos contextuales inciden en la decisión judicial (ATIENZA, 2005, pp. 55 y 56).

2.4 Neoconstitucionalismo

Esta posición...

Es la “teoría constitucional que surgió tras la segunda guerra mundial siendo los casos de la Constitución Italiana (1947) y Alemania (1949), de Portugal (1976) y de España (1978) y en Latinoamérica en los casos de la Constitución Brasileña de 1988 o la Colombiana de 1991 caracterizándose fundamentalmente por la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución, dejando de ser ésta exclusivamente una forma de organización del poder o de establecimiento de competencias para dirigirse a la concreción de una serie de fines sustantivos” (CARBONELL, 2007, pp. 9 y 10).

Características:

- Se reconoce por algunos una conexión débil entre derecho y moral.
- Se admite que el derecho no sólo está conformado por reglas sino por principios y otro tipo de normas.
 - El derecho no sólo consiste en la estructura normativa sino también en la argumentativa, contextual y procedimental.
 - La legalidad se supedita a la constitucionalidad en un sentido fuerte.
 - Las normas que no son reglas no pueden interpretarse con los métodos tradicionales. Se debe acudir al principio de proporcionalidad, la teoría del contenido esencial, la razonabilidad, entre otras.
 - Más que hablar de interpretación se destaca el papel de la argumentación no sólo en su faceta retórica sino en si ámbitos hermenéuticos, contextuales y procedimentales.
 - La búsqueda de la certeza jurídica se vuelve más exigente y difícil; se apoya, principalmente, en la calidad de la argumentación.
 - Las normas jurídicas se interpretan desde la Constitución.

- El juez constitucional en ocasiones se coloca por encima del legislador y lo desplaza, lo que pone en cuestión su legitimidad democrática.
- Se intenta poner fin con las técnicas de la argumentación a la discrecionalidad judicial en el sentido en que había sido entendida por Kelsen o Hart.
- No hay neutralidad ni avaloratividad en el derecho (CÁRDENAS GRACIA, 2005, pp. 51 y 52).

Para Ronald Dworkin: La perspectiva de análisis del derecho no es desde el legislador sino básicamente desde el juez...El juez viola la división de poderes si se admite algún tipo de discrecionalidad” “rechazo de las decisiones judiciales a los argumentos consecuencialistas de cálculo, propios del utilitario” (CÁRDENAS GRACIA, 2005, p. 65).

En contrapartida...

Desde luego hay muchas más corrientes del pensamiento respecto del derecho, entre ellas Ferrajoli (1997) con el llamado garantismo que está “...basado en una concepción del derecho y del Estado que pretende reducir el papel punitivo y coercitivo del Estado y, al mismo tiempo, propone maximizar la igualdad, la libertad y en general los derechos fundamentales” (p. 851).

Por otra parte, también existen métodos de cómo el juez debe resolver problemas jurídicos más complejos, cuándo se requiere establecer límites a un derecho frente a otro derecho, y aquí encontramos a Robert Alexius (2006) con la ponderación, que de acuerdo con el mismo: “la ley de ponderación indica que puede ser fragmentada en tres etapas. La primera etapa establece los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio. Esta fase viene seguida por una segunda etapa, en la que se establece la importancia de satisfacer el principio opuesto. Finalmente, en la tercera etapa se establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio” (p. 5).

IV. “SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS”

1 Jueces nacionales de los Estados parte

Los jueces nacionales son parte del SIDH, quizá la estructura más importante y cuantitativamente mayor, porque desde que un operador jurídico

empieza a conocer de un proceso debe aplicar e interpretar la solución a los casos dándole jerarquía superior al *Corpus Iuris Latinoamericano* frente a las fuentes nacionales cuando sean contrarias a éste.

Así en el ámbito interno tenemos una compleja red de órganos jurisdiccionales contruidos de acuerdo a la cultura jurídica local, que son el primer filtro de tutela, la primera instancia de solución a los problemas jurídicos, pero si ésta no es eficaz o los medios de impugnación no son sencillos o no se observa el *Corpus Iuris Latinoamericano*, es factible la garantía de la doble instancia del SIDH por medio de una organización internacional conectada directamente con la local al nutrirla del derecho convencional.

a) Control difuso de convencionalidad

Es la parte más importante del SIDH porque transforma a los jueces nacionales en jueces internacionales y permite ampliar la cobertura de protección a todos los rincones de los países que lo integran.

“La idea de control difuso de convencionalidad implica que todos los jueces de los países que pertenecen al SIDH sin distinción, están constreñidos de oficio en la solución de casos concretos, a jerarquizar los tratados internacionales (Convenciones) y la interpretación de la Corte (IDH) ante cualquier acto contrario a éstos, incluyendo el derecho creado en el ámbito interno, es decir, el derecho interamericano es fuente formal directa del derecho nacional” (MARTÍNEZ LAZCANO, 2013, p. 54).

Las normas convencionales provocan que “la norma constitucional se amplía con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en lo relacionado con la Carta de Derechos y con un órgano jurisdiccional que garantiza su cumplimiento: Corte IDH, como órgano principal de la jurisdicción constitucional transnacional” (VELANDIA CANOSA, 2013, p. 198).

b) Impacto sistemas nacionales

El primer impacto es en el ámbito normativo, al incrustarse el *Corpus Iuris Latinoamericano* en el derecho positivo nacional para formar un todo, pero no es una simple amalgama, el ingreso es a la zona exclusiva (V.I.P.) por su jerarquía.

En segundo término, obliga a los jueces de todos los niveles a prepararse, conocer y operar el *Corpus Iuris Latinoamericano*; tercero, a aplicarlo de oficio; cuarto, como consecuencia, dejar de aplicar normas nacionales que sean contrarias al *Corpus Iuris Latinoamericano*, de esta forma el control difuso de convencionalidad realiza una tarea de depuración de normas inconventionales,²⁹ y quinto, el núcleo esencial y prudencial del SIDH lo determina por el principio *pro-persona*.

El 20 de marzo de 2013 la Corte IDH emitió una importante resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay, (teniendo como precedente los Casos: Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006), párr. 124; Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil (2010), párrafo 176, y Caso Furlan y familiares vs. Argentina (2012), párr. 302, para dimensionar el compromiso de los operadores jurídicos de los Estados parte que deben de sujetarse al *Corpus Iuris Latinoamericano* aún en contra del derecho interno, lo cual me parece fabuloso:

[...] en varias sentencias la Corte IDH ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte en un tratado internacional como la Convención ADH, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención ADH no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención ADH, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la Convención ADH (párrafo. 66).

En cuanto a las etapas de protección de los derechos humanos convencionales, en el aspecto procesal, éste es de carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención ADH no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las

²⁹ Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (a. 2 de la CADH).

complementa. De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, por lo que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es él quien debe de resolver el asunto a nivel interno y, de ser el caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales. En este sentido, la jurisprudencia reciente ha reconocido que todas las autoridades de un Estado adherido a la Convención ADH, tienen la obligación de ejercer un control de *convencionalidad*, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. (Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile. párrafo 138).

V. CONCLUSIONES

En la doctrina como en la misma Convención ADH se afirma que el SIDH actúa de forma complementaria y subsidiaria, pero en realidad éste ha evolucionado al constituir prácticamente una estructura jurisdiccional biinstancial cuya fuente es el *Corpus Iuris Latinoamericano* que en cuanto al derecho sustantivo convencional es invasivo, terapéutico e integrador al derecho interno, en la que todos los jueces de los Estados parte conforman el primer piso de control del poder público de acuerdo a los estándares convencionales de protección en el ámbito de su competencia (*ratione personae, ratione materiae, ratione temporis y ratione loci*) a través del control difuso de convencionalidad, pero si no son eficaces, se abre la posibilidad, aun sin agotar los recursos internos, porque más que un principio es una regla procesal subordinada al efecto útil de la convencionalidad o agotando los medios de impugnación internos, de concurrir a la segunda etapa de revisión a través de la petición a la CIDH y si dentro del procedimiento de fiscalización no se logra avenir a los contendientes la Comisión IDH decidirá si presenta o no el caso ante la Corte IDH, lo que representa el derecho procesal convencional.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R. (2006). *Ponderación, control de constitucionalidad y representación, en Jueces y ponderación argumentativa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

AMNISTÍA INTERNACIONAL (1998). *Manual de juicios justos*. Madrid.

ARELLANO GARCÍA, C. (1989). *Teoría General del Proceso*. 3ª. Ed. México: Porrúa.

- ATIENZA, M. (2005). *El Derecho Como Argumentación, en Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CARBONELL, M. (2007). "El Neoconstitucionalismo en su Laberinto". En: M. CARBONELL (Edición). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- CÁRDENAS GRACIA, J. (2005). *La argumentación como derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CARNELUTTI, F. (2002). *Cómo se hace un proceso*. 6ª, ed. México: Colofón.
- COVEY, S. R. (2006). *Los 7 hábitos de la gente altamente efectiva*. México: Editorial Paidós Ibérica.
- FERRAJOLI, L. (1997). *Teoría del garantismo penal*. Madrid: editorial Trota.
- FERRAJOLI, L. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Traducción de A. IBÁÑEZ y A. PERFECTO Y GREPPI). 7ª ed. Madrid: Trotta.
- GÓMEZ LARA, C. (2004). *Teoría General del Proceso*. 10ª ed. México: Oxford University Press Harla.
- GÓMEZ LARA, C. (2007). *Sistemática Procesal*. México: Oxford University Press.
- GONZÁLEZ PLACENCIA, L. y MORALES SÁNCHEZ, J. (2012). "Incidencia de los Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Actividad Jurisdiccional Mexicana". *Derechos humanos actualidad y desafíos II*. México: Fontamara.
- HIRSCH, G. (2008). "La jurisdicción en el estado de derecho entre la sujeción a la ley y la interpretación cuasilegislativa", en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- MARTÍNEZ LAZCANO, A. J. (2013). "El control difuso de convencionalidad y la nueva cultura constitucional". En: A. J. MARTÍNEZ LAZCANO (director científico) *Reflexiones y desafíos de la justicia constitucional*. Tuxtla Gutiérrez: Editorial Revista Jurídica Primera Instancia.
- OVALLE FAVELA, J. (1998). *Teoría General del Proceso*. 4ª ed. México: Oxford University Press Harla.
- PALLARES, E. (1979). *Diccionario de derecho procesal civil*. 12ª. ed. México: Porrúa.
- PÁSARA, L. (2003). *Cómo sentencian los jueces del D.F. en Materia Penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://tinyurl.com/47dn5e9h>

VELANDIA CANOSA, E. A. (2013). "Control jurisdiccional de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión". En: A. J. MARTÍNEZ LAZCANO (director científico) *Reflexiones y desafíos de la justicia constitucional*. Tuxtla Gutiérrez: Editorial Revista Jurídica Primera Instancia.

LEGISGRAFÍA

Convención Americana de Derechos Humanos
Convención de Viena de 1969

JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003.
Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008.
Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001.
Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012.
Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Sentencia de 24 de noviembre de 2010.
Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile. Sentencia de 1 de octubre de 2021.

DIREITO ESPACIAL E A APLICAÇÃO DA LEI PENAL: A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO NO ESPAÇO SIDERAL

MEDEIROS, Moisés Wilkison Santos de³⁰
BEZERRA, Tiago José de Souza Lima³¹

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade, através do método dedutivo, abordar questões relativas à regulamentação do direito penal no espaço sideral, bem como demonstrar as peculiaridades do direito espacial frente à aplicação da lei penal. Tomando como embasamento os conceitos de direito espacial, sua origem, sujeitos, regulamentação e legislação, procura-se responder à problemática de como julgar um crime cometido no âmbito externo ao planeta Terra. Analisando o caso concreto da astronauta Anne McClain, da *National Aeronautics and Space Administration* (NASA), acusada de cometer o primeiro crime já praticado no espaço e, partindo do princípio de que o advento do turismo espacial está ultrapassando cada vez mais fronteiras, como a recente viagem tripulada por civis da nave da *SpaceX*, empresa do bilionário Elon Musk, fica explícita a necessidade de se estabelecer um ordenamento jurídico que abarque a esfera penal nos fatos ocorridos nas áreas físicas do Universo que estão, gradativamente, sendo desbravadas pelo homem. O Tratado do Espaço Exterior prevê que o criminoso do espaço, inicialmente, está sujeito às leis do país do qual é cidadão, ou ao país dono da espaçonave onde o crime foi cometido. Mas, há lacunas a serem preenchidas. O caso McClain não será a última.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Espacial. Espaço Sideral. Crimes Espaciais. Aplicação da Lei Penal.

ABSTRACT: The purpose of this article is, through the deductive method, to address issues related to the regulation of criminal law in outer space, as well as to demonstrate the peculiarities of space law against the application of criminal law. Based on the concepts of space law, its origin, subjects, regulation and legislation, it seeks to answer the problem of how to judge a crime committed outside the planet Earth. Analyzing the specific case of astronaut Anne McClain, from the National Aeronautics and Space Administration (NASA), accused of committing the first crime ever committed in space and, assuming that the advent of space tourism is increasingly crossing borders, such as In a recent trip manned by civilians on the SpaceX spacecraft, a company owned by billionaire Elon Musk, it is clear the need to establish a legal system that covers the criminal sphere in the facts that occurred in the physical areas of the Universe that are gradually being explored by man. The Outer Space Treaty provides that the space criminal is initially subject to the laws of the country of which he is a citizen, or the country that owns the spacecraft where the crime was committed. But there are gaps to be filled. The McClain case will not be the last.

Keywords: Criminal Law. Space Law. Outer space. Space Crimes. Application of Criminal Law.

1 INTRODUÇÃO

³⁰ Especialista em Auditoria e Planejamento Tributário (Faculdade do Seridó). Bacharel em Ciências Contábeis (UFRN). Contador licenciado (CRC/RN 011510). Discente do 3º semestre do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

³¹ Mestre em Direito Constitucional (UFRN). Especialista em Direito Digital e Compliance (Instituto Damásio de Direito). Bacharel em Direito (UFRN). Advogado licenciado (OAB/RN 17.198). Professor substituto do Departamento de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Assessor jurídico do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte.

A discussão sobre a regulamentação do direito no espaço sideral, particularmente no que diz respeito à aplicação da lei penal fora do planeta Terra, tem sido uma demanda cada vez mais urgente, tendo em vista o crescimento vertiginoso de missões espaciais tripuladas nos últimos anos, bem como o recente advento do ramo do turismo espacial, implementado por gigantes do mercado, como a *SpaceX* do bilionário Elon Musk. O caso do considerado o primeiro crime já praticado no espaço, ocorrido em 2018, no qual a astronauta americana Anne McClain foi acusada de acessar a conta bancária da sua, até então, esposa a bordo da Estação Internacional Espacial (ISS), acendeu o alerta para que haja uma legislação penal que abarque, de forma mais concisa, os crimes e contravenções extraterrestres.

Ao se voltar para análise, ainda que breve, do desenvolvimento histórico da colonização espacial percebe-se, desde os primórdios, quando em 1961 o astronauta soviético Yuri Gagarin se tornou o primeiro homem a alcançar o espaço, que interesses de cunho político, econômico, científico e de poderio militar sempre estiveram à frente de questões como a proteção da dignidade humana e a regulamentação de direitos.

Na época, a extinta União Soviética e os Estados Unidos travavam uma batalha silenciosa para saber qual nação levaria o primeiro ser humano a Lua. Os norte-americanos venceram a disputa em 1969, com o “primeiro passo” inaugural de Neil Armstrong no satélite natural da Terra, mas nos oito anos anteriores, os soviéticos sempre estiveram à frente, inclusive no lançamento do primeiro satélite artificial, o Sputnik, em 1957.

Após esses acontecimentos, a indústria tecnológica de foguetes apresentou inúmeros avanços, influenciados pela Guerra Fria, que inflamaram a corrida espacial em uma grande disputa de inovações que só terminou com a vitória dos Estados Unidos ao conseguir colocar um homem na Lua efetivamente. Pouco tempo antes desse evento que encerrou a corrida e, devido aos, então recentes, acontecimentos no mundo, começou a se pensar na necessidade de uma regulação do espaço.

Além disso, na época, não havia ainda um compartilhamento de informações confiáveis de forma tão acelerada como temos hoje, e as nações escondiam seus planos e avanços militares a fim de estarem em vantagem com relação aos seus inimigos. Com isso, na Guerra Fria sempre existiu muita especulação

referente ao que cada país tinha disponível e de que forma eles poderiam atacar, sendo essa incógnita alicerce de muito temor.

Por causa das inúmeras inquietações e discussões sobre o tema e com as nações temendo uma possível militarização do espaço sideral, no ano de 1966, foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas e levado à assinatura no ano de 1967, o Tratado do Espaço Sideral, fortemente apoiado pela comunidade internacional. Sua aceitação é similar à Carta das Nações Unidas, visto que tem a concordância de todos os países membros e, por esse motivo, é considerado bastante sólido.

No Brasil, esse tratado foi promulgado por Arthur da Costa e Silva, o segundo presidente da nação durante o período da Ditadura Militar, tornando-o assim vigente no nosso país, onde ficou conhecido como Tratado sobre Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico, inclusive a Lua e demais Corpos Celestes.

Ademais, o presente artigo tem o escopo de discorrer sobre a regulamentação e aplicação da lei penal no espaço sideral, com o objetivo geral de explicar como é realizado, atualmente, o julgamento de eventuais crimes ocorridos fora do planeta Terra.

Posto isto, mister se fez identificar quais tratados internacionais atualmente “governam” o espaço e quais as peculiaridades de cada tratado, fazendo uma correlação com as leis, doutrinas e jurisprudências penais no cenário mundial. Ainda, foi imperioso analisar o real sentido do alcance desses imperativos que regulam o Direito Espacial, já que, em 2016, contrariando tratados internacionais, o governo dos Estados Unidos sancionou uma lei que garante a empresas daquele país o direito de propriedade sobre recursos espaciais.

Deste modo, buscou-se discutir sobre a questão da aplicação da lei penal no espaço sideral – abordando terminologia e definição - por meio de pesquisa bibliográfica e, através do método dedutivo, fazer um paradoxo entre os instrumentos regulatórios atuais e os limites impostos aos mesmos, de forma a expor a necessidade de uma legislação penal concreta que incida sobre os fatos considerados crimes ou contravenções penais a médio e longo prazos, visto a atuação crescente de empresas do ramo do turismo espacial, além do caso concreto da astronauta McClain, que serve como alerta para essa demanda urgente.

2 A LEI PENAL NO ESPAÇO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Há vários métodos para a aplicação da lei penal, como é o caso da lei penal no tempo que, no caso do Brasil adota a teoria da atividade (artigo 4º do Código Penal Brasileiro), mas que também utiliza como critérios a teoria do resultado e a teoria da ubiquidade.

No que diz respeito à lei penal no espaço, o tema se mostra de forma mais complexa, visto que, por exemplo, o Brasil inicialmente adotou o princípio da territorialidade, conforme o artigo 6º do Código Penal, no qual “considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado”.

Em outras palavras, os crimes ocorridos no território nacional estarão sujeitos à lei nacional. Para se estabelecer o lugar do crime, Bitencourt (2008, p. 18) afirma que “tarefa importante para possibilitar a adoção do princípio da territorialidade, suas exceções, é definir, enfim, os demais princípios reguladores de competência e jurisdição” e que várias são as teorias que “procuram definir o lugar do crime”. Ou seja, o autor trata de um tema relevante para fixar qual a competência para o julgamento do crime, em que fixar competência significa atribuir à autoridade competente a função de apurar e de julgar o delito.

Algumas teorias buscam estabelecer o “lugar do crime”, como a teoria da atividade ou da ação; a teoria do resultado, do evento ou do efeito; e, a teoria da ubiquidade ou mista.

Conforme a teoria da atividade, conhecida também com o nome de “teoria da ação”, o lugar do crime é aquele em que ocorre a conduta (dolosa ou culposa), é o local onde se pratica a ação ou omissão. Na teoria do resultado ou teoria do evento ou do efeito, por sua vez, o lugar do crime é aquele em que o resultado foi produzido, não se importando o local da ação ou da omissão. Já a teoria da ubiquidade ou teoria mista refere-se como lugar do crime aquele em que ocorre a conduta (dolosa ou culposa) ou aquele em que o resultado foi produzido. O Código Penal brasileiro adotou a teoria da ubiquidade, diferente da lei penal no tempo em que foi adotada a teoria da atividade.

Como forma de se conceituar o que é território, o Código Penal traz em seu artigo 5º, parágrafo 1º:

Art. 5º, § 1º, CP - Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar.

Isso significa que o território geográfico do Brasil abrange tanto seu espaço físico, onde exerce sua política e poder, como o seu mar territorial, espaço aéreo e subsolo. Esses são considerados os territórios estritos senso.

Nosso Código Penal também explana quais são os territórios por extensão, previstos no artigo 5º, parágrafo 2º, que apesar de não serem territórios propriamente ditos são considerados como tal. São eles: as embarcações públicas ou a serviço público, onde quer que elas se encontrem, e as embarcações ou aeronaves privadas em alto mar ou espaço aéreo correspondente.

Art. 5º, § 2º, CP - É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil.

Devido a alguns princípios, há a chamada extraterritorialidade que trata da aplicação lei brasileira aos crimes cometidos no exterior, podendo ser dividida em extraterritorialidade incondicionada, condicionada e hiper condicionada.

A territorialidade incondicionada pode ser identificada no artigo 7º, inciso I do Código Penal, referindo-se às hipóteses que independem de qualquer ocorrido no território estrangeiro. As três primeiras hipóteses decorrem do princípio da proteção (ou defesa) onde o que é lesionado, além do bem jurídico do crime, é um bem jurídico de relevância nacional e, por isso, ele deve ser protegido. Ultrapassa o bem jurídico protegido genericamente como, por exemplo, o primeiro caso que trata de crimes contra a vida ou liberdade do Presidente da República. Além de ter sido afetado o bem jurídico vida ou liberdade, também há um interesse nacional em sua representação.

São as hipóteses de territorialidade incondicionada abrangidas pelo princípio da proteção ou da defesa, conforme o artigo 7º, inciso I, do Código penal:

- a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;
- b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;
- c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;

A quarta hipótese de extraterritorialidade incondicionada se refere ao princípio da justiça universal, que é a repressão de crimes que o Brasil se comprometeu a fazer por meio de tratados ou convenções internacionais. Trata-se do crime de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil (há autores que afirmam que se trata do princípio do domicílio, mas a doutrina majoritária entende como justiça universal).

Se faz necessário ressaltar que, se o agente já tiver cumprido pena no estrangeiro, pode ocorrer detração aqui no Brasil, computando quando as penas forem idênticas ou atenuando quando forem diferentes, de acordo com o que está previsto no artigo 8º do Código Penal: “a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”.

Na esfera da extraterritorialidade condicionada, a lei brasileira vai ser aplicada de forma subsidiária, utilizada na ausência da repressão originária. Os casos estão previstos no inciso II do artigo 7º do Código Penal:

- a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;
- b) praticados por brasileiro;
- c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

O primeiro caso traz o princípio da justiça universal, mas de uma forma mais ampla, já que no inciso anterior fala apenas de genocídio. O segundo caso traz o princípio da personalidade ativa, que o Brasil se responsabiliza pelos atos praticados por brasileiros. O terceiro caso traz o princípio da representação, também chamado de princípio da bandeira ou pavilhão.

Esses casos se diferem do inciso I, porque para sua aplicação é preciso que se cumpram as condições previstas no parágrafo 2º do artigo 7º do Código Penal. Dessa maneira, pode-se compreender que só será aplicada a lei penal brasileira de forma secundária visto que, uma das condições para sua aplicação, é que o agente não tenha sido absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena, ou seja, aqui também não se aplica a hipótese de detração por uma questão lógica.

As condições são:

- a) entrar o agente no território nacional;

- b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;
- c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;
- d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;
- e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

No que se refere à extraterritorialidade hiper condicionada se aplica somente em um caso: quando estrangeiro comete crime contra brasileiro. Recebe esse nome justamente por ter mais condições que as hipóteses anteriores. Na extraterritorialidade hiper condicionada vai ser necessário cumprir as hipóteses da extraterritorialidade condicionada, que exista requisição do Ministro da Justiça (condição de procedibilidade) e que não tenha sido pedida a extradição ou que ela tenha sido negada. Está prevista no artigo 5º, parágrafo 3º, do Código Penal.

Art. 5º, § 3º, CP - A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:

- a) não foi pedida ou foi negada a extradição;
- b) houve requisição do Ministro da Justiça.

Por fim, a doutrina trata da chamada passagem inocente, decorrente da Convenção de Montego Bay (1982), onde uma embarcação ou aeronave pode atravessar o mar territorial de uma nação apenas como passagem, conforme prevê o artigo 3º da Lei nº 8.617, de 4 de janeiro de 1993:

Art. 3º - É reconhecido aos navios de todas as nacionalidades o direito de passagem inocente no mar territorial brasileiro.

§ 1º A passagem será considerada inocente desde que não seja prejudicial à paz, à boa ordem ou à segurança do Brasil, devendo ser contínua e rápida.

Dessa forma, se o crime ocorre durante passagem inocente e não fere bem jurídico da nação, não se aplica a lei brasileira. Frisando que é passagem inocente se o Brasil era o destino, sendo aplicada neste caso a lei nacional.

3 DIREITO ESPACIAL: O ESPAÇO SIDERAL E SUA REGULAMENTAÇÃO NO DIREITO

Para entender como funciona a aplicação do Direito no espaço sideral é de suma importância entender aspectos relacionados ao seu conceito, a sua origem,

aos seus sujeitos, bem como às questões regulamentadas por esse ramo da ciência jurídica.

De acordo com Filho (1998, p. 2), “O DEI, portanto, constitui o conjunto de princípios e normas internacionais destinados a ordenar um tipo específico de atividade – a espacial – e um âmbito (meio) também específico – o âmbito espacial”.

Nesse sentido, o jurista José Monserrat Filho conceitua o Direito Espacial como sendo um ramo do Direito Internacional Público, responsável por regulamentar as atividades dos Estados, das Empresas Públicas e privadas, além das Organizações Internacionais Intergovernamentais, no que tange à exploração e ao uso do espaço exterior, além de estabelecer um Regime Jurídico do Espaço Exterior e dos Corpos Celestes.

Em relação à origem do Direito Espacial, Neto (2011, p. 27) destaca:

Em 1957, deixou a base soviética de Baikonur, no Cazaquistão, o satélite Sputnik 1, esfera metálica oca, munida de transmissor de rádio e antenas. Embora rudimentar, o primeiro satélite artificial obteve êxito em seus propósitos, ao causar furor na opinião pública internacional, principalmente entre os países ocidentais. Em sua trajetória orbital, o Sputnik 1 passou sobre o território de inúmeros Estados à incrível velocidade de 8 km/s ou aproximadamente 29 km/h, transmitindo seu famoso “BIP-BIP-BIP”, facilmente rastreado até mesmo por radioamadores [...]

Esse foi o marco histórico para o nascimento do Direito Espacial e, conforme ratifica José Monserrat Filho, em entrevista em 2009 ao programa “Carreiras” da TV Justiça:

O direito espacial é um direito que nasce com a era espacial, ou seja, quando o homem começa a conquistar o espaço fora da Terra. Isso começou em 1957 quando foi lançado o primeiro satélite artificial da Terra pela então União Soviética que era o satélite Sputnik 1. A primeira questão jurídica surge nesse dia, porque quando esse satélite foi lançado, ele tinha um som: “bip, bip, bip...”. O advogado da época, o jurista se perguntava: Ele (Sputnik1) está pesando dentro ou fora dos limites da jurisdição dos Estados? Ele está entrando, invadindo a jurisdição dos Estados ou está em um espaço onde não é mais a jurisdição dos países subjacentes? Como ninguém protestou, ficou-se admitido tacitamente que aquilo era outro território, que era o espaço cósmico.

No ano de 1957 com a Sputnik 1, eram diversos os questionamentos acerca desse ponto: uma espaçonave ou satélite que esteja orbitando no espaço cósmico irá fazer várias manobras para poder circundar o planeta sem ocasionar um acidente, por esse motivo, poderá mudar vez ou outra a sua órbita fazendo com que

a nave sobrevoe diversos Estados, sem ser aquele de sua origem. A dúvida comum é: a Sputnik 1 sobrevoando o Brasil, emitindo seu “bip”, não estaria invadindo a jurisdição do Estado Brasileiro? Foi justamente por causa desse tipo de pergunta que o mundo se viu na obrigação de regulamentar o Direito Espacial.

Além disso, quando se fala em jurisdição ou competência para atuação da autoridade estatal, José Francisco Rezek apud Helena da Silva (2004), doutrina que a generalidade da jurisdição significa que o Estado exerce, no seu domínio territorial, todas as competências de ordem legislativa, administrativa e jurisdicional. Ou seja, no exercício dessas competências o Estado local não possui concorrência de qualquer outra soberania. Isso ocorre, pois ele é detentor do monopólio do uso legítimo da força pública naquela localidade.

No tocante aos sujeitos do Direito Espacial, Filho (1998, p.3-4) classifica como “sujeitos do DEI (Direito Espacial Internacional), os Estados e as Organizações Internacionais”. O autor afirma que os Estados, todos eles, são considerados sujeitos, independentemente do seu estágio de desenvolvimento econômico e científico. Mesmo que o país não possua nenhum programa espacial ou tão pouco domine a tecnologia espacial, ele também será sujeito no Direito Espacial. Já as Organizações, são consideradas sujeitos: as internacionais intergovernamentais, universais ou regionais, sendo elas criadas e mantidas por algum Estado. Como exemplos, têm-se: NASA (Agência Espacial Americana), UIT (União Internacional de Telecomunicações), UNESCO, Intelsat, ESA (Agência Espacial Europeia), AEB (Agência Espacial Brasileira), entre outras. Filho (1998) complementa salientando que as empresas privadas, de modo formal, não fazem parte da lista de Sujeitos do DEI, pois estão sujeitas ao controle e responsabilidade de vigilância do Estado em que se encontram instaladas.

No campo da regulamentação, o Artigo 9º do TEE (Tratado do Espaço Exterior) traz um embasamento acerca das atividades espaciais:

Art. 9º - TEE: No que concerne à exploração e ao uso do espaço cósmico, inclusive da Lua e demais corpos celestes, os Estados-Partes do Tratado deverão fundamentar-se sobre os princípios da cooperação e de assistência mútua e exercerão as suas atividades no espaço cósmico, inclusive na Lua e demais corpos celestes, levando devidamente em conta os interesses correspondentes dos demais Estados-Partes do Tratado. Os Estados-Partes do Tratado farão o estudo do espaço cósmico, inclusive da Lua e demais corpos celestes, e procederão à exploração de maneira a evitar os efeitos prejudiciais de sua contaminação, assim como as modificações nocivas no meio ambiente da Terra, resultantes da introdução de substâncias

extraterrestres, e, quando necessário, tomarão as medidas apropriadas para este fim [...] (ARTIGO 9º, TRATADO DO ESPAÇO EXTERIOR, 1967).

A principal consequência do artigo supracitado é que os Estados deverão fundamentar-se sobre os princípios da cooperação e da assistência mútua e exercerão todas as atividades levando em conta os interesses correspondentes dos demais Estados.

O artigo 2º do TEE cria um Regime Jurídico para o Espaço, inclusive a Lua e outros corpos celestes ao citar que “O espaço cósmico, inclusive a Lua e demais corpos celestes, não poderá ser objeto de apropriação nacional por proclamação de soberania, por uso ou ocupação, nem por qualquer outro meio”.

Em decorrência disso, há uma proibição de que o Espaço Sideral/Cósmico e os Corpos Celestes presentes nele sejam objeto de apropriação nacional, ninguém podendo se intitular dono da Lua, de Marte, de Júpiter, de Cometas, ou qualquer outro corpo presente no espaço.

As atividades de Comunicação por satélites, objetos do Direito Espacial, são regulamentadas pela União Internacional de Telecomunicações, que é um organismo da ONU (Organização das Nações Unidas).

Segundo Filho (1998, p.4), “o Direito Espacial regulamenta também os Programas Espaciais de cada Estado utilizando Princípios e Normas Internacionais”

Os países, individualmente, desenvolvem ou desenvolverão os seus Programas Espaciais, inicialmente com as Regras do Direito Espacial e, depois, com suas Leis Internas. As Leis Internas de cada país devem se ajustar às regras do Direito Espacial, e não o DEI se ajustar às Leis Internas. O Direito Espacial é hierarquicamente superior a qualquer Lei Interna Nacional.

As Leis Internas de um país que versam sobre matéria espacial levam o nome de Direito Espacial Interno. No Brasil, essa é formada pela Lei 8.854/94, que criou a Agência Espacial Brasileira (AEB).

O espaço vem sendo "governado" por cinco tratados internacionais, informalmente conhecidos como: *Outer Space Treaty* (Tratado do Espaço Sideral), *The Rescue Agreement* ("Acordo de Resgate" na tradução literal), *Space Liability Convention* ("Convenção de Responsabilidade no Espaço", traduzindo à risca), *The Registration Convention* ("Convenção de Registro" em tradução livre), e o *The Moon Agreement* (algo como "O Acordo Lunar"). Todos os tratados estão sob proteção do

United Nations Office for Outer Space Affairs, que é o Escritório das Nações Unidas para Assuntos do Espaço Exterior.

4 O JULGAMENTO DE CRIMES COMETIDOS NO ESPAÇO SIDERAL

Em 2019, a astronauta americana Anne McClain foi acusada e investigada pela prática do considerado o primeiro crime já cometido no espaço sideral. McClain esteve sob os holofotes por ter sido indicada como suspeita de praticar um crime de natureza passional, burocrática. Tenente-coronel do exército do Estados Unidos, militar condecorada, a astronauta respeitada na Nasa, esteve na Guerra do Iraque e era, até então, cotada para se tornar a primeira mulher a pisar na Lua em 2024.

No entanto, tudo mudou quando sua imagem construída em cima de uma carreira exemplar foi sufocada por um fato polêmico envolvendo a sua esposa, Summer Worden, que trabalhava para o serviço de inteligência da Força Aérea dos Estados Unidos. O jornal *The New York Times* noticiou na ocasião que as duas mulheres passaram boa parte do ano de 2018 em um processo conturbado de divórcio. A principal causa dos conflitos é um garoto de 4 anos, filho de Worden, que tinha um ano quando elas se conheceram.

Após o casamento, no ano de 2014, McClain insistiu para adotar a criança. A mãe biológica resistiu, mas cedeu. No começo de 2018, com o matrimônio já desgastado, a astronauta foi até um juiz pedir a guarda compartilhada do menino e a prioridade na escolha do lar, caso as partes não chegassem a um acordo no divórcio, alegando que Worden tinha comportamento explosivo e não lidava bem com as finanças, por esse motivo queria validar o vínculo parental na justiça.

A situação se agravou quando, nesse mesmo período, McClain postou em seu *Twitter* fotos com seu traje de astronauta ao lado do garoto. Worden ficou ainda mais ressentida: não queria que ela se passasse por mãe de seu filho em público. Meses depois, entrou com pedido de divórcio e, em outubro de 2018, McClain partiu para a Estação Espacial Internacional (ISS).

Foi na ISS, em pleno espaço sideral, que McClain cometeu o suposto delito: acessou a conta bancária da esposa a bordo da ISS para checar as finanças. Worden ao descobrir que o acesso veio da Nasa, protocolou uma queixa junto ao

inspetor geral da agência. De volta à Terra, McClain prestou depoimento e garantiu que estava apenas fazendo o que sempre havia feito, com permissão da ex-esposa.

A NASA possui protocolos claros sobre crimes realizados a bordo. Esses protocolos determinam que qualquer ato criminoso ocorrido na ISS deve ser analisado de acordo com as leis do país de origem do tripulante — no caso de McClain, os Estados Unidos.

A astronauta foi posteriormente inocentada, Worden foi acusada de prestar falsas declarações às autoridades federais. Com esse caso, um professor do Instituto de Direito Aéreo e Espacial da Universidade McGill, Ram Jakhu, publicou uma investigação que tinha servido como uma “alerta urgente” para estabelecer novas regras legais de lei extraterritorial.

"Com o crescimento exponencial esperado nas atividades espaciais, é razoável esperar que o número de crimes espaciais aumente no futuro", escreveu o professor no estudo. Esses podem variar de "assassinatos no espaço, ao sequestro de um veículo de transporte espacial e à detonação de um dispositivo nuclear no espaço".

"Seria lógico e imperativo que tais regras sejam as mesmas para todos os humanos exploradores do espaço, independentemente do fato de possuírem nacionalidades terrestres diferentes".

No mundo, há cinco tratados internacionais que regem as atividades no espaço. Destes, o mais relevante quando se trata de lidar com supostos crimes no espaço é o Tratado do Espaço Exterior de 1967, feito no Canadá e assinado por mais de 100 países.

A Estação Espacial Internacional (ISS), que tem mais de um país com jurisdição, tem seu próprio acordo intergovernamental que estabelece que "o Canadá, os Estados Parceiros Europeus, o Japão, a Rússia e os Estados Unidos podem exercer jurisdição criminal sobre o pessoal em ou sobre qualquer elemento de voo que sejam seus respectivos nacionais".

No entanto, se a vítima de um crime cometido na ISS fosse um cidadão de uma nação parceira diferente, a lei penal de outra nação se aplicaria. E se um crime fosse cometido pelo cidadão de um país em uma seção de outra nação, a lei penal do lugar do crime poderia se aplicar.

Antecipando mais viagens, o Canadá aprovou, recentemente, em abril de 2022, uma lei contra crimes cometidos na Lua. A lei canadense pode ser estendida

até a superfície lunar, uma vez que o governo busca colocar os astronautas do país em alerta: se eles cometerem crimes na Lua, ainda enfrentarão acusações criminais. Os legisladores canadenses aprovaram uma alteração no Código Penal do país para permitir o julgamento de crimes cometidos também no espaço.

A lei foi modificada no dia 28 de abril de 2022 e foi aprovada por 181 votos a favor e 144 contra. A nova lei faz parte da Lei de Implementação do Orçamento de 443 páginas que foi apresentada ao parlamento canadense.

O Código Penal deixa claro aos astronautas que as contravenções serão categorizadas como crimes já durante o voo para a Estação Espacial Internacional. Qualquer crime desse tipo cometido lá é considerado como tendo sido cometido no Canadá. A ideia é que como o Canadá faz parte do projeto do Portal Lunar, que também inclui viagens planejadas e turísticas à Lua, o governo federal decidiu emendar o Código Penal para incorporar esses novos destinos espaciais.

Na Lei de Implementação do Orçamento — no artigo "Lunar Gateway" —, membros da tripulação canadense são alertados: "Um membro da tripulação canadense que, durante um voo espacial, comete um ato ou omissão fora do Canadá que, se cometido no Canadá, constituiria uma ofensa insaciável é considerado como tendo cometido esse ato ou omissão no Canadá".

Em dezembro de 2020, a Agência Espacial Canadense (CSA) e a NASA assinaram um tratado confirmando a participação do Canadá no Portal Lunar. Ela também confirmou que um canadense fará parte da missão *Artemis II*, a primeira missão da tripulação à lua desde 1972.

É em antecipação a estas missões que o governo federal quer emendar o Código Penal para incluir crimes potenciais que poderiam ocorrer. E esta acaba sendo uma tendência a ser seguida pelos demais países, tendo em vista o crescente advento do turismo espacial.

4.1 O Caso Da Astronauta McClain sob uma Perspectiva Criminal Brasileira

Analisando o caso da astronauta Anne McClain sob uma perspectiva criminal brasileira, por meio da verificação dos três elementos necessários para configuração de um delito (fato típico, antijurídico e culpável), não há como negar que a conduta praticada foi crime.

A princípio, estão previstos na legislação penal brasileira dois tipos penais que se enquadram perfeitamente nos atos executados por McClain quanto à tipicidade, ambos presentes no Código Penal brasileiro.

Em um primeiro momento, quanto ao roubo de identidade, vide a redação do artigo 308 do referido diploma:

Art. 308 - CP - Usar, como próprio, passaporte, título de eleitor, caderneta de reservista ou qualquer documento de identidade alheia ou ceder a outrem, para que dele se utilize, documento dessa natureza, próprio ou de terceiros:

Pena - detenção, de quatro meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

De maneira subsequente, no que se refere ao acesso dos registros bancários de forma irregular, é possível observar que o artigo 154 do CPB, inserido no ano de 2012 pela lei nº 12.737, o qual trata acerca do crime de invasão de dispositivo informático, foi infringido. Constatase, com isso, que a conduta é típica ante ordenamento jurídico do direito penal brasileiro, não subsistindo qualquer excludente de ilicitude ou de culpabilidade (inimputabilidade ou semi imputabilidade).

Entretanto, cabe ressaltar que, como o crime de falsidade ideológica constitui elemento para crime mais grave, Anne teria praticado tão somente o delito previsto no artigo 154-A do Código Penal em detrimento do princípio da consunção (quando um crime é meio necessário para a execução de outro, mais abrangente, se aplica somente a norma referente a este crime). Bem como, há de se levar em consideração os regimentos internos que a própria NASA dispõe, somado aos tratados internacionais e diversas outras leis e resoluções específicas, os quais podem ser aplicados.

Outra questão pertinente, talvez a maior dúvida surgida com o caso McClain, trata-se de saber em que local o crime será processado, pois mesmo as denúncias sendo oferecidas nos Estados Unidos da América, se forem aplicados os critérios de fixação do artigo 69 do Código de Processo Penal brasileiro, encontra-se um impasse no tocante a sua competência, já que o código processual penal determina sua competência através do lugar da infração, do domicílio ou residência do réu e pela natureza da infração.

Quanto ao lugar da infração, o primeiro obstáculo surge: o crime foi cometido numa estação espacial, na qual não existem juízos investidos pela

magistratura, portanto, não podendo ser fixada competência pelo lugar do ocorrido, mesmo se utilizado como parâmetro o espaço aéreo, uma vez que a terra se encontra em constante rotação, ou seja, a todo o momento estaria orbitando sobre uma localidade diferente.

O próximo parâmetro, o domicílio ou residência do réu, talvez resolva a questão, pois Anne, a suposta autora do delito, é domiciliada em alguma cidade dos Estados Unidos, sendo este o competente para processar a conduta cometida por ela à luz do códex processual penal brasileiro.

Por fim, o critério da natureza da infração não resolveria o impasse, pois no Brasil, a legislação interna que trata da matéria espacial, é constituída pela Lei nº 8.854/94, que criou a Agência Espacial Brasileira (AEB). No entanto, “ainda”, não há juízos especiais específicos para crimes cibernéticos. Portanto, o delito seria processado por um juízo comum, voltando novamente à incerteza da competência.

Em tese, essas seriam as soluções para o caso da astronauta McClain sob uma perspectiva criminal brasileira, sendo preenchidos todos os elementos estabelecidos pelo direito material, bem como as indagações no que se trata da competência do juízo, resolvida pelo segundo critério encontrado no Código de Processo Penal brasileiro.

Todavia, é relevante esclarecer que a legislação norte-americana é distinta, e a solução para essa questão no país pode não ser tão simples. Contudo, a interpretação apresentada é uma das muitas possíveis por meio da hermenêutica jurídica, tanto pelos doutrinadores brasileiros, como por toda a comunidade internacional. Além disso, cabe frisar que cada país tem normas materiais e processuais distintas, assim seria possível, por exemplo, que algum elegeesse o lugar da infração como critério e exigisse o processamento do crime na Holanda, pois no momento do acesso indevido a estação espacial se encontrava orbitando seu espaço aéreo.

Muitos questionamentos ainda vão surgir no tocante ao cometimento de delitos fora do planeta, devendo o mundo estar pronto para respondê-los e promover a justiça.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os fatos mencionados neste artigo, infere-se que o Direito Espacial é uma das vertentes da ciência jurídica que estará, gradativamente, em pauta nos próximos anos, tamanho o nível de desenvolvimento tecnológico alcançado pelo homem ao ponto de fazê-lo empreender em um ramo novo do turismo, o turismo espacial. Junto ao Direito Espacial, outras ramificações do Direito, com destaque para o Direito Penal, objeto deste trabalho, devem ser regulamentados, a fim de se obter leis, doutrinas, jurisprudências, costumes e princípios gerais que amparem eventuais situações que possam ocorrer fora do planeta Terra.

Ao observar o céu, o ser humano pode entender que muito mais se passa lá em cima. A política e as leis estão cada vez mais presentes nas nossas relações fora da Terra.

A possibilidade do uso militar do espaço em conjunto com a inovação para nosso mundo se alia, em conjunto, para demonstrar o grande potencial humano para mudanças e descobertas.

Resta ainda denotar que existem no espaço importantes acordos de cooperação, como se todos que estão lá na grande imensidão pudessem se tratar como iguais e cooperarem entre si, não sendo os planetas e o infinito passíveis de apropriação pelas nações.

Esses ideais poderiam se refletir em parte no que hoje é imposto para a nossa sociedade, visto que muitas vezes são perceptíveis situações de violações aos Direitos Humanos por políticas que são estritamente contrárias as que são usadas no espaço sideral.

Considera-se a realização deste trabalho de grande importância, já que foi possível mostrar como é realizado, atualmente, o julgamento de eventuais crimes ocorridos no espaço sideral. Este estudo não esgota outras fontes de pesquisa a respeito do tema tratado.

REFERÊNCIAS

BAKER, Mike. **NASA Astronaut Anne McClain Accused by Spouse of Crime in Space**. THE NEW YORK TIMES, 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/08/23/us/astronaut-space-investigation.html>. Acesso: 21 maio. 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1 / Cezar Roberto Bitencourt. – 23. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITTENCOURT NETO, Olavo de Oliveira. **Direito Espacial Contemporâneo - Responsabilidade Internacional**. 2011. Editora JURUÁ. p. 27.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.617, de 4 de janeiro de 1993**. Dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileiros, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8617.htm. Acesso: 20 maio. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1941.

CARREIRAS: Especialista em Direito Espacial (1/3). Entrevista com José Monserrat Filho. 2009. 8'37". Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=eXFJRsXUZQ>. Acesso: 20 maio. 2022.

DORNELAS, Helena. **Antecipando mais viagens, Canadá aprova lei contra crimes na Lua**. CORREIO BRAZILIENSE, 2022. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/mundo/2022/04/5004270-antecipando-mais-viagens-canada-aprova-lei-contra-crimes-no-espaco.html>. Acesso: 22 maio. 2022.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1**: parte geral / Damásio de Jesus. — 35. ed. — São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MONSERRAT FILHO, José. **Introdução ao Direito Espacial**. 1998. SBDA. Disponível em: www.sbda.org.br/textos/Dir_Esp.rtf. Acesso: 21 maio. 2022.

Nasa investiga possível primeiro crime cometido no espaço. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/ciencia/nasa-investiga-possivel-primeiro-crime-cometido-no-espaco/>. Acesso: 07 jun. 2022.

Nasa investiga primeira acusação de crime cometido no espaço. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/08/24/nasa-investiga-primeira-acusacao-de-crime-cometido-no-espaco.ghtml>. Acesso: 07 jun. 2022.

SILVA, Helena. **Território**. 2004. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1524/Territorio>. Acesso: 21 maio. 2022.

A (DES)MANIPULAÇÃO DAS MASSAS: UM ESTUDO DO LETRAMENTO DIGITAL FRENTE HABERMAS E BOURDIEU

OICHI, Camila Mayumi³²
LIMA, Gabriela Vernasch³³
DESTRO, Carla Roberta Ferreira³⁴

RESUMO: Este artigo tem por objetivo analisar a influência desenvolvida pelas redes tecnológicas na formação de opiniões do corpo social e sua intrínseca relação com a democratização. Para tanto, busca-se atrelar o conceito de esfera pública habermasiana ao novo espaço público do metaverso, além de se trazer a problemática para os vieses sociológicos através do pensamento crítico de Pierre Bourdieu. Assim, empregando a linha tecnológica científica, com o uso do raciocínio dedutivo e aplicando uma investigação jurídico-projetivo, procura-se no letramento digital uma forma de se estabelecer um civismo tecnológico adequado e legítimo a um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Digital. Habermas. Bourdieu. Manipulação. Letramento digital.

ABSTRACT: This article aims to analyze the influence developed by technological networks in the formation of opinions of the social body and its intrinsic relationship with democratization. Therefore, we seek to link the concept of Habermasian public sphere to the new public space of the metaverse, in addition to bringing the issue to sociological biases through the critical thinking of Pierre Bourdieu. Thus, employing the scientific technological line, with the use of deductive reasoning and applying a legal-projective investigation, digital literacy is sought as a way to establish an adequate and legitimate technological civic spirit to a Democratic State of Law.

Keywords: Digital. Habermas. Bourdieu. Manipulation. Digital literacy.

1 INTRODUÇÃO

A tecnologia tem cada vez mais sido inserida no cotidiano do corpo social, fazendo-se presente em todas as relações e interações, sejam elas físicas ou

³² Discente do 4º ano do curso de direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Bolsista do Programa de Iniciação Científica “Novo Processo Civil Brasileiro: Garantias Fundamentais e Inclusão Social”. E-mail: camilaoichi@gmail.com

³³ Discente do 4º ano do curso de direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Bolsista do Programa de Iniciação Científica Constitucionalismo e Direitos Fundamentais. E-mail: gaabsv@outlook.com

³⁴ Docente do curso de direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Mestre em ciências jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Coordenadora de pesquisa e extensão do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Orientadora do trabalho.

intertemporais, criando um cenário na qual os números passam a ser o novo modo de dominação, o novo controle dos jogos do poder.

Dentro de um espaço das fantasias tecnológicas, a sociedade é inserida em uma grande caixa de pandora, à mercê dos dados fabricados por aqueles que manipulam os coeficientes. O padrão de informações é edificado, enraizado, despercebido aos olhos humanos e imperceptível no dia a dia.

O grande problema desta nova dinâmica e sua falta de filtros é a sua intrínseca relação com o Estado Democrático de Direito; com a sua cativante narrativa da desinformação, produz fantasmas digitais, sem senso crítico e uma arena proliferadora de violações a direitos fundamentais.

À título de exemplo, o famoso caso envolvendo a empresa americana *Cambridge Analytica* e a rede social *Facebook* expõe bem o atual estado proporcionado pela manipulação digital; os ideais que até então pareciam ser uma ficção científica, mas que se encontram vivos e atuantes no século das máquinas. A partir da colaboração entre uma grande rede de detentora de dados e uma processadora destes, foi possível a constituição de um sistema capaz de prognosticar e intervir na orientação política dos eleitores americanos.³⁵

Entretanto, não é necessário buscar esta metodologia muito longe, haja vista que o próprio funcionamento do “*explorar*” da rede social *Instagram* ou do aplicativo em alta *Tik Tok* já demonstram a interferência feita nas escolhas de seus usuários.

Dessa forma, fazendo-se uma analogia ao filósofo esloveno Slavoj Žižek e sua conhecida metáfora dos óculos, o mundo digital propicia uma ilusão ótica de democratização, um sentimento de participação do espaço público e construção de um corpo social mais justo, ocorre que não se percebe os fios invisíveis controladores de cada ato e passos dados dentro do espaço digital, cada coordenada implícita sendo dada para que determinado caminho seja tomado e uma ditadura das escolhas sendo vivenciada.

Sendo assim, o presente artigo busca, através da linha tecnológica social científica, utilizando-se do raciocínio dedutivo, traçando-se uma investigação jurídico-

³⁵ Para mais informações acerca do caso, recomenda-se algumas notícias como as encontradas em: Entenda o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades. BBC, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml>. Acesso em: 14set. 2022.

projetivo, analisar preliminarmente a noção de esfera pública para o filósofo Jürgen Habermas e sua correlação com o espaço digital, para que assim, se possa entender a crítica realizada pelo sociólogo francês Pierre Bourdieu.

Ato contínuo, estabelecido as premissas acima, o trabalho passa a examinar o controle perpetrado pela tecnologia na sociedade e, por fim, a possibilidade de solucionar este *déficit* democrático a partir do letramento digital, como uma possível forma de medida reestruturante.

2 A DINÂMICA DA ESFERA PÚBLICA DIGITAL

Quando se aborda a noção de democracia, a *Ágora* surge a mente; desde os primórdios em Atenas as questões acerca do corpo social eram debatidas em um espaço próprio, apesar deste acabar sendo restringido a uma determinada classe social. No entanto, a esfera pública é uma noção interligada e enraizada na própria concepção de sociedade, bem como na ideia de democracia.

Dessa forma, ao tratar de um ambiente, seja ele físico ou não, mas que reúne a possibilidade de trocas dialógicas, é imprescindível o estudo do conceito de esfera pública e, para tanto, necessário se faz perpassar pelos fundamentos da teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas, renomado teórico acerca da temática.

O filósofo alemão é conhecido por seu proceduralismo baseado na racionalidade, o que significa que Habermas busca edificar uma teoria universalista através da composição de elementos verificáveis em todo e qualquer Estado Democrático de Direito, dando legitimidade a estes; dentre as quais, se pode citar os seguintes itens orientadores:

(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*.

(...)

(2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma dos *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito;

(3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.

(...)

(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo. (HABERMAS, 1997, vol I, p. 159).

Ou seja, a teoria habermasiana não fornece uma materialidade, questões conteudísticas, mas sim, componentes norteadores de legitimidade. Contudo, a chave para que isto ocorra é o trabalho conjunto entre a racionalidade e a dialeticidade; a razão comunicativa permite a manutenção deste pensamento, gerando consensos que, por conseguinte, são edificados legitimamente devido às garantias proporcionadas pelas quatro disposições supracitadas. (BITTAR; ALMEIDA, 2019, p. 549-550).

A construção de consensos é o objeto principal desta tese, nos quais os indivíduos pensam em seus problemas de maneira conjunta, para assim resolvê-los; porém, torna-se essencial a garantia aos participantes desta partida de debates ampla paridade de armas. (BITTAR; ALMEIDA, 2019, p. 551).

Neste contexto, o mundo digital se apresenta como uma ferramenta intrigante e proporcionadora de um espaço favorável ao desenvolvimento de consensos; com a quebra das barreiras físicas e a sua constante presença no cotidiano, permite-se um fluxo contínuo de interações, comunicações e trocas de argumentos.

O conceito de “democracia virtual”, ainda que esfumado, começa a ganhar valor e a definir-se como uma exigência política do ambiente de rede. Se os intentos de *Direito e democracia*, de Jürgen Habermas, procuravam de algum meio para se realizar, através da energia e da sinergia dos usuários da rede, este é um recurso técnico não desprezível; o potencial político, democrático e cidadão da *Internet* deve ser reconhecido pela capacidade que possui de agregar informar e mobilizar por causas de interesse público e comum. As facilidades que ocasiona, pela acessibilidade, baixo custo, rapidez e amplo alcance da circulação de informações, torna seu potencial um incrível instrumento de aprimoramento do convívio democrático e cidadão. (BITTAR; ALMEIDA, 2019, p. 839).

Destarte, o ambiente virtual passa ser uma esfera pública, que conforme Habermas, se apresenta como uma arena onde ocorrem as diversas divergências e trocas comunicacionais do corpo social, culminando na formação de consensos/opiniões públicas; sendo através da utilização deste âmbito que se constrói uma democracia nos moldes da justiça socrática, ou como é conhecida nos dias atuais.

A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em

opiniões *públicas* enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a *compreensibilidade geral* da prática comunicativa cotidiana. (HABERMAS, 1997, vol II, p. 92).

Todavia, percebe-se que por vezes o procedimentalismo habermasiano encontra óbices na realidade e nem sempre é possível visualizar suas elementares no dia a dia, permanecendo estas no mundo das ideias, utópicas.

Exemplificando, a pandemia abriu as portas para a implementação das audiências virtuais e recentemente o Tribunal de Justiça Federal do Estado da Paraíba efetuou a primeira audiência no chamado “Metaverso”, um espaço tridimensional na qual replica-se a realidade concreta em ambiente virtual (CNJ, 2022, s/p); o que a primeira vista demonstra uma maior acesso à justiça, celeridade processual e amplificação do devido processo legal.

No entanto, os pontos negativos acabam sendo esquecidos e deixados de lado pela sobreposição dos benefícios elencados, fatores como o déficit de uma educação cívica digital, que dificulta e quebra a igualdade de forças entre os players no espaço público ou nem mesmo possibilita a sua inserção nesse mundo, precisam ser lembrados e ponderados.

3 A RUPTURA BOURDIEUSIANA PARA COM A ARENA PÚBLICA TECNOLÓGICA

No atual momento, o panorama virtual tem sido o enfoque de diversas ciências e classes que pretendem compreender o funcionamento desse mecanismo que se estende a áreas como a política, o ensino, o direito e a cultura.

Assim, pensando no caminho em conjunto traçado pela filosofia e sociologia, retira-se desta última a oportunidade de se perquirir o cenário desenhado pelo atual desenvolvimento das ciências tecnológicas frente às garantias e instrumentos dados à população lutarem dentro deste espaço.

Dotado de uma crítica à sociedade e ao seu modo de utilizar a racionalidade, encontra-se em Pierre Bourdieu a oportunidade de se repensar os ideais do proceduralismo habermasiano e sua aplicação no mundo digital. Partindo de um método de pesquisa criado para utilizar-se da ciência, processos sociais e campos de ação, o sociólogo constrói uma nova perspectiva etiológica que contribui para a observação das ações sociais.

Enredado no conceito de Campo, que tem por objetivo denotar os grupos e subgrupos existentes em um dado espaço social e analisá-los sob a óptica da ciência, entendendo seus processos de classificação, sua teoria elenca que aqueles que se encontram inseridos neste espaço se dividem em dominantes e dominados. (BOURDIEU, 2011, p. 27).

Com tal noção inserida no contexto tecnológico temos que fazer uma evidenciação da teoria bourdieusiana tradicional e seu principal foco que constitui enunciar em um espaço social aquilo que é construído por uma classe denominada Dominante e aquilo que é obedecido por uma classe fixada como Dominada.

Na concepção de Pierre Bourdieu trabalha-se com eixos e estruturas que atingem os indivíduos e que estes mesmos também se inserem por uma ilusão naturalista de que a realidade é imutável, quando pelo contrário, trata-se de uma construção sociológica de espaços, campos e classes que tem por questão dividir e isolar aqueles que não se assemelham com os que ditam a realidade. (BOURDIEU, 2011, p. 74).

O campo se insere na atual temática digital com a mesma dinâmica que se insere em todas outras ordens relacionais, dividindo as classes e as delimitando, mas há de se ter como fundamento a própria conceituação do que é o campo, que é a de um:

Espaço social é construído de tal modo que os agentes ou os grupos são aí distribuídos em função de sua posição nas distribuições estatísticas de acordo com os dois princípios de diferenciação...o capital econômico e o capital cultural. Segue-se que os agentes têm tanto mais em comum quanto mais próximos estejam nessas duas dimensões, e tanto menos quanto mais distantes estejam delas. As distâncias espaciais no papel equivalem a distâncias sociais. (BOURDIEU, 2011, p.19).

Nesta linha, unindo a teoria com a prática, observa-se no século XXI os dominantes como aqueles que sabem se utilizar dos mecanismos modernos e os dominados sendo aqueles que desconhecem tais instrumentos e são, por conseguinte, isolados socialmente do campo e manipulados pelos primeiros.

Frente à globalização, as informações disseminadas em campos digitais possuem alcances inimagináveis, de tal maneira que suas nuances devem ser compreendidas para a sua utilização correta e administrada. Assim, fixa-se a informação e o arbítrio digital como fonte de poder que atinge as esferas democráticas na ciência política.

Trabalhar com a ordem tecnológica que surge na modernidade é uma tarefa ligada ao sistema político, pois compondo o campo estão as classes que deliberam sobre o acesso à informação e como ela será aproveitada para fins de deliberação política sobre a nação. Campanhas eleitorais e propagandas políticas são avaliadas atualmente pelo quão bem conseguem gerir o uso dos mecanismos digitais para se promover.

O modo pelo qual elas operam é difuso e seguindo essa lógica sua profusão é massiva, alcançando classes e posições distintas, efetuando uma proliferação de informação que nem sempre é dotada de interpretação e compreensão por todos; ao passo que essa tecnologia se torna comum, seu conhecimento crítico é marginalizado.

Para a contemporaneidade, o uso tecnológico é fonte de saber, mas para a crítica, é também a fonte de dominação; a constituição do sujeito passa por um processo arbitrário e hierárquico de modificação e alienação decorrentes dos meios digitais.

Destarte, em uma esfera social as ferramentas se transformam, por meio desses determinados instrumentos situados no espaço-tempo que conduzem o campo a uma manutenção de suas vias dominantes e assim, ocorre o que se verifica na hierarquia de classes. Há uma urgência no que concerne a sapiência dos meios digitais; ao mesmo tempo em que a técnica se globaliza e expande nos territórios, seu potencial excludente é intensificado em polos que carecem de alfabetização nesse campo, haja vista que, a medida que a modernização chega na ordem social, há também a necessidade de sua adequação.

4 A PROBLEMÁTICA DA DEMOCRACIA PARCIAL PRODUTO DAS REDES SOCIAIS

O fenômeno da modernização é uma expansão abstrata, sua visualização é possibilitada diante das modificações educacionais e sociais, mas principalmente nas mudanças comportamentais que se transmutam em situações relacionais de poder.

Como evidencia-se, na facticidade há uma disfunção quanto a implementação da democracia, sua instabilidade e crise advém de uma deturpada administração política, invertendo valores e subjugando classes por relações de

dominação, consistentes em um acúmulo de capital digital em detrimento da marginalização de analfabetos virtuais.

O panorama moderno consiste em uma polarização educacional e democrática que tem por projeto político a acentuação das diferenças e não o inverso. Mediante o universo digital, aquele que não é dotado de redes e reconhecimento pelos pares no campo virtual está condenado ao anonimato e, em uma democracia, anônimos não contam como participantes da esfera pública.

Não apenas isto, mas elencando-se a metáfora do filósofo sul-coreano Byung Chul Han, o qual compara a atual “*massa*” com uma reunião de insetos, trazendo uma nova noção a este termo; a revolução digital propiciou a formação de um enxame digital, extremamente inconsistente, instável, assim como um enxame de abelhas, no qual os sujeitos inseridos dentro deste espaço, apesar de serem anônimos, também esforçam-se para construir sua própria identidade dentro das redes sociais, sendo assim, um “alguém”, em verdade um “alguém anônimo”. (HAN, 2019, p. 28-29).

Contudo, essa massa digital não seria uma esfera maciça, mas sim uma bola de tênis de mesa, vazia, sem voz e que não é dotada de esforços políticos (Idem).

Ademais, quantificando a problemática, estatisticamente 81% da população brasileira se manteve conectada em 2021, porém, um terço dos cidadãos mais pobres mantiveram sem acesso à internet, em um momento em que, devido a impossibilidade de contatos físicos, a vida girou em torno do espaço coletivo virtual (SILVA, 2022, s/p).

Dessa maneira, além do impasse da falta de acesso à internet, em uma evidente violação ao direito previsto no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como o déficit racional provocado por estes novos mecanismos digitais, demonstram claramente a censura indireta e o atentado à própria democracia.

Tanto isso que, devido ao grau atingido pela desinformação e que assola o Estado brasileiro como um todo, pensa-se até mesmo na criação de uma lei a fim de regulamentar e responsabilizar aqueles que propagam as chamadas “*Fake news*”, sendo o caso do Projeto de Lei nº 2.630 de 2020.

Neste diapasão, a implementação da cultura digital pelas vias enfraquecidas da democracia dialoga com a dominação e marginalização dos indivíduos não letrados na linguagem do consumo globalizado; sendo, portanto, uma forma de se escapar da dominação dos números.

5 O LETRAMENTO DIGITAL COMO UMA POSSÍVEL MEDIDA RESTRUTURANTE AO AUTORITARISMO DOS COEFICIENTES

Dentro do cenário digital, torna-se mais evidente o crescimento de problemas policêntricos; os crimes executados neste ecossistema ou mesmo o desconhecimento acerca do modo de funcionamento destes novos meios, não ficam restritos a um único local, ou mesmo possuem fronteiras, gerando adversidades enraizadas e sem limites pelo território brasileiro, o que levanta bases para o estudo da teoria dos processos estruturais.

Para essa tese, ligada aos litígios comuns a sociedade de massa, simplificada buscam-se reformas, reorganizações, de um ente ou um órgão, por assim dizer, burocrático, os quais constantemente violam direitos humanos (VITORELLI, 2021, p. 84), ou mesmo um estado que se encontra em desconformidade com aquilo que se considera como sendo ideal (DIDIER; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2020, p. 2-3).

Contudo, a presente pesquisa não tem como foco esmiuçar os conceitos do que viriam a ser um processo estrutural, ou um litígio estrutural, bastando uma conceituação introdutória desta tese; o que se procura com este trabalho é uma associação entre o que é tido como medida estruturante nesta teoria e sua aplicação como uma possível solução ao impasse do *faroeste digital*, a falta de uma educação acerca deste universo e que afetam diretamente a democracia.

Muito ligada à ideia de implementação de políticas públicas, haja vista a sua intrínseca relação com problemas públicos, as medidas estruturais possuem uma sistemática similar às justiças de transição, buscando edificar ações para que determinado direito ou garantia constitucional sejam efetivamente concretizados.

Neste seguimento, as medidas estruturais procuram satisfazer uma problemática que se enquadra na raiz sociológica do problema que rege a coletividade.

Para mais especificada procura e exploração da estrutura do problema tem-se o surgimento da ideia de alfabetização digital que se compreende no processo de letramento, como busca de uma compreensão e interpretação crítica vinculada às figuras virtuais e sua proliferação de informações. Assim, há neste cenário um conjunto de práticas que devem ser incentivadas por meios públicos para caminhar

para uma modernidade letrada, antes mesmo que esta seja denegada como dominada e assim seja isolada da participação social e democrática dos processos que estão cada vez mais avançando tecnologicamente.

O letramento digital é dado como uma via complexa e com questionamentos ainda em pauta, por haver como modelo e interpretação a adequação de todos a uma realidade globalizada e listada entre os meios comunicativos para distribuir seu poder de participação.

No campo em que os sujeitos de direito estão inseridos, evidencia-se pessoas que não possuem documentação física, quiçá acesso a internet, de tal maneira que a educação da sociedade se mostra uma forma de transformação da massa e de notável urgência. Uma classe que domina a massa por vias virtuais é tão perigosa quanto por vias tradicionais, pois a difusão de informação no meio tecnológico possui uma intensidade e velocidade mais avançada.

A facilidade é uma arma para aqueles que detêm os meios de acesso virtual, pois o começo para o processo de acessibilidade está inserido na transição de ensinamentos digitais, para fortalecer uma interpretação crítica.

Há como foco a existência de uma esfera que seja liberta da dominação, onde todos transitem por pólos que são bloqueados por condições culturais e financeiras. O letramento digital se torna além de uma medida estrutural, uma condição de possibilidade para um novo sistema.

6 CONCLUSÃO

No atual estado dos coeficientes, percebe-se o reinado da desinformação e da cegueira forçada que a própria tecnologia propicia; uma dinâmica na qual os dados se tornam a moeda de troca mais valiosa e ao consumidor é colocado um véu, uma falsa realidade, sorradeira e imperceptível pelo senso comum.

O que se vislumbra é um mercado de notícias fabricadas, consumidas por todos aqueles que não se arriscam a sair da zona das certezas e que agrava o quadro da democracia e, por reflexo, da liberdade de escolhas.

Neste ínterim, a busca pela crítica se transmite em todas as áreas do conhecimento, mas acima de tudo dentro do campo educacional, pois a formação dos seres humanos é primeiramente dada no seu ensino; sua estruturação tem como base

a educação e esta deve estar dotada de meios críticos que levem os sujeitos a interpretações e práticas que fixem isto como prática comum.

Ainda em desenvolvimento e sendo alvo de críticas, expõe-se o letramento digital, como mecanismo de alfabetização virtual para que todos estejam inseridos no mesmo contexto.

A educação não pode ser obstruída e nem mesmo destruída por classes, deve ser incentivada e difundida, ela é condição de possibilidade para uma mudança estrutural que reveste as raízes autoritárias e dogmáticas de ensino e acesso a democracia com a participação em todas suas vias, sejam físicas ou virtuais.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. **Processos estruturais**. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

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

BOURDIEU, Pierre. **Razões Práticas**: sobre a teoria da ação. 11. ed. Campinas, SP: Papirus. 2011.

BRENNAND, Edna Gusmão de Góes; MEDEIROS, José Washington de Moraes. **Dialogando com Jürgen Habermas**. João Pessoa: UFPB, 2006.

CHOMSKY, Noam. **Mídia**: propaganda política e manipulação. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

COSCARELLI, Carla Viana; RIBEIRO, Ana Elisa. **Letramento digital: aspectos sociais e possibilidades pedagógicas**. 3. ed. Belo Horizonte: Ceale Autêntica Editora, 2014.

COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. **Revista de informação legislativa**. v. 55. n. 217. p. 243-255. Jan/mar, 2018.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista dos Tribunais Online, 2020**. Disponível em: https://www.academia.edu/download/63114001/RTDoc_27-04-2020_16_56_PM20200427-50084-8Irljr.pdf. Acesso em: 08set. 2022.

ENTENDA o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades. **BBC, 2018**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso->

politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-
autoridades.ghhtml. Acesso em: 14set. 2022.

FILATRO, Andrea. **Data science da educação**: presencial, a distância e
corporativa. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila
Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 5. ed. São Paulo:
Almedina, 2020.

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

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

HAN, Byung-Chul. **No enxame**: perspectivas do digital. Trad. Lucas Machado. Rio
de Janeiro: Vozes, 2018.

Justiça Federal na Paraíba realiza primeira audiência real no Brasil no Metaverso.
CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-federal-na-paraiba-realiza-primeira-audiencia-real-do-brasil-no-metaverso/#:~:text=Justi%C3%A7a%20Federal%20na%20Para%C3%ADba%20realiza,Brasil%20no%20metaverso%20%2D%20Portal%20CNJ&text=Audi%C3%Aancia%20no%20metaverso%20j%C3%A1%20%C3%A9,virtual%20imersivo%20e%20hiper%2Drealista>. Acesso em: 17set. 2022.

MARQUES, José Ronaldo de Oliveira. Uma reflexão do modelo de espaço público
habermasiano. **Revista de filosofia**. v. 5. n. 3. p. 181-192. Set/dez, 2018.

SEVERINO, Maria de Fátima Vieira. Aceleração Social e Cultura Digital: novas
formas de dominação. **Revista Comunicações**. v.24. n.2. p. 83-101. Maio/ago,
2017.

SILVA, Victor Hugo. 81% da população brasileira acessou a internet em 2021, diz
pesquisa; TV supera computador como meio. **G1, 2022**. Disponível em:
<https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2022/06/21/81percent-da-populacao-brasileira-acessou-a-internet-em-2021-diz-pesquisa.ghhtml>. Acesso em: 15set. 2022.

VÁRIOS AUTORES. **Pierre Bourdieu**: conceitos fundamentais. Editado por Michael
Grenfell; tradução de Fábio Ribeiro - Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2018.

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