

De Jure

Revista Jurídica
www.mpmg.mp.br/dejure

Felipe Marques Salgado
Genilton Rodrigues Cunha
Henrique Rodrigues Chaves Pereira Ferri
Lucas Rogerio Sella Fátala
Marco Aurélio Romeiro Alves Moreira
Marina de Castro Firmo
Moisés Emidio de Paiva
Raffael Henrique Costa Diniz
Renato Cairo Faria Amaral
Wellyson Medeiros Lucena

36



CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

DIRETORIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL

Endereço/Address:
Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG
CEP: 30170-008, Brasil
www.mpmg.mp.br/dejure
dejure@mpmg.mp.br
+55 (31)3330-8262

De Jure: Revista Jurídica / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
v. 20, n. 36, jan./jun. 2021. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais /
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2021.

Semestral.
ISSN: 1809-8487

Continuação de: De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
O novo título mantém a sequência numérica do título anterior.

1. Direito – Periódicos. I. Minas Gerais. Ministério Público.

CDU. 34
CDD. 342

Descritores / Main entry words: Direito, Ministério Público, Direito Coletivo,
Direitos Fundamentais, Neoconstitucionalismo, Multidisciplinariedade,
Transdisciplinariedade / Law, Public Prosecution Service, Collective Rights,
Fundamental Rights, Neoconstitutionalism, Multidisciplinarity, Transdisciplinarity.

Linha Teórica

A *De Jure* foi sistematizada dentro de uma nova filosofia pluralista transdisciplinar e multidisciplinar, permitindo o acesso à informação em diversas áreas do Direito e de outras ciências. A revista destina-se aos operadores de Direito e sua linha teórica segue, principalmente, o pós-positivismo jurídico no que é denominado neoconstitucionalismo, valorizando a Constituição Federal de 1988 como centro de irradiação do sistema e como fonte fundamental do próprio Direito nacional. O neoconstitucionalismo é a denominação atribuída a uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado e desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Constitucional Democrático de Direito pelo positivismo meramente legalista, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação, com justiça, da realidade social.

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Theoretical Profile

De Jure was systematized according to a new philosophy pluralist, transdisciplinary and multidisciplinary, allowing the access to information in many areas of Law and of other Sciences. It is intended for law enforcement agents and its theoretical grounds mainly follow the legal post-positivism doctrine, with a special emphasis on the neoconstitutionalist approach. Neoconstitutionalism is a new theory to study, interpret and enforce the Constitution, aiming at overcoming barriers imposed to the lawful democratic states by the legal positivism, which blocks the constitutional project of transformation of the social reality.

The responsibility for the content of the articles is solely of their respective authors.

DE JURE

(ISSN 1809-8487)

Publicação semestral editada pela Diretoria de Produção Editorial, órgão do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em circulação desde 1997.

FOCO

A *De Jure* tem como foco a publicação de trabalhos técnico-científicos no campo do Direito ou ciências afins, tendo como tema principal o estudo das áreas de atuação do Ministério Público.

MISSÃO

Divulgar a produção intelectual sobre estudos de áreas pertinentes à atuação funcional ou áreas de interesse do Ministério Público, democratizando o conhecimento e valorizando pesquisas acadêmicas, avanços teóricos e empíricos na área do Direito.

OBJETIVOS

- Promover a produção intelectual sobre temas relacionados às áreas de atuação ou de interesse do Ministério Público;
- Disseminar os conhecimentos teórico, metodológico e empírico do Direito junto aos operadores do Direito e à comunidade acadêmica;
- Estimular a reflexão sobre temas relacionados às áreas de atuação do Ministério Público e outras áreas correlatas;
- Contribuir para melhorias nos processos de gestão estratégica das organizações, decorrentes da identificação de tendências e transformações no ambiente.

PÚBLICO-ALVO

A *De Jure* está voltada a um público de membros do Ministério Público, magistrados, juristas, operadores do Direito em geral, pesquisadores, professores, estudantes, tomadores de decisão de alta qualificação que atuam na área de administração de organizações públicas, privadas e do terceiro setor.

COPYRIGHT

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus respectivos autores. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

A *De Jure* requer aos autores que estes concedam a propriedade de seus direitos de autor, para que os artigos e materiais sejam reproduzidos e publicados em meio impresso ou na homepage da revista, para fins exclusivamente científicos e culturais, sem fins de lucro.

INDEXAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (COMUT) e indexada em: RVBI – Senado Federal; Biblioteca Virtual do Ministério Público de Minas Gerais; Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Informação em Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). A *De Jure* recebeu ainda a qualificação de periódicos da QUALIS – sistema nacional de avaliação do Ministério da Educação (MEC), utilizado para avaliar e classificar periódicos como meios de produção científica. A revista é distribuída em meio digital.

DE JURE

(ISSN 1809-8487)

De Jure is a technical-scientific journal that has been published twice a year by the Center of Professional Development of the Public Prosecution Service of the State of Minas Gerais since 1997.

FOCUS

De Jure focuses on the publication of technical and scientific works in the areas of law that interest the Public Prosecution Service and other correlate areas.

MISSION

The mission of *De Jure* is to disseminate intellectual production concerning areas of interest to the Public Prosecution Service, allowing wide access to information, and valuing academic research, theoretical and empirical improvements.

OBJECTIVES OF THE JOURNAL

- Promote intellectual production on topics related to the areas of interest of the Public Prosecution Service;
- Disseminate theoretical, methodological and empirical knowledge on Law amongst legal practitioners and the academic community;
- Stimulate discussion on topics related to the areas of interest to the Public Prosecution Service;
- Contribute to improvements in the strategic management processes, due to the identification of environmental trends and transformation.

TARGET AUDIENCE

De Jure is intended for an audience of public prosecutors, judges, public defenders, lawyers, legal practitioners, scholars, researchers, professors, post-graduation and undergraduate students, upper-managers and decision-maker agents who work in the administration of public, private and third sector organizations.

COPYRIGHT

The responsibility for the content of material published is solely of their respective authors. Partial or total reproduction of works is allowed provided there is explicit citation of the source.

De Jure requires that authors renounce their authorship rights so that the articles and other materials are reproduced and published in printed version or at the homepage of the journal, for non-profit scientific and cultural purposes.

INDEXATION AND DISTRIBUTION

The journal can be found in the main libraries of the Brazilian national system (COMUT) and it is indexed at: RVBI – Brazilian Federal Senate; Virtual Library of the Public Prosecution Service of Minas Gerais; Brazilian Institute of Information on Science and Technology (Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia - IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). *De Jure* was also qualified in the QUALIS system – the national system of the Brazilian Ministry of Education (MEC) to evaluate and classify journals as means of scientific production. The journal is distributed by digital means.

DE JURE

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Procurador de Justiça Jarbas Soares Júnior

DIRETORA DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
Procuradora de Justiça Elaine Martins Parise

COORDENADOR PEDAGÓGICO DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
Promotor de Justiça Pablo Gran Cristóforo

SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO
Tereza Cristina Santos Barreiro

DIRETOR DE PRODUÇÃO EDITORIAL
João Paulo de Carvalho Gavidia

EDITOR RESPONSÁVEL
Procuradora de Justiça Elaine Martins Parise

CONSELHO EDITORIAL
Promotora de Justiça Ana Leticia Martins de Souza
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotora de Justiça Andressa de Oliveira Lanchotti, Pós-Doutora
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Bergson Cardoso Guimarães, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Carlos Alberto Valera, Doutor
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Procuradora de Justiça Elaine Martins Parise, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Guilherme Roedel Fernandez Silva
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotora de Justiça Maria Carolina Silveira Beraldo, Doutora
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Pablo Gran Cristóforo, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida, Doutor
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Wagner Marteleto Filho, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Prof. Dr. Antônio Gidi (Universidade de Houston, Estados Unidos)
Prof. Dr. Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin (Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Brasil)
Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Profa. Dra. Belinda Pereira da Cunha (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)
Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidade de Alcalá, Espanha)
Profa. Me. Cristina Godoy de Araújo Freitas (Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)
Me. Dermeval Farias Gomes Filho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasil)
Prof. Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidade Nacional Autónoma do México, México)
Prof. Dr. Eduardo Martinez Alvarez (Universidade do Museu Social Argentino, Argentina)
Prof. Dr. Elton Venturi (Procurador da República do Estado do Paraná, Brasil)

Prof. Dr. Emerson Garcia (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. Fabiano Augusto Martins Silveira (Consultor legislativo do Senado Federal, Brasil)
Prof. Dr. Giovanni Aldo Luigi Allegretti (Investigador sênior do Centro de Estudos Sociais, Portugal)
Prof. Dr. Humberto Theodoro Júnior (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. José Aroudo Mota (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasil)
Prof. Dr. José Roberto Marques (Faculdade de Direito Municipal de Franca, Brasil)
Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidade de Huelva, Espanha)
Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)
Profa. Dra. Jussara S. A. Nasser Ferreira (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes (Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil)
Prof. Me. Luciano José Alvarenga (Centro de Atualização em Direito – CAD, Universidade Gama Filho, Brasil)
Prof. Dr. Luis María Desimoni (Universidade de Ciências Empresariais e Sociais, Argentina)
Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Profa. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)
Profa. Dra. Maria Garcia (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)
Profa. Dra. Maria Tereza Aina Sadek (Universidade de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)
Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)
Profa. Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Nelson Nery Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Nilo Batista (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Profa. Dra. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Prof. Dr. Rosemírio Pereira Leal (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Vittorio Manes (Universidade de Salento, Itália)

EDITORACÃO

João Paulo de Carvalho Gavidia
Raquel Diniz Guerra

REVISÃO

Larissa Vasconcelos Avelar
Luiz Carlos Freitas Pereira
Renato Felipe de Oliveira Romano

CAPA

Rafael de Almeida Borges

PROJETO GRÁFICO

João Paulo de Carvalho Gavidia
Rafael de Almeida Borges

DIAGRAMAÇÃO

Rafael de Almeida Borges

COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COMO REVISORES AD HOC

Prof. Dr. Bergson Cardoso Guimarães (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Charley Teixeira Chaves (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)
Profa. Me. Cristina Godoy de Araújo Freitas (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)
Prof. Dra. Cristine Koehler Zanella (Departamento de Direito Público da Universidad Bernardo O'Higgins, Chile)
Profa. Daniella Maria dos Santos Dias (Ministério Público do Estado do Pará, Brasil)
Profa. Dra. Francine Rodrigues de Oliveira (Queen's University Belfast, Reino Unido)
Profa. Isabela Gerbelli Garbin Ramanzini (Universidade Federal de Uberlândia, Brasil)
Profa. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira (Universidade Paranaense, Brasil)
Prof. Me. Leonardo Barreto Moreira Alves (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Leonardo Costa de Paula (CNEC - Ilha do Governador, Brasil)
Me. Patrícia Carvalho Brandão Ataíde Ribeiro (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Prof. Dr. Renato Franco de Almeida (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Prof. Me. Ricardo Ferreira Sacco (Universidade Fumec, Brasil)
Prof. Dr. Rosângelo Rodrigues de Miranda (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Wagner Marteleto Filho (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

ATTORNEY-GENERAL

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Jarbas Soares Júnior

DIRECTOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Elaine Martins Parise

PEDAGOGICAL COORDINATOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Minas Gerais State Prosecutor Pablo Gran Cristóforo

SUPERINTENDENT OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Tereza Cristina Santos Barreiro

DIRECTOR OF EDITORIAL PRODUCTION

João Paulo de Carvalho Gavidia

CHIEF EDITOR

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Elaine Martins Parise

EDITORIAL BOARD

Minas Gerais State Prosecutor Ana Leticia Martins de Souza
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Andressa de Oliveira Lanchotti, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Bergson Cardoso Guimarães, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Carlos Alberto Valera, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Elaine Martins Parise, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Guilherme Roedel Fernandez Silva
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Maria Carolina Silveira Beraldo, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Pablo Gran Cristóforo, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Renato Franco de Almeida, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Wagner Marteleto Filho, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Prof. Antônio Gidi, PhD (Universidade de Houston, USA)

Prof. Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin, PhD (Minister – Superior Tribunal de Justiça, Brazil)

Prof. Aziz Tuffi Saliba, PhD (Fundação Universidade de Itaipua, Brazil)

Prof. Belinda Pereira da Cunha, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)

Prof. Carlos Francisco Molina del Pozo, PhD (Universidade de Alcalá, Spain)

São Paulo State Prosecutor Cristina Godoy de Araújo Freitas, MA (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)

Distrito Federal e Territórios Prosecutor Dermeval Farias Gomes Filho, MA (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brazil)

Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, PhD (Universidade Nacional Autónoma de México, Mexico)

Prof. Eduardo Martinez Alvarez, PhD (Universidade do Museu Social Argentino, Argentina)

Federal Prosecutor Elton Venturi, PhD (Procuradoria da República do Estado do Paraná, Brazil)
 Rio de Janeiro State Prosecutor Emerson Garcia, PhD (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)
 Prof. Fabiano Augusto Martins Silveira, PhD (Conselho Nacional Ministério Público, Brazil)
 Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretti, PhD (Senior researcher - Centro de Estudos Sociais, Portugal)
 Prof. Humberto Theodoro Júnior, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)
 Prof. José Aroudo Mota, PhD (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brazil)
 Prof. José Roberto Marques, PhD (Faculdade de Direito Municipal de Franca, Brazil)
 Prof. Juan Carlos Ferré Olivé, PhD (Universidade de Huelva, Spain)
 Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares, PhD (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)
 Prof. Jussara S. A. Nasser Ferreira, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
 Prof. Leonardo Silva Nunes, PhD (Universidade Federal de Ouro Preto, Brazil)
 Prof. Luciano José Alvarenga, MA (Centro de Atualização em Direito – CAD, Universidade Gama Filho, Brazil)
 Prof. Luis María Desimoni, PhD (Universidade de Ciências Empresariais e Sociais, Argentina)
 Prof. Luiz Manoel Gomes Júnior, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
 Prof. Maria Creusa de Araújo Borges, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)
 Prof. Maria Garcia, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)
 Prof. Maria Tereza Aina Sadek, PhD (Universidade de São Paulo, Brazil)
 Prof. Mário Frota, PhD (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)
 Prof. Mário Lúcio Quintão Soares, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)
 Prof. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)
 Prof. Nelson Nery Junior, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)
 Prof. Nilo Batista, PhD (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)
 Prof. Ricardo Carneiro, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)
 Prof. Rosânia Rodrigues de Sousa, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)
 Prof. Rosemíro Pereira Leal, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)
 Prof. Vittorio Manes, PhD (Universidade de Salento, Italy)

EDITING

João Paulo de Carvalho Gavidia
 Raquel Diniz Guerra

PROOF READING

Larissa Vasconcelos Avelar
 Luiz Carlos Freitas Pereira
 Renato Felipe de Oliveira Romano

COVER

Rafael de Almeida Borges

GRAPHIC PROJECT

João Paulo de Carvalho Gavidia
 Rafael de Almeida Borges

LAYOUT

Rafael de Almeida Borges

TRANSLATION

Alessandra de Souza Santos

COLLABORATION AND REVIEW IN THIS ISSUE

Prof. Bergson Cardoso Guimarães, PhD (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)
 Prof. Charley Teixeira Chaves, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)
 Prof. Cristina Godoy de Araújo Freitas, MA (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)
 Prof. Cristine Koehler Zanella, PhD (Departamento de Direito Público da Universidad Bernardo O'Higgins, Chile)
 Prof. Daniella Maria dos Santos Dias (Ministério Público do Estado do Pará, Brazil)
 Prof. Francine Rodrigues de Oliveira, PhD (Queen's University Belfast, United Kingdom)
 Prof. Isabela Gerbelli Garbin Ramanzini (Universidade Federal de Uberlândia, Brazil)
 Prof. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, PhD (Universidade Paranaense, Brazil)
 Prof. Leonardo Barreto Moreira Alves, MA (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)
 Prof. Leonardo Costa de Paula, PhD (CNEC - Ilha do Governador, Brazil)
 Patrícia Carvalho Brandão Ataíde Ribeiro, MA (Fundação João Pinheiro, Brazil)
 Prof. Renato Franco de Almeida, PhD (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)
 Prof. Ricardo Carneiro, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)
 Prof. Ricardo Ferreira Sacco, MA (Universidade Fumec, Brazil)
 Prof. Rosângelo Rodrigues de Miranda, PhD (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)
 Prof. Wagner Marteleto Filho, PhD (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

PREFÁCIO

Com renovado entusiasmo, chegamos à 36ª edição da Revista De Jure, ratificando os permanentes compromissos de difundir conhecimento e de oferecer estímulo à reflexão e ao debate. Como de costume, a presente edição apresenta artigos jurídicos que tratam de temas variados e atuais, proporcionando leitura agradável e enriquecedora. Há de se creditar o êxito da Revista à inestimável colaboração de membros e servidores do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, bem como de outras localidades. Contando com a contribuição de juristas, professores e estudantes, eis que trazemos a lume mais um precioso caderno.

Esta edição segue reverenciando seus participantes mineiros, como também aqueles que, oriundos de fora das Minas Gerais, trazem a ela valorosas contribuições. Ressalte-se a importância destes, uma vez que seguimos atentos à exogenia, requisito decisivo para o crescimento do conceito Qualis utilizado pela Capes (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), além de primar pelo compartilhamento de conhecimento com todas as unidades da Federação. Frise-se também que, nos processos de análise e de aprovação dos artigos, a Revista De Jure vale-se da avaliação às cegas, o que garante a lisura de seus periódicos.

No ensejo, além de convidar à leitura do presente número, já convido os interessados à construção dos números vindouros. Para tanto, basta enviarem artigos à plataforma da Revista (www.mpmg.mp.br/dejure).

Elaine Martins Parise

Procuradora de Justiça
Diretora do Centro de Estudos e
Aperfeiçoamento Funcional do
Ministério Público do Estado de Minas Gerais

APRESENTAÇÃO

A revista De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais apresenta mais uma edição focada em seu compromisso de veicular qualificados trabalhos técnico-científicos referentes a diversas áreas de interesse institucional.

Este número conta com a sempre bem-vinda interdisciplinaridade, carregada por artigos que envolvem o necessário debate sobre meio ambiente, o contemporâneo papel social da internet e a indispensável liberdade de expressão.

Aos ávidos pelo alargamento de seus conhecimentos, asseguro, com orgulho e alegria, que certamente o obterão por meio das informações aqui expostas. Eis a 36ª edição da Revista De Jure: oferta generosa de novas possibilidades hermenêuticas.

Boa leitura!

Jarbas Soares Júnior

Procurador-Geral de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

FELIPE MARQUES SALGADO

Pós-graduado em Ciências Penais e em Direito Público.

GENILTON RODRIGUES CUNHA

Mestre em Saúde e Enfermagem. Bacharel em Direito.

HENRIQUE RODRIGUES CHAVES PEREIRA FERRI

Especialista em Direito Administrativo.

LUCAS ROGERIO SELLA FATALA

Mestre em Direito.

MARCO AURÉLIO ROMEIRO ALVES MOREIRA

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

MARINA DE CASTRO FIRMO

Especialista em Direito Urbano e Ambiental.

MOISÉS EMIDIO DE PAIVA

Advogado.

RAFFAEL HENRIQUE COSTA DINIZ

Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente.

RENATO CAIRO FARIA AMARAL

Analista jurídico do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

WELLYSON MEDEIROS LUCENA

Bacharel em Direito.

SUMÁRIO

17 - 52

Artigo

**A PRESTAÇÃO DE CONTAS
SOB O ENFOQUE DO
NOVO MARCO REGULATÓRIO
DAS ORGANIZAÇÕES DA
SOCIEDADE CIVIL – LEI 13.019/2014**

ACCOUNTABILITY UNDER THE APPROACH
OF THE NEW REGULATORY FRAMEWORK
OF CIVIL SOCIETY ORGANIZATIONS – LAW 13.019/2014

MARCO AURÉLIO ROMEIRO ALVES MOREIRA

53 - 77

Artigo

**COLETA SELETIVA DE RESÍDUOS
SÓLIDOS E RECICLAGEM:
A TUTELA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

SELECTIVE COLLECTION OF SOLID WASTE AND RECYCLING:
THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE OF FUNDAMENTAL RIGHTS

RENATO CAIRO FARIA AMARAL

78 - 98

Artigo

**DESAFIOS DA ATUAÇÃO DO
CENTRO INTEGRADO DE
ATENDIMENTO AO ADOLESCENTE
AUTOR DE ATO INFRACIONAL
DE BELO HORIZONTE:
UMA DISCUSSÃO SOBRE
A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS FUNDAMENTAIS**

CHALLENGES OF CIA/BH WORK: A DISCUSSION OVER THE
EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS

MARINA DE CASTRO FIRMO

GENILTON RODRIGUES CUNHA

HENRIQUE RODRIGUES CHAVES PEREIRA FERRI

99 - 156

Artigo

DESMITIFICANDO O PARADIGMA DA SOBERANIA ESTATAL CLÁSSICA (ABSOLUTISTA?): RELEITURA HISTORICISTA À LUZ DA SOBERANIA DEMOCRÁTICA E DA CIDADANIA INTEGRATIVA EM PROL DA RECEPÇÃO/APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS/FUNDAMENTAIS PELO ESTADO BRASILEIRO

DEMYSTIFYING THE PARADIGM OF CLASSICAL STATE SOVEREIGNTY (ABSOLUTIST?): HISTORICIST REREADING IN THE LIGHT OF DEMOCRATIC SOVEREIGNTY AND INTEGRATIVE CITIZENSHIP FOR THE RECEPTION / APPLICATION OF HUMAN / FUNDAMENTAL RIGHTS BY THE BRAZILIAN STATE

LUCAS ROGERIO SELLA FATALA

157 - 178

Artigo

JUSTIÇA E WHATSAPP: FUNÇÃO SOCIAL, ASPECTOS CONSTITUCIONAIS, PROCEDIMENTAIS E MATERIAIS

JUSTICE AND WHATSAPP: SOCIAL ROLE, CONSTITUTIONAL, PROCEDURAL AND MATERIAL ASPECTS

MOISÉS EMIDIO DE PAIVA

179 - 202

Artigo

NULIDADES NO PROCESSO PENAL: A DESCONFORMIDADE DOS PARÂMETROS, O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A MUDANÇA NECESSÁRIA

NULLITY OF PROCEDURE: THE INCOMPATIBLE PARAMETERS, THE DESING OF A NEW CODE OF CRIMINAL PROCEDURE AND THE NECESSARY CHANGE

FELIPE MARQUES SALGADO

203 - 232

Artigo

**O CINEMA COMO FERRAMENTA
DO DIREITO DE INFORMAÇÃO
E LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

THE CINEMA AS AN INSTRUMENT OF THE INFORMATION LAW
AND FREEDOM OF EXPRESSION

RAFFAEL HENRIQUE COSTA DINIZ

WELLYSON MEDEIROS LUCENA

17 - 52

Artigo

**A PRESTAÇÃO DE CONTAS
SOB O ENFOQUE DO NOVO MARCO
REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES
DA SOCIEDADE CIVIL – LEI 13.019/2014**

MARCO AURÉLIO ROMEIRO ALVES MOREIRA

A PRESTAÇÃO DE CONTAS SOB O ENFOQUE DO NOVO MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL – LEI 13.019/2014

ACCOUNTABILITY UNDER THE APPROACH OF THE NEW REGULATORY FRAMEWORK OF CIVIL SOCIETY ORGANIZATIONS – LAW 13.019/2014

MARCO AURÉLIO ROMEIRO ALVES MOREIRA

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

marcomoreira@mpmg.mp.br

RESUMO: o presente artigo busca analisar as inovações trazidas pela Lei 13.019/2014 no tocante à fase de prestação de contas e à gestão dos recursos públicos. A metodologia científica utilizada é a pesquisa bibliográfica em comparação com o texto legal. Inicialmente, delinear-se o conceito de sociedade da organização civil sob a forma de associações e fundações. Por força da lei, as cooperativas e instituições religiosas foram incluídas nesse instituto. Demonstrou-se que a lei é de observância nacional, dado o caráter de normas gerais, sem prejuízo dos demais entes a regulamentarem em seus respectivos territórios. De forma expositiva, fez-se menção aos três novos instrumentos de parceria (termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação) para, finalmente, explicitar que o gerenciamento dos recursos públicos está vinculado à execução do plano de trabalho. A OSC possui autonomia e responsabilidade exclusiva em sua gestão, mas cabe ao poder público o controle da aplicação dos valores repassados de forma concomitante, primando-se pela obtenção satisfatória dos resultados objetivados na parceria. Assim, quis a lei privilegiar o controle de resultados, mitigando o controle de meios, o qual fica reservado às hipóteses de não alcance das metas, evidências de irregularidades, reprovação da avaliação, omissão do dever de prestar contas, entre outros casos a justificar tal exigência.

PALAVRAS-CHAVE: prestação de contas; gestão de recursos públicos; terceiro setor; organização da sociedade civil, controle de resultados.

ABSTRACT: The present article sought to analyze how innovations brought by Law 13.019/2014 regarding the phase of accountability and the management of public resources. The scientific methodology used was a combined use of bibliographic research later compared to the study of legal texts. Initially was outlined the organization's concept of civil society in the form of threats and foundations, explaining that, by law, such cooperatives and religious institutions were included in this institute. It was demonstrated that the law is of national observance, since it has a character of general norms, without prejudice towards the competence from other entities to regulate in their territories. In an expository manner, it was mentioned three new partnership instruments (term of collaboration, term of promotion and cooperation agreement) to, finally, explain that the management of public resources is linked to the execution of the work plan, affirming the law that the concept of civil society has the its capacity and sole responsibility for its management, while the Government has the control of applications of amounts repaid concurrently, striving for the satisfactory use of the results aimed at the partnership. Thus, it shows that the law searched for privilege the control of results, mitigation and control of means, that it is reserved to the chances of not reaching goals, recording irregularities, failure of the evaluation, omission of the accountability, among other cases to justify including.

KEYWORDS: accountability; public resource management; third sector; civil society organization, results control.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Das organizações da Sociedade Civil. 3. Das normas gerais. 4. Novos instrumentos jurídicos. 5. Do gerenciamento administrativo e financeiro dos recursos recebidos pela OSC. 6. Da prestação de contas. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

A prestação de contas, no âmbito da Lei Federal 13.019/2014, demonstra que o novo Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC) busca priorizar o alcance de resultados nas parcerias firmadas pelo poder público.

Dentro dessa sistemática, a análise formal da documentação (controle dos meios) para a aplicação dos recursos públicos transferidos fica reservada a um segundo momento, o qual somente ocorrerá nas hipóteses de falta de alcance das metas traçadas, resultados insatisfatórios ou indício de fraudes.

Destarte, cabe ao poder público, por meio de controle direto exercido pela própria pessoa jurídica parceira ou dos órgãos de controle externo, internalizar essa visão utilitarista do MROSC, visando a desburocratizar a relação e a obter melhores resultados.

2. Das organizações da Sociedade Civil

As Organizações da Sociedade Civil (OSCs), historicamente, vêm contribuindo com o seu *munus* de atender, por meio de serviços, o Estado e a sociedade, como com acerto pontuou Fernando Borges Mânica (*apud* MEIRA JÚNIOR e SILVA, 2017).

A responsabilidade social deixou de ser monopólio do Estado e passou a configurar dever de todos. Como salientou Marçal Justen Filho, ao tratar dessa nova concepção, “os valores fundamentais da sociedade devem ser buscados através da atuação do Estado, da sociedade e do cidadão”. A dignidade da pessoa humana não é um valor externo a cada sujeito, e todos têm um compromisso moral e político com ela – não é apenas com a dignidade alheia, mas com a própria.

No âmbito da Lei 13.019/2014, o legislador optou por chamar todas as entidades, associações e fundações sem fins lucrativos

de Organização da Sociedade Civil, e estendeu o conceito às cooperativas e às organizações religiosas (MORO, 2016, p. 26).

O art. 2.º, inciso I, delimitou o âmbito de abrangência das OSCs:

I - organização da sociedade civil: (Redação dada pela Lei 13.204, de 2015)

a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva; (Incluído pela Lei 13.204, de 2015)

b) as sociedades cooperativas previstas na Lei 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social. (Incluído pela Lei 13.204, de 2015)

c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos; (Incluído pela Lei 13.204, de 2015) [...]

A lei estabelece, como requisito para a qualificação da OSC, a “inexistência de repartição de valores derivados de sua atividade aos associados [...], o que se veda é apenas a distribuição do capital auferido com a captação de recursos”. (NUNES, 2019, p. 7)

Em seu art. 3.º, de forma explícita, o MROSC excepciona as hipóteses que afastam sua aplicação, como, *v. g.*, convênios e

contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, nos termos do art. 199, § 1.º, da Constituição Federal – hospitais e congêneres que recebem recursos do Sistema Único de Saúde – SUS (inciso IV).

[...] é importante frisar que outras atividades que venham a ser desenvolvidas pela mesma Entidade [de saúde] (por exemplo, na área de assistência social, assistência ao idoso, recuperação de drogados, entre outras) deverão atender aos ditames da Lei das Parcerias. Ou seja, não é a natureza jurídica da entidade que a dispensa da incidência da Lei, mas sim o objeto, a motivação específica da política pública e das atividades que serão desenvolvidas com os recursos públicos repassados. (NUNES, 2019, p. 11)

Esclareça-se: a expressão “terceiro setor” refere-se ao setor intermediário entre o Estado (“primeiro setor”) e o mercado (“segundo setor”), como explica NUNES (2019, p. 2) ao citar excerto de acórdão do Tribunal de Contas da União quando aborda a terminologia comumente utilizada Organização Não Governamental (ONG):

2.2.1 Não é fácil uma definição precisa e universal de ONG. O termo não existe juridicamente, e seu conceito vem sendo construído pela sociedade para designar um conjunto de entidades com características próprias, ‘reconhecidas por seus agentes, pelo senso comum ou pela opinião pública’. Tomando como ponto de partida a própria denominação, pode-se deduzir que não se constituem em mero agrupamento de pessoas, mas em uma estrutura formalmente constituída e de natureza não estatal. Essas organizações são constituídas com determinados objetivos que têm sempre como ponto central o interesse público e, ao ingressarem no mundo jurídico, adotam o formato de associações ou fundações, por não possuírem fins lucrativos. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2008)

São clássicos os exemplos de atuação do terceiro setor a saúde, a assistência social, a educação etc. Inicialmente, as pactuações entre as Organizações da Sociedade Civil e o poder público

davam-se por meio de convênios, cujas balizas nem sempre eram bem definidas, gerando infundáveis discussões sobre os limites do acordo e as responsabilidades dos envolvidos.

Surgiram, então, dois marcos legais. O das denominadas Organizações Sociais, por meio da Lei 9.637, de 15 de maio de 1998, e o das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, oriundo da Lei 9.790, de 23 de março de 1999.

Todavia, percebeu-se um vácuo não regulamentado, pois as entidades que não se enquadrassem nas normas instituídas ainda ficavam sujeitas ao instrumental do convênio e às parcas disposições do art. 116 da Lei 8.666/1993 (Lei de licitações e contratos da Administração Pública).

Para o enfrentamento desse ponto, o governo federal estabeleceu uma agenda estruturada em três eixos: contratualização com o poder público; sustentabilidade e certificação; conhecimento e gestão de informações.

- Contratualização com o poder público: parcerias com a administração pública em geral, com especial enfoque à implementação da Lei 13.019/2014;
- Sustentabilidade e certificação: simplificação e desburocratização do regime tributário (imunidades e isenções incidentes sobre as OSCs, proposta de Simples Social, incentivos fiscais) e dos títulos e certificados outorgados pelo Estado;
- Conhecimento e gestão de informações: produção de estudos e pesquisas, seminários, publicações, cursos de capacitação e disseminação de informações sobre o universo das organizações da sociedade civil e suas parcerias com a administração pública. (BRASIL, 2016)

No escopo da contratualização estava a criação de uma norma geral para as Organizações da Sociedade Civil.

Os debates sobre a elaboração da Lei 13.019 de 31 de julho de 2014 se deram no contexto da agenda do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC), coordenada pelo Governo Federal, atendendo também a demandas apresentadas por diversas organizações, coletivos, redes e movimentos sociais, que reivindicavam a valorização e reconhecimento de seu trabalho, bem como o aprimoramento da relação com a Administração Pública. (BRASIL, 2016)

É nesse contexto que a Lei 13.019/2014, ainda em seu período de *vacatio legis*, sofreu relevantes alterações promovidas pela Lei 13.204/2015.

A Lei, de forma lógica, estabelece o regime jurídico das parcerias entre os órgãos ou entidades da administração pública e as Organizações da Sociedade Civil (OSCs) em cinco fases: planejamento e gestão administrativa; seleção e celebração; execução; monitoramento; avaliação e prestação de contas. (Nota Técnica 1/2017, Confederação Nacional dos Municípios)

A respeito da primeira versão do MROSC, Mendonça e Falcão (2016) pontuam:

Em julho de 2014 foi aprovada a Lei 13.019, que regulamenta as parcerias entre o Estado e Organizações da Sociedade Civil, com prazo inicial de 90 dias para entrar em vigor. Como resultado, nem todas as recomendações do GT [Grupo de Trabalho] da SGPR [Secretaria Geral da Presidência da República] foram acatadas e a lei retrocede com relação a diversas demandas das OSCs, representando uma norma que enfatiza a lógica burocrático-procedimental, com muitas exigências de difícil cumprimento tanto pelo poder público quanto pelas OSCs.

Destarte, as alterações advindas com a Lei 13.204/2015, de certo modo, alinham-se à demanda de desburocratização das parcerias. Nesse contexto, é de suma importância compreender os instrumentais inaugurados pelo Marco Regulatório das Organi-

zações Cíveis aplicados com segurança com o fito de se obterem os benéficos resultados projetados pela norma.

3. Das normas gerais

A Lei 13.019/2014 estabelece:

Art. 1.º Esta Lei institui *normas gerais* para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação. (Redação dada pela Lei 13.204, de 2015)

O primeiro enfrentamento que o intérprete deve ter é o caráter da lei em se tratando de “normas gerais”.

A Lei 13.019/2014, entre os instrumentos novos de parcerias entre o poder público e o particular, veda o uso dos convênios, os quais estão restritos às áreas da saúde de entes públicos (ver art. 84, p. único, incisos I e II).

O conceito de “parceria” veio estampado *in verbis*:

Art. 2.º *omissis*

III - parceria: conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes de relação jurídica estabelecida formalmente entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividade ou de projeto expressos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; (Redação dada pela Lei 13.204, de 2015)

Em síntese, o conceito legal de parceria enquadra-se no âmbito *lato sensu* de “contratação”. Ainda que se argumente que há entre os parceiros (poder público e OSC) interesses em comum, o que lhes daria a posição de partícipes, não se ignora que há verdadeiramente um estabelecimento de obrigações bilaterais das quais decorrem direitos e deveres, especialmente no instrumento adito à parceria, um plano de execução de atividades ou de projetos pela OSC e a previsão de receita a ser suportada pelo poder público, conforme cronograma de desembolso. Esse raciocínio, por evidente, não ignora que “parcerias, como é natural, são ajustes de interdependência e de consensualidade”. (SANTANA, 2017, p. 15)

Art. 22. Deverá constar do plano de trabalho de parcerias celebradas mediante termo de colaboração ou de fomento: (Redação dada pela Lei 13.204, de 2015)

I - descrição da realidade que será objeto da parceria, devendo ser demonstrado o nexo entre essa realidade e as atividades ou projetos e metas a serem atingidas; (Redação dada pela Lei 13.204, de 2015)

II - descrição de metas a serem atingidas e de atividades ou projetos a serem executados; (Redação dada pela Lei 13.204, de 2015)

II-A - previsão de receitas e de despesas a serem realizadas na execução das atividades ou dos projetos abrangidos pela parceria; (Incluído pela Lei 13.204, de 2015)

III - forma de execução das atividades ou dos projetos e de cumprimento das metas a eles atreladas; (Redação dada pela Lei 13.204, de 2015)

IV - definição dos parâmetros a serem utilizados para a aferição do cumprimento das metas. (Redação dada pela Lei 13.204, de 2015)

[...]

Art. 42. *omiss*

[...]

Parágrafo único. Constará como anexo do termo de colaboração, do termo de fomento ou do acordo de cooperação, o plano de

trabalho, que deles será parte integrante e indissociável. (Redação dada pela Lei 13.204, de 2015)

Entendimento convergente tem Roberto Vilas-Boas Monte (2017, p. 212):

[...] não obstante os instrumentos regulados pela Lei 13.019/2014 tenham natureza congênere à dos convênios *stricto sensu*, regulados pelo Decreto 6.170/2007, em que os interesses envolvidos são convergentes, a presença do *princípio da vinculação ao instrumento* do pacto evidencia também a natureza contratual, em sentido amplo, de todos esses instrumentos que traduzem vontades bilaterais no estabelecimento de relações jurídicas.

Sob a óptica ampla interpretativa da expressão “contratação” em que se inserem os novos instrumentos de parceria, aufere-se que a matriz normativa da lei do novo marco regulatório advém do art. 22, XXVII, da Constituição Federal, o qual vocaciona a União a legislar normas gerais sobre contratação.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII – *normas gerais de licitação e contratação*, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1.º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998, i. n.)

Marrara e Cesário (2016, p. 46-47) também chegam a igual conclusão:

Sem prejuízo, na medida em que parceria é termo genérico a designar laços de cooperação do Estado com a sociedade regidos por instrumentos contratuais de direito público, a identificação da competência legislativa se torna mais simples, na medida em

que a Constituição reconhece a competência privativa do Congresso Nacional para legislar sobre “*normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios... e para as empresas públicas e sociedades de economia mista...*” (art. 22, XXVII).

[...]

Em segundo lugar, a Constituição emprega a palavra “contratação”, a qual abarca desde a figura do contrato propriamente dito até os procedimentos que o circundam. Em mais detalhes, “contratação” é termo que abrange o fenômeno contratual público desde o planejamento e a elaboração da minuta do ajuste, passando pela seleção do contratado até atingir a fase de execução e de controle. Em termos processuais, ainda inclui os processos prévios ao contrato, tanto os que servem para definição de seu objeto, como o PMIS, quanto os de seleção de contratantes, bem como o processo administrativo contratual, utilizado para aplicação de sanções aos contratados ou para preparar decisões baseadas nos poderes exorbitantes da Administração, como o de rescisão unilateral. Fora isso, a menção do texto constitucional à “contratação” em sentido amplo alcança desde os chamados contratos operacionais (obras, serviços e compras disciplinados pela Lei 8.666), passando pelos módulos concessórios (concessões comuns, parcerias público-privadas e permissões de serviços), até os módulos de cooperação em sentido mais amplo (como as parcerias sociais).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992) concluíra em judicioso artigo que referida norma configurava uma limitação aos poderes de auto-organização político-administrativa das unidades federadas. Depois de diferenciar atividades administrativas finalísticas (interesses públicos primários) de atividades administrativas instrumentais (interesses públicos secundários), assevera:

A partilha de competência dos ramos materiais da administração pública é, por natureza, de normalíssima dicção constitucional, pois através dela se desenha o modelo federativo. Distintamente, o condicionamento constitucional da competência administrava

dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios é extraordinário e excepcional, uma vez que todas essas entidades têm sua autoadministração assegurada pelo princípio da autonomia federativa. (MOREIRA NETO, 1992)

O condicionamento de atividades administrativas instrumentais dos estados, do Distrito Federal e dos municípios deve ser encarado como exceção à autonomia e à auto-organização dos entes federados quanto à gestão e à organização de seus bens, pessoal e serviços.

Portanto, em face do art. 22, XXVII, da Constituição Federal, quis o legislador, por meio da Lei 13.019/2014, dar, de forma excepcional, caráter nacional e homogêneo à matéria regulamentada pela União, preservada a competência inata e autônoma dos demais entes federados em legislar em atendimento a suas peculiaridades locais, sem, contudo, desbordar os limites da lei geral. E desse modo também concluiu Rocha (2014):

A Lei 13.019, de 31 de julho de 2014, estabeleceu normas gerais para disciplinar as relações de cooperação das parcerias voluntárias entre a Administração Pública, por meio dos seus entes e órgãos, e as entidades qualificadas de organizações da sociedade civil. Entendemos por normas gerais: (a) preceitos que estabeleçam princípios, fundamentos, diretrizes e critérios básicos de leis que necessariamente terão de sucedê-los para completar a regência da matéria; ou (b) preceitos que podem ser aplicados uniformemente em todo o país, por se tratar de aspectos nacionalmente indiferentes, que repercutem com neutralidade em quaisquer das regiões do país.

Caberá a cada ente federal regulamentar, mediante decreto, a aplicação da Lei 13.019/2014 em seu território respeitando suas diretrizes e os seus comandos:

Trata-se de uma lei nacional que estabelece regras gerais validada para além da esfera da União Federal. As regras gerais são de observância obrigatória para os demais entes federados. Trata-se de regras gerais porque a União federal precisa respeitar a auto-

nomia dos demais entes federados (Estados, DF e Municípios). As normas gerais não retiram a competência dos outros entes federados para dispor de maneira diferente, atendendo às suas peculiaridades locais, desde que a normas gerais sejam respeitadas. (MORO, 2016, p. 18)

4. Novos instrumentos jurídicos

A Lei 13.019/2014 inaugurou no ordenamento pátrio três instrumentos de parceria com o poder público: o termo de colaboração, o termo de fomento e o acordo de cooperação.

O Termo de Colaboração é o instrumental adequado à execução da política pública normatizada, com balizas prévias e bem estruturadas. Assim é o serviço de acolhimento de crianças e de adolescentes, já tipificado pela Resolução 109/2009 do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) e pela Resolução Conjunta 01/2009 deste mesmo conselho em parceria com o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda). Se houver a execução indireta do serviço por meio de uma OSC, a pactuação dar-se-á por meio de termo de colaboração, pois o plano de trabalho será proposto pelo poder público.

O Termo de Fomento, uma iniciativa do Terceiro Setor de interesse social, não carece de prévia parametrização. Portanto, o plano de trabalho será elaborado pela OSC, funcionando o poder público como verdadeiro fomentador da atividade em vista de sua relevância para a sociedade. É o caso de uma OSC elaborar um plano de trabalho inovador e funcional para executar um projeto de integração digital para o público com deficiência visual, a respeito do qual se manifestará o poder público para ser deferida ou não a parceria.

Quando a parceria não envolver transferência de recursos financeiros, transferência de bens ou outra forma de compartilhamen-

to de recurso patrimonial, será firmado o Acordo de Cooperação, o qual não exigirá o prévio chamamento público. Como exemplo pode-se citar o intercâmbio de conhecimentos e de quadros técnicos, cessão de servidores, outorga de bens para o empoderamento de agricultores familiares, entre outros.

Art. 2.º *omissis*

[...]

VII - termo de colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros; (Redação dada pela Lei 13.204, de 2015)

VIII - termo de fomento: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros; (Redação dada pela Lei 13.204, de 2015)

VIII-A - acordo de cooperação: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros; (Incluído pela Lei 13.204, de 2015)

[...]

Art. 16. O termo de colaboração deve ser adotado pela administração pública para consecução de planos de trabalho de sua iniciativa, para celebração de parcerias com organizações da sociedade civil que envolvam a transferência de recursos financeiros. (Redação dada pela Lei 13.204, de 2015)

Parágrafo único. Os conselhos de políticas públicas poderão apresentar propostas à administração pública para celebração de termo de colaboração com organizações da sociedade civil.

Art. 17. O termo de fomento deve ser adotado pela administração pública para consecução de planos de trabalho propostos por organizações da sociedade civil que envolvam a transferência de recursos financeiros. (Redação dada pela Lei 13.204, de 2015).

Da cartilha promovida pelo governo federal *Entenda o MROSC* (BRASIL, 2016), extrai-se o seguinte quadro explicativo:

	Fomento	Colaboração
Função administrativa	Incentivar e reconhecer ações de interesse público desenvolvidas pelas organizações da sociedade civil.	Atuar em colaboração com organizações da sociedade civil para execução de políticas públicas.
Plano de trabalho	Proposição dos termos, com livre iniciativa, pela OSC, que apresenta ideias a serem desenvolvidas, com características próprias da sociedade civil como inovação e criatividade.	Proposição dos termos, com parâmetros mínimos ofertados, pela Administração Pública, para que organizações complementem a atuação do Estado em ações conhecidas e estruturadas, com a expertise da sociedade civil.
Concepção	Organizações da sociedade civil	Administração Pública
Gestão pública democrática	O fomento às iniciativas das OSCs amplia a participação social das OSCs na gestão pública democrática, na medida em que apoia propostas que arejam a ação estatal, amplifica o alcance de ações de interesse público desenvolvidas ou criadas pelas OSCs, além de estimular novas tecnologias sociais. Assegura maior autonomia das OSCs.	A colaboração de OSCs em iniciativas da Administração Pública amplia a participação social das OSCs na gestão pública democrática, na medida em que compartilha a gestão dos resultados que se pretende alcançar com as organizações que aproximam a demanda local com as políticas públicas, por características como capilaridade e mediação com públicos ou territórios específicos.
Exemplos	Atuação de OSCs para desenvolver metodologia de trabalho com pessoas com deficiência em abrigos a fim de empoderar o público em relação a seus direitos. A parceria envolve a formatação de um curso, a partir da escuta dos abrigados com deficiência, com capacitação de agentes e sistematização de pontos de atenção. O produto é a entrega da metodologia, do curso, dos agentes capacitados e das análises realizadas, descritos no relatório final de execução do objeto.	Atuação de OSCs em serviços típicos da assistência social seguindo as regras do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), como o serviço de abrigo de pessoas com deficiência. A parceria envolve a gestão do cotidiano do abrigo e a manutenção das ações correlatas para o bom funcionamento do equipamento público. O serviço necessário prestado será descrito no relatório final de execução do objeto.

5. Do gerenciamento administrativo e financeiro dos recursos recebidos pela OSC

Questão tormentosa a ser enfrentada na implementação do MROSC encontra-se na gestão dos recursos públicos transferidos à OSC.

Na ADIN 1.923/DF, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a Lei 9.637/1998, que versa sobre as Organizações Sociais (OS), estabeleceu que:

As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública, dentre os quais o princípio da impessoalidade (CF, art. 37, *caput*), de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei 9.637/1998, art. 4.º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.

[...]

(ADI 1923, Relator: Min. AYRES BRITTO, Relator p/Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16.4.2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-254 DIVULG. 16.12.2015 PUBLIC 17.12.2015)

Nesse cenário apreciado pelo STF, já se buscava prevalecer a natureza privada das OS na gestão dos recursos que lhe foram transferidos, embora necessitasse observar princípios basais da Administração Pública, como o da impessoalidade, cujas contratações seguiriam regulamento próprio.

A Lei 13.019/2014, que afasta do âmbito de sua aplicabilidade as Organizações Sociais (art. 3.º, III, MROSC), adotou regime

próximo ao da Lei 9.637/1998, embora tenha sido mais minuciosa quanto às fases da prestação de contas.

No *caput* do MROSC, restou assentado que:

Art. 5.º O *regime jurídico* de que trata esta Lei tem como *fundamentos* a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil, a transparência na aplicação dos recursos públicos, os princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia. (i. n.)

De natureza principiológica, esse dispositivo é de suma importância para a interpretação e aplicação do MROSC dentro de seu microsistema.

Foram doze os fundamentos desse regime jurídico destinado a assegurar o maior envolvimento social (incisos I e II); o desenvolvimento inclusivo e sustentável (incisos III e VI); o controle social (incisos IV e V); os direitos humanos (incisos VII e IX) e o meio ambiente (incisos VIII e X).

Por sua vez:

Art. 6.º São diretrizes fundamentais do regime jurídico de parceria: (Redação dada pela Lei 13.204, de 2015)

I - a promoção, o fortalecimento institucional, a capacitação e o incentivo à organização da sociedade civil para a cooperação com o poder público;

II - a priorização do controle de resultados;

III - o incentivo ao uso de recursos atualizados de tecnologias de informação e comunicação;

IV - o fortalecimento das ações de cooperação institucional entre os entes federados nas relações com as organizações da sociedade civil;

V - o estabelecimento de mecanismos que ampliem a gestão de informação, transparência e publicidade;

VI - a ação integrada, complementar e descentralizada, de recursos e ações, entre os entes da Federação, evitando sobreposição de iniciativas e fragmentação de recursos;

VII - a sensibilização, a capacitação, o aprofundamento e o aperfeiçoamento do trabalho de gestores públicos, na implementação de atividades e projetos de interesse público e relevância social com organizações da sociedade civil;

VIII - a adoção de práticas de gestão administrativa necessárias e suficientes para coibir a obtenção, individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens indevidos; (Redação dada pela Lei 13.204, de 2015)

IX - a promoção de soluções derivadas da aplicação de conhecimentos, da ciência e tecnologia e da inovação para atender necessidades e demandas de maior qualidade de vida da população em situação de desigualdade social.

Embora de amplo espectro de aplicação, os fundamentos elencados no art. 5.º devem ser interpretados segundo a destinação contida nos incisos deste artigo bem como pautados nas diretrizes estatuídas no art. 6.º.

No que toca à transparência na aplicação dos recursos públicos, sob os trilhos das diretrizes do fortalecimento institucional das OSCs e do controle de resultados, a formatação da prestação de contas privilegia a fiscalização de alcance de metas e resultados bem como materializa, com perfeição, o regime jurídico bem desenhado nos já mencionados artigos 5.º e 6.º.

Portanto, os entes federados, ao elaborarem seus *manuals de prestação de contas* (art. 63, § 1.º, MROSC), à semelhança do que ocorria no regime da Lei 9.637/1998 e posto em destaque no acórdão da ADI 1.923/DF, deverão colmatar suas deliberações no específico e novo regime jurídico das parcerias entre o poder público e as entidades privadas precavendo-se para os não desnaturar.

Frise-se que, no prazo de *vacatio legis*, a Lei 13.019/2014 sofreu severas alterações pela Lei 13.204/2015, justamente para dar operacionalidade às parcerias que se encontravam inviabilizadas frente ao tratamento que recebiam como se órgãos públicos fossem.

Entre os dispositivos revogados destacam-se:

Art. 42, IV: exigia como cláusula essencial da parceria a classificação orçamentária da despesa;

Art. 42, XVIII: obrigava a OSC a exigir de seus fornecedores franquear a ampla e irrestrita fiscalização de seus documentos e registros contábeis;

Art. 43: previa a criação de um rigoroso regulamento para contratações de bens e serviços a ser observado pelas OSCs;

Art. 47: restringia o gasto com custos indiretos necessários à execução do objeto;

Art. 47, § 3.º: previa a exigência de procedimento seletivo para contratação da equipe da OSC;

Art. 54: restringia o pagamento em espécie;

Art. 56: limitações para o remanejamento de recursos do plano de aplicação, observando-se sua classificação orçamentária;

Art. 63, § 3.º: procedimentos diferenciados para prestação de contas, desde que o valor da parceria não fosse igual ou superior a seiscentos mil reais;

Art. 72, I: considerava regular a prestação de contas quando houvesse a exatidão dos demonstrativos contábeis.

Diferentemente do que ocorria com as OS, o legislador, por meio da Lei 13.204/2015, coloca em destaque a busca por resultados ao dar autonomia às OSCs para o gerenciamento administrativo e financeiro dos recursos recebidos, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, de investimento e de pessoal (art. 42, XIX, MROSC).

[...] a Lei 13.019/2014 não traz nenhum impedimento em relação à utilização, pelas entidades, de recursos transferidos por meio da celebração de termo de colaboração ou fomento para despesas de custeio ou de investimento. Assim, ressalte-se que o uso dos recursos do Piso Mineiro Fixo e ou Variável repassados pelos municípios para entidades podem, da mesma forma, incluir despesas de custeio e ou de investimento na lógica das provisões definidas na TNSS, exigindo-se apenas que seja feita essa previsão no Plano de Trabalho da parceria a ser firmada. (MINAS GERAIS, 2017)

A interpretação sistemática da Lei 13.019/2014, sob a óptica das modificações que sofrera pela Lei 13.204/2015, permite ser essa *a mens legis*.

Não se demonstra razoável exigir das OSCs que suas equipes sejam contratadas mediante procedimentos simplificados de seleção de pessoal, por ferir sua autonomia associativa prevista no art. 5.º, XVII e XVIII da CF, bem como por contrariar o princípio da legalidade (inc. II) e a literalidade do art. 42, XIX, MROSC.

Ainda que o STF tenha decidido na ADI 1.923/DF que a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática por meio de um procedimento objetivo e impessoal, cabe frisar que a constituição da OS possui natureza peculiar, notadamente quanto à composição de seu órgão colegiado de deliberação superior, no qual deverá haver a participação de representantes do poder público (art. 2.º, I, “d”, Lei 9.637/1998).

Por se tratar de regimes jurídicos distintos, é incabível a aplicação da *ratio decidendi* deste acórdão ao MROSC. Não se ignora nas Organizações Sociais a essência estrutural das OSCs. Todavia, o procedimento de certificação contido na Lei 9.637/1998 trouxe àquelas peculiaridades na estrutura organizacional interna, bem como no regime jurídico, que impedem, por completo, uma imediata identificação entre essas organizações.

5. Da prestação de contas

A Lei 13.019/2014, conhecida como Marco Regulatório das Entidades da Organização Civil, veio estruturar as parcerias do poder público com as Organizações da Sociedade Civil (OSC).

Destarte, inovou o ordenamento jurídico ao criar instrumentos como termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação dentro de um regime próprio às parcerias, valorizando os princípios da administração pública e o fortalecimento das Organizações da Sociedade Civil (art. 5.º c/c 6.º, I, MROSC), além de priorizar o controle de resultados (art. 6.º, II).

Art. 5.º O regime jurídico de que trata esta Lei tem como fundamentos a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil, a transparência na aplicação dos recursos públicos, os princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia, destinando-se a assegurar: (Redação dada pela Lei 13.204, de 2015)

[...]

Art. 6.º São diretrizes fundamentais do regime jurídico de parceria: (Redação dada pela Lei 13.204, de 2015)

I - a promoção, o fortalecimento institucional, a capacitação e o incentivo à organização da sociedade civil para a cooperação com o poder público;

II - a priorização do controle de resultados;

[...]

Referido regime jurídico está pautado em normas modernas de Administração Pública:

Esses fundamentos, muitos deles verdadeiros princípios constitucionais, representam a estrutura axiológica da lei, um conjunto de valores que sustentam os demais dispositivos, e atuam

como condicionantes para a expedição dos atos administrativos e para geração da despesa pública. (NUNES, 2019, p. 11)

Uma das inovações vem estampada no conceito de prestação de contas que, para os efeitos da Lei 13.019/2014, traz uma conotação distinta do entendimento tradicional.

Art. 2.º... omissis...

[...]

XIV - prestação de contas: procedimento em que se analisa e se avalia a execução da parceria, pelo qual seja possível verificar o *cumprimento do objeto da parceria e o alcance das metas e dos resultados previstos*, compreendendo duas fases: (Redação dada pela Lei 13.204, de 2015, i. n.)

a) apresentação das contas, de responsabilidade da organização da sociedade civil;

b) análise e manifestação conclusiva das contas, de responsabilidade da administração pública, sem prejuízo da atuação dos órgãos de controle;

O termo “prestação”, oriundo do latim *praestatio* (Dicionário Priberam, 2019), remete a pagamento, satisfação ou garantia.

Por sua vez, “contas”, derivação do verbo contar, etimologicamente vem no verbete latino *computo* (Dicionário Priberam, 2019), cujo significado é calcular.

Portanto, prestar contas transmite a ideia de apresentar cálculos, demonstrar balanços financeiros.

Aparentemente, essa não foi a intenção primeva do MROSC na medida em que prioriza, na fase de prestação de contas, avaliar o *cumprimento do objeto da parceria e o alcance das metas e dos resultados previstos*.

Como pontua NUNES (2019, p. 13):

Um outro aspecto relevante da norma, no que se refere à avaliação das parcerias, está previsto no art. 6.º, elencando, entre as diretrizes fundamentais do regime jurídico das parcerias, a “priorização do controle de resultados”. Dito de outra forma, o sistema de avaliação, que anteriormente se centrava, basicamente, no controle formal das prestações de contas, volta-se, agora, para um exame menos burocrático, buscando, sobretudo, a obtenção de resultados objetivos, enfatizando o atingimento das metas no desenvolvimento das políticas públicas.

Por conseguinte, no âmbito do microsistema do marco das parcerias, esta diretriz busca priorizar o controle de resultados (art. 6.º, II), dotando de maior concretude o princípio da eficácia (art. 5.º, *caput*), pois a entrega do objeto pactuado é mais relevante para a sociedade do que o mero acerto de contas.

O controle de resultados proposto exige que seja flexibilizado o controle dos meios, pois “o atingimento das metas será considerado como o momento relevante de avaliação. (SCHIEFLER, 2014, 124)

O principal paradigma material a ser perseguido na análise da prestação de contas é o *conteúdo do plano de trabalho*, definido no art. 22 da lei e no art. 25 do decreto, com ênfase para a *forma de execução das ações* (art. 25, II, do decreto), as *metas quantitativas e mensuráveis a serem atingidas* (art. 25, III, do decreto) e a *definição dos indicadores, documentos e outros meios a serem utilizados para a aferição do cumprimento das metas* (art. 25, IV, do decreto). Pode-se dizer que o plano de trabalho é o gabarito de quem elabora a prestação de contas e a de quem analisa. (MONTE, 2017, p. 217)

Oliveira (2017), em menção à doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, lembra que o controle administrativo, *in casu*, pauta-se pela legitimidade. Sem se limitar à legalidade, o controle jurídico da legitimidade pelo resultado observa os critérios

da eficácia e da eficiência, além da pertinência, adequação dos meios, o mínimo sacrifício, a funcionalidade, a flexibilidade, a pontualidade, a qualidade, o profissionalismo, o pluralismo, a solidariedade e a razoabilidade. Está implícito, portanto, que a chave do êxito do controle de resultado, na linha que se expôs, está preponderantemente na participação. (MOREIRA NETO *apud* OLIVEIRA, 2017)

Nos estudos, Oliveira (2017) esclarece ainda:

A priorização pelos resultados é diretriz fundamental da implementação e execução do termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação (art. 6.º, II). O controle passa a ter caráter preventivo. Já na fase de planejamento o administrador deve avaliar a capacidade técnica e operacional da Administração com a consideração dos recursos humanos, materiais e tecnológicos, antes de dar início a um processo de seleção e celebração de parceria (art. 8.º). Constatada a ausência de capacidade, o administrador adotará as medidas necessárias para tanto, com a formação e especialização dos agentes públicos por meio de programas de capacitação e captação de recursos (art. 7.º), o que também é verificado em relação à organização da sociedade civil (art. 35, II).

Para Oliveira (2017), durante o monitoramento e avaliação da parceria, a adequação financeira deve ser feita preventivamente, em participação com a organização da sociedade civil.

É obrigatória a designação de Comissão de Monitoramento e Avaliação que acompanhará a execução da parceria e analisará a prestação de contas para verificar o cumprimento da parceria (art. 58). A prestação de contas é feita por meio de plataforma eletrônica, o que permite o acompanhamento preventivo e saneador da execução da parceria (art. 65). A adequação de meios com análise da execução financeira do repasse é feita nesta etapa do controle, constituindo dever do gestor identificar a malversação dos recursos e adotar as medidas corretivas como assumir a

responsabilidade pela execução do restante do objeto e retomar os bens públicos (art. 62, I e II). Isso porque, ao final da prestação de contas, o que se verifica é o alcance dos resultados.

A prestação de contas é elaborada com a descrição pormenorizada das atividades realizadas e a comprovação do alcance das metas e dos resultados esperados (art. 64). A análise pela comissão deverá considerar a verdade real e os resultados alcançados (art. 64, § 3.º), sendo que a análise da execução financeira é realizada quando não for comprovado o alcance das metas (art. 59, § 1.º, V). Isso em razão da adequação financeira ser feita preventivamente, em participação com a organização da sociedade civil. O processo participativo é assegurado, ainda, com o acompanhamento do Conselho de Políticas Públicas, que é responsável pela emissão de declaração sobre a execução da parceria (art. 60) e pela pesquisa de satisfação dos usuários, uma vez que a Administração, nas parcerias com prazo superior a um ano, deverá realizar pesquisa de satisfação dos usuários com a apuração de propostas de melhoria e utilizará as respostas como subsídio da avaliação (art. 58, § 2.º).

A Administração Pública preocupar-se-á com a documentação comprobatória das despesas apenas na hipótese de falha da OSC no alcance de metas e resultados estabelecidos no plano de trabalho.

O MROSC prima, no processo de prestação de contas, por uma política de controle de resultados, com ênfase na verificação do alcance das metas previstas e do cumprimento do objeto pactuado sempre pela busca da verdade. Há uma clara opção legal por um modelo de controle finalístico, em que amiúdes financeiras mostram-se exigíveis apenas nos casos de descumprimento das obrigações de resultados assumidas na assinatura do ajuste. (MONTE, 2017, p. 211)

Em redação dada pela Lei 13.204, de 2015:

Art. 59. A administração pública emitirá relatório técnico de monitoramento e avaliação de parceria celebrada mediante termo

de colaboração ou termo de fomento e o submeterá à comissão de monitoramento e avaliação designada, que o homologará, independentemente da obrigatoriedade de apresentação da prestação de contas devida pela organização da sociedade civil.

§1.º O relatório técnico de monitoramento e avaliação da parceria, sem prejuízo de outros elementos, deverá conter:

[...]

V - *análise dos documentos comprobatórios das despesas* apresentados pela organização da sociedade civil na prestação de contas, *quando não for comprovado o alcance das metas e dos resultados* estabelecidos no respectivo termo de colaboração ou de fomento; (i.n.)

Além de não se terem alcançado as metas e os resultados de todo recomendável, igualmente a análise dos documentos comprobatórios das despesas não traz evidência de irregularidades na execução do objeto que justifiquem a tomada de contas especial, como dispõe o art. 69, § 2.º, MROSC.

Do mesmo modo, quando a prestação de contas for avaliada como irregular pela própria omissão no dever de prestar contas, descumprimento injustificado dos objetivos e metas estabelecidos no plano de trabalho, danos ao erário decorrentes de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico, ou desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos (art. 72, III, MROSC), será exigível uma avaliação rigorosa dos documentos comprobatórios de despesa.

Em plena harmonia com essa sistemática, a lei apenas obriga a OSC a elaborar *Relatório de execução financeira* caso tenha descumprido as metas e os resultados:

Art. 66. A prestação de contas relativa à execução do termo de colaboração ou de fomento dar-se-á mediante a análise dos documentos previstos no plano de trabalho, nos termos do inciso IX do art. 22, além dos seguintes relatórios:

[...]

II - *relatório de execução financeira* do termo de colaboração ou do termo de fomento, com a descrição das despesas e receitas efetivamente realizadas e sua vinculação com a execução do objeto, *na hipótese de descumprimento de metas e resultados* estabelecidos no plano de trabalho. (Redação dada pela Lei 13.204, de 2015, i. n.)

A respeito, MONTE (2017, p. 217-218) esclarece que, a princípio, houve dúvidas sobre a exigibilidade do relatório financeiro. As dúvidas, contudo, foram dirimidas quando da publicação do Decreto 8.726/2016, que no art. 56 vincula a exigência da apresentação do relatório de execução financeira à falta de comprovação do alcance das metas ou à presença de evidente existência de ato irregular, em mais uma demonstração da escolha feita no MROSC de privilegiar o controle de resultados. O decreto define claramente, pois, a opção da lei de desobrigar a apresentação do relatório de execução financeira quando a OSC comprovar o cumprimento das suas *obrigações de resultado*.

O interessante é que tais mecanismos jurídicos somente foram incorporados à Lei 13.019/2014 durante o seu prazo de *vacatio legis*, quando a Lei 13.204/2015 subtraiu do MROSC diversos dispositivos que burocratizavam a gestão dos recursos financeiros pelas OSCs que em nada as fortalecia. Pelo contrário, perpetuava as dificuldades vivenciadas outrora nos convênios, no ato de prestar contas.

Havia um grande clamor do Terceiro Setor, pois, apesar da natureza privada das OSCs, estas eram tratadas e exigidas como se fossem órgãos públicos, postura que estava a inviabilizar parcerias e que justificariam, assim, as alterações mencionadas.

Por tal razão, o caderno *Entenda o MROSC* (BRASIL, 2016) destaca a importância dos órgãos de controle na consolidação do modelo de “controle por resultados”:

Esse novo olhar implica reconhecimento das organizações como legítimas para acessar recursos públicos em razão de seu histórico, acúmulo técnico e político. Além disso, o controle deverá levar em consideração os impactos gerados nos beneficiários das parcerias, utilizando-se dos resultados indicados, por exemplo, em pesquisas de satisfação e outros mecanismos que possam demonstrar a efetividade das ações.

Com a nova lei, surge, portanto, uma oportunidade de atuação inovadora dos órgãos de controle, a partir da perspectiva de acompanhamento da execução da parceria ao longo de todas as suas etapas e não somente no final. Outro desafio que a nova regulamentação coloca é a incorporação da fiscalização com um viés preventivo e qualitativo, conectada com a realidade das parcerias entre OSCs e Estado. Os órgãos de controle podem exercer um novo papel a partir de agora.

Um sintético retrato histórico é traçado por MENDONÇA e FALCÃO (2016):

Diversas análises foram realizadas sobre as mudanças regulatórias na década de 1990, demonstrando que considerável inércia organizacional recaía sobre as OSCs (ALVES & KOGA, 2006), mas também sobre o próprio Estado (BARBOSA, 2011; TREZAA, 2007; LEMOS, 2006; COUTINHO, 2009), destacando barreiras ideológicas, gerenciais (dificuldade em trabalhar com a perspectiva de controle de resultados e de atuar de forma mais intensa na formulação de políticas) e culturais (falta de conhecimento sobre o ambiente regulatório, bem como conflitos interpretativos das legislações e falta de conhecimento e prática de relacionamento com as OSCs).

[...]

O resultado foi uma “virada de mesa” no MROSC, pois a Lei 13.204/2015 trouxe uma visão positiva das OSCs, afastando-se do mero reforço do controle para a promoção das parcerias. No espírito do MROSC, permaneceram ainda os esforços na promoção da transparência e do fortalecimento das OSCs, com a criação do Termo de Fomento.

[...]

Conforme discutido, o rompimento do padrão de controle burocrático ainda é um desafio para a gestão pública como um todo, pois diversos elementos de inércia organizacional se combinam para que ele se mantenha. Está em jogo também uma cultura em que a confiança nas relações precisa continuar sendo construída e constantemente reforçada. Isso impõe desafios para que a mobilização que levou ao novo MROSC se amplie.

Depois da Lei 13.019/2014, as OSCs são totalmente responsáveis pelos recursos transferidos, sendo cláusula essencial das parcerias:

Art. 42. ...omissis...

[...]

XIX - a *responsabilidade exclusiva* da organização da sociedade civil pelo *gerenciamento administrativo e financeiro dos recursos recebidos*, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, de investimento e de pessoal;

XX - a *responsabilidade exclusiva* da organização da sociedade civil pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais relacionados à execução do objeto previsto no termo de colaboração ou de fomento, *não implicando responsabilidade solidária ou subsidiária da administração pública* a inadimplência da organização da sociedade civil em relação ao referido pagamento, os ônus incidentes sobre o objeto da parceria ou os danos decorrentes de restrição à sua execução. (Redação dada pela Lei 13.204, de 2015, i.n.)

E é dentro desse espectro de autonomia que as OSCs velarão pela destinação dos recursos públicos na execução do plano de trabalho, conforme previsão de receitas e de despesas (art. 22, II-A). Em sintonia com seu *status* de pessoa jurídica de direito privado, valer-se-á da disciplina pertinente a essa seara, de forma explícita, no art. 36 do Decreto Federal 8.726/2016: “as compras e contratações de bens e serviços pela organização da sociedade civil com recursos transferidos pela administração pública federal adotarão métodos usualmente utilizados pelo setor privado”.

A norma encontra apoio no regime jurídico das parcerias, pois permite o fortalecimento institucional das OSCs ao priorizar o controle de resultados.

Nessa linha de intelecção, Gustavo Henrique (2014, p. 124) assevera:

O ponto é que não há como priorizar a análise dos resultados exigindo-se grande rigor sobre os meios empregados para o atingimento daqueles resultados. Da mesma forma, registre-se, priorizar os resultados não quer dizer que exista uma completa e absoluta liberalidade para que os meios sejam eleitos pelo executante. [...] O controle de meios deve ser simplificado e bem direcionado, para que não retire da organização da sociedade civil a dinâmica que lhe é peculiar e própria. Não há como atribuir a essas entidades um regime jurídico semelhante ao que é requerido à Administração Pública, que deve seguir fielmente as suas normas próprias para as despesas.

Sob essa óptica, privilegia-se o princípio da legalidade estruturado para o setor privado, em que ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5.º, II, CF), vedando-se à Administração Pública exigências que sobrecarreguem as OSCs, em diretriz contrária ao MROSC, prejudicando a proposta arquitetada pelo legislador.

Não há previsão de prestação de contas a cada parcela, mas sim de forma anual, além da final. Sempre que a duração da parceria exceder um ano, a organização da sociedade civil deverá apresentar prestação de contas ao fim de cada exercício para fins de monitoramento do cumprimento das metas da parceria. (BRASIL, 2016)

Pierantoni, citando Aline Akime, afirma que quaisquer falhas cometidas pelos particulares que não causem efetivo prejuízo ao erário e estejam pautadas na concretização dos direitos sociais deverão ser caracterizadas como faltas formais, não sujeitando as entida-

des ou os seus dirigentes à determinação de restituição integral dos valores aos cofres públicos, quando comprovado o emprego dos recursos na atividade aprovada pelos órgãos da Administração Pública, pois condenações dessa natureza são desproporcionais.

Doravante, compete à Administração Pública aperfeiçoar seu monitoramento e avaliação para que, concomitante à execução da parceria, afira-se por meio de indicadores (artigos 22, II, e 23, VI) de alcance de metas, inseridos nos planos de trabalho, se os resultados serão obtidos.

Importantíssimo, assim, o aprimoramento do rigor técnico específico de cada política pública (art. 2.º-A) na confecção dos planos de trabalho, que, à luz do art. 1.º da Lei 13.019/2014, devem ser prévios ao ajuste.

A criação e o aperfeiçoamento constante destes indicadores é que darão condições plenas para que a norma alcance os seus fins.

Rememore-se que é com base nestes indicadores estabelecidos e aprovados no plano de trabalho que se analisam ou não os documentos contábeis da parceria (art. 59, § 1.º, II e V).

Avulta-se, também, a responsabilidade da figura do gestor da parceria, agente público responsável pelo controle e fiscalização da parceria (art. 2.º, VI), em tempo hábil e de modo eficaz (art. 8.º, III), pois, ao longo do prazo da pactuação, deverá acompanhar a execução técnica das atividades ou projetos estabelecidos no plano de trabalho.

6. Conclusão

Todo mecanismo jurídico e técnico da Lei 13.019/2014 almeja a eficácia e a efetividade das ações em execução ou já realizadas (art. 67, § 4.º), constantes do plano de trabalho, sempre em busca

dos melhores resultados para a sociedade, ficando assegurada a avaliação financeira aos casos em que os indicadores estabelecidos demonstrarem insuficiência de satisfação ou houver evidências de irregularidades na execução do objeto.

Inviável, também, a interferência do poder público na seleção dos recursos pessoais que integram a OSC ou na burocratização excessiva do regime de compras, desnaturando as normas do MROSC.

7. Referências

BRASIL. *Decreto 8.726, de 27 de abril de 2016*. Regulamenta a Lei 13.019, de 31 de julho de 2014, sobre regras e procedimentos do regime jurídico das parcerias celebradas entre a administração pública federal e as organizações da sociedade civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8726.htm>. Acesso em: 26 set. 2019.

BRASIL. Governo Federal. *Entenda o MROSC: Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil: Lei 13.019/2014*. Secretaria de Governo da Presidência da República, Laís de Figueirêdo Lopes, Bianca dos Santos e Viviane Brochardt – Brasília: Presidência da República, 2016. 130p.

BRASIL. Lei 13.019, de 31 de julho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019compilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. PERGUNTAS E RESPOSTAS: Aplicação do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC no âmbito do Sistema Único de Assistência Social. Brasília, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1923, Relator: Min. AYRES BRITTO, Relator p/Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16.4.2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-254 DIVULG. 16.12.2015 PUBLIC. 17.12.2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Processo 027.206/2006-3*. Relator Benjamin Zymler, julgado em 9.7.2008.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS. Nota Técnica N. 12/2017. Disponível em https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/NT_12_2017_MROSC.pdf. Acesso em: 26 set. 2019.

DEPINÉ, Flávia Della Coletta e SILVA, Alessandra Obara Soares da. Novo Marco Regulatório das Parcerias com as Organizações da Sociedade Civil: Lei Federal 13.019, de 2014, e sua regulamentação pelo estado de São Paulo. *Boletim da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo set./out. 2017. Disponível em <http://www.lucianorossato.pro.br/wp-content/uploads/2017/12/Boletim-CEPGE-n%C2%BA-5-set.-out.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2019.

Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2008-2013, Disponível em <https://dicionario.priberam.org/presta%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 25 set. 2019.

Disponível em Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2008-2013, <https://dicionario.priberam.org/presta%C3%A7%C3%A3o> [consultado em 26.10.2018]

ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. *Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil*. Brasília, 2019. Disponível em <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3845/1/MROSC%20-%20MARCO%20REGULAT%c3%93RIO%20DAS%20ORGANIZA%c3%87%c3%95ES%20DA%20SOCIEDADE%20CIVIL.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2019.

INSTITUTO ATUAÇÃO. *O que muda com o novo marco regulatório das Organizações da Sociedade Civil Lei 13.019/2014*. Artigo escrito em 23.6.2017. Disponível em <http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/09/cartilha_do_marco_regulatorio_terceiro_setor.pdf>. Acesso em: 26 set. 2019.

MARRARA, Thiago e CESÁRIO, Natália de Aquino. O que sobrou da autonomia dos estados e municípios para legislar sobre parcerias com o Terceiro Setor? *Revista de Direito da Administração Pública*. Ano 2, vol. 2, n. 1, jan./jun. 2016. p 34-55. ISSN Eletrônico 2447-2042.

MATO GROSSO DO SUL (Estado). *Manual de orientação sobre parcerias com as organizações da sociedade civil*. Governo do Estado de Mato Grosso do Sul. 2017.

MEIRA JUNIOR, José Julberto e SILVA, Roque Sérgio D'andrea Ribeiro da. *LEI 13.019/2014 - MARCO REGULATÓRIO DO TERCEIRO SETOR REQUISITOS GERAIS E LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/65745/lei-13-019-2014-marco-regulatorio-do-terceiro-setor-requisitos-gerais-e-lei-de-responsabilidade-fiscal>> Acesso em: 26 set. 2019.

MENDES, Michelle Diniz (coord.). *Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MENDONÇA, Patricia e FALCÃO, Domenica Silva. Novo Marco Regulatório para a realização de parcerias entre Estado e Organização da Sociedade Civil (OSC). Inovação ou peso do passado? Disponível em <<file:///C:/Users/PGJMG/Downloads/56484-127516-3-PB.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2019.

MINAS GERAIS (Estado). *#MROSCnoSUAS*. Secretaria de Estado de Trabalho e Desenvolvimento Social. 2017.

MONTE, Roberto Vilas-Boas. Prestação de Contas. In: MEDES, Michelle Diniz (Coord.). *Marco regulatório das Organizações da Sociedade Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 209-240. ISBN 978-85-450-0203-1.

MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo. *Normas gerais sobre licitações e contratos administrativos – natureza e identificação no Estatuto Jurídico Federal Vigente – Perspectiva de Novos Projetos Modernizadores*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, jul./set. 1992.

MORO, Rosangela Wolf. Regime jurídico das parcerias das organizações da sociedade civil e a administração pública. São Paulo: Matrix, 2016.

NUNES, Valtuir Pereira. *O novo Marco Regulatório da Sociedade Civil – Lei 13.019/2014*. Disponível em <https://portal.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/noticias_internet/textos_diversos_pente_fino/ARTIGO%20SOBRE%20O%20MROSC%20-%20VALTUIR%20NUNES.pdf>. Acesso em: 19 set. 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Terceiro setor e o direito administrativo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campi longo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em <https://enciclopedia-juridica.pucsp.br/verbete/33/edicao-1/terceiro-setor-e-o-direito-administrativo>. Acesso em: 25 set. 2019.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira. O novo regime jurídico das parcerias voluntárias previsto na Lei 13.019, de 31 de julho de 2014. *Revista da AJURIS*. V. 41, n. 135, set. 2014.

SANTANA, Jair Eduardo, ARAUJO, Viviane Fernandes de, ARRUDA, Sirley de Oliveira e VALADARES, Maria do Carmo de Campos. *Lei das Parcerias: Lei 13.019/2014 – comentários e prática para implantação*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Comentários sobre a convivência do controle de resultados e de meios nas parcerias voluntárias: uma análise a partir da Lei Federal 13.019/2014. *R. Dir. Terceiro Setor – RDTS*. Belo Horizonte, ano 8, n. 16, p. 123-135, jul./dez. 2014.

Artigo recebido em 11/10/2019.

Artigo aprovado em 09/03/2020.

DOI:

53 - 77

Artigo

**COLETA SELETIVA DE
RESÍDUOS SÓLIDOS E RECICLAGEM:
A TUTELA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

RENATO CAIRO FARIA AMARAL

COLETA SELETIVA DE RESÍDUOS SÓLIDOS E RECICLAGEM: A TUTELA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

SELECTIVE COLLECTION OF SOLID WASTE AND RECYCLING:
THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE OF FUNDAMENTAL RIGHTS

RENATO CAIRO FARIA AMARAL

Analista Jurídico

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

renatocairo@mpmg.mp.br

RESUMO: Este artigo discorre sobre coleta seletiva de resíduos sólidos e reciclagem como forma mais eficaz de descarte do lixo numa sociedade de consumo diante da produção de lixo e a necessária sustentabilidade ambiental. O método hipotético-dedutivo, por meio da revisão sobre o tema e uma análise crítica a legislação relacionada, destaca o papel do Ministério Público na efetivação da política pública de resíduos sólidos e saneamento básico, constatando que o desenvolvimento sustentável e o direito ao meio ambiente equilibrado impõem a necessidade da coleta seletiva e da reciclagem como forma de proteção à saúde e lógica reversa de produção. Conclui-se que a regulamentação da coleta seletiva e da reciclagem, com determinação legal de implementação por meio de política de saneamento básico e de resíduos sólidos, visa a concretizar direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Resíduos Sólidos – Coleta Seletiva – Reciclagem – Atuação Ministério Público – Direitos Fundamentais

ABSTRACT: This article discusses selective solid waste collection and recycling as the most effective way to dispose of waste. It uses the aspects of human nature that influence consumer society in the face of waste production and the necessary environmental sustainability. The methodology used was the hypothetical-deductive method, through the review of the theme and critical analysis with related legislation. The role of the Public Prosecution Service in highlighting the public policy on solid waste and basic sanitation is highlighted. Sustainable development and the right to a balanced environment impose the need for selective collection and recycling as a form of health protection, through basic sanitation, and as consumer protection, through the reverse logic of production. It is concluded that there is regulation of selective collection and recycling, with legal determination of implementation through basic sanitation and solid waste policy, which materializes the unavailable fundamental rights.

KEYWORDS: Solid Waste - Selective Collection - Recycling - Public Prosecution Service - Fundamental Rights

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A natureza humana, produção de lixo e o paradoxo de consumo na sustentabilidade ambiental. 3. Conceitos relacionados ao lixo. 4. Fundamento legal da coleta seletiva e reciclagem de resíduos sólidos. 5. A concretização de direitos fundamentais pela coleta seletiva e reciclagem. 6. O papel do Ministério Público e a efetivação das políticas públicas de resíduos sólidos e saneamento básico. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

Ao se refletir sobre a coleta seletiva e a reciclagem como instrumentos de políticas públicas e sobre os fundamentos normativos

que legitimam sua implementação num viés concretizador de direitos fundamentais, pretende-se relacionar a essência filosófica humana e o consumo de bens com a produção de lixo à sustentabilidade ambiental.

O debate que se propõe é a crescente quantidade de lixo diante da imposição de padrões de consumo e a utilização de produtos com menores ciclos duráveis e de embalagens descartáveis de forma a evitar eventuais entraves encontrados à implementação de política pública dos resíduos sólidos e saneamento básico.

A metodologia utilizada é a hipotético-dedutiva, com pesquisa exploratória em direito constitucional, meio ambiente, saúde, consumidor e educação, por meio de artigos publicados sobre os temas, relacionando-os aos princípios e normas do ordenamento jurídico brasileiro.

Nas bases Scielo, Bireme, Capes e revistas de Direito Ambiental consultaram-se as palavras-chave “coleta seletiva”, “reciclagem”, “resíduos sólidos”, “desenvolvimento sustentável”, “meio ambiente”, “saúde”, “consumismo”, “consumidor”, “meio de produção”, “educação ambiental”, “direito fundamental indisponível” e “Ministério Público”.

Buscou-se encadear os aspectos evolutivos da natureza humana à produção de lixo, sob a perspectiva do consumo, passou-se à análise do ordenamento jurídico sobre a coleta seletiva e a reciclagem, inclusive sua hermenêutica constitucional como referencial teórico.

Com foco nos princípios de proteção ao meio ambiente, saúde, consumidor ao direito fundamental indisponível, destaca-se o papel do Ministério Público na efetivação da política pública de resíduos sólidos e saneamento básico.

2. A natureza humana, produção de lixo e o paradoxo de consumo na sustentabilidade ambiental

O ser humano e a natureza são vinculados, mas um não se reduz ao outro. O homem faz parte do meio ambiente; porém, a depender da concepção, não considera que a natureza faça parte dele.

Nesse contexto, o filósofo Arthur Schopenhauer, a partir da separação kantiana entre coisa-em-si e fenômeno, considera a vontade do homem uma força que representa o mundo e lhe dá sentido como ser humano que constantemente aspira a novos objetos, uma vez que a vontade jamais cessa ao atingir o alvo desejado. O mundo é regido pela necessidade de uma relação indissociável entre sujeito e objeto, e a vontade atua como uma força cega que dá sentido a toda existência, sendo incapaz de uma satisfação total.

Também Niklas Luhmann (2010), em *Teoria dos Sistemas*, ressalta as noções de complexidade e contingência ao sustentar que na sociedade existirá sempre mais possibilidades do que é possível realizar, sendo os resultados das ações diferentes das expectativas.

Essas expectativas da vontade podem ter várias facetas; e uma delas se transmuta em querer conquistar e conseguir algo. Conforme Costa e Rezende (2013, p.7), o homem em seu estágio primitivo consumia para sobreviver sem estressar a natureza, passa para o estágio seguinte da criação da sociedade, e no estado moderno a transformação para o estado social-liberal desencadeia o capitalismo. Os referidos autores também enfatizam que inicialmente o consumo vinculava-se à vivência do ser humano e, posteriormente, teve contornos culturais pela imposição consumista de bens e serviços.

Segundo Habermas (2002), a civilização se diferencia em primitiva, tradicional, capitalista e pós-capitalista. O homem primitivo tinha natureza coletora e nômade. Só consumia os bens

para suas necessidades básicas e de sobrevivência como parte do meio ambiente, o que não originava acumulação significativa de resíduos. Quando o ser humano começou a permanecer nos locais por períodos mais duradouros, houve acúmulo de bens e a necessidade de estabelecer troca de produtos e a formar sociedades tradicionais, com características comerciais e urbanas. Nessa época primitiva, surgiu o paradoxo do homem não natural, que aproveitava os benefícios da natureza sem sofrer consequências.

Com o passar do tempo e a crescente fixação do homem em determinados locais, surgiu a questão do lixo produzido por ele, o que teve maior relevo quando associado ao aparecimento de patologias, como as epidemias que assolaram a Europa e que apontaram para a necessidade de se desenvolverem serviços de saneamento. Todo esse quadro levou a descobertas científicas na área de saúde para evitar doenças relacionadas ao lixo.

Também na história da civilização, Albuquerque (2007) sintetiza que as revoluções liberais - Revolução Inglesa, Independência dos Estados Unidos da América e Revolução Francesa - da era moderna entre o século XVIII a começo do século XIX incrementaram a burguesia e construíram base para o desenvolvimento do capitalismo.

Com o final da Idade Moderna, a relação natureza-ser humano mudou. O meio ambiente tornou-se matéria-prima para a industrialização. O processo de urbanização, com a vida nas cidades e o consumo dos cidadãos, aumentou a quantidade e a diversidade de lixo produzidos. No final do século XIX e início do século XX, novas tecnologias, como motores a propulsão e a eletricidade, tornaram mais dinâmico o processo de produção, o que aumentou a produtividade das fábricas e a necessidade de encontrar tanto mercado consumidor para esses produtos quanto mais matérias-primas.

Meszáros (2009, p. 988), por uma concepção sociológica, afirma que a essência humana é de mudanças e de constante evolução

e desenvolvimento. A questão é saber como no cotidiano a humanidade pode adaptar-se às mudanças de comportamento para sobreviver da melhor maneira possível.

Conforme Magnoli (2004, p. 94), depois das guerras mundiais surgiu um ciclo de inovações tecnocientíficas que se alicerça na evolução da informação, nos avanços da biotecnologia, na automatização e na robotização dos processos produtivos, na síntese de novos materiais e de novas tecnologias de geração de energia.

Souza e Nacur (2013, p. 6) lecionam que “a habilidade humana em criar bens de consumo é inesgotável, o que não pode assegurar quanto aos recursos naturais. Mas foi assim que a força de trabalho do homem também se tornou um produto à venda”.

Zygmunt Bauman (2008, p. 15), ao afirmar que na sociedade de consumidores ninguém se pode tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade em reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável, cunha um conceito contemporâneo de consumo e de consumismo em que:

consumismo é um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes e, por assim dizer, “neutros quanto ao regime”, transformando-os na principal força propulsora e operativa da sociedade, uma força que coordena a reprodução sistêmica, a integração e a estratificação social, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel importante nos processos de autoidentificação individual e de grupo, assim como na seleção e execução de políticas da vida individuais. (BAUMAN, 2008, p. 41)

Por conseguinte, o consumismo em que o modelo capitalista transforma tudo e todos em mercadoria tem fundamento na publicidade, televisão, cinema e mídias sociais. Guy Debord (1997),

em sua obra, comenta que tudo está mercantilizado e envolto por imagens. A “produção de espetáculo” é indissociável das relações sociais de produção e de consumo de mercadorias.

3. Conceitos relacionados ao lixo

Os dicionários Aurélio (2019) e Michaelis (2019) definem lixo, *lato sensu*, como tudo aquilo que não se quer mais e se joga fora; qualquer coisa sem valor ou utilidade; resíduo proveniente de atividades industriais, domésticas e comerciais.

Todavia, tecnicamente, lixo advém de restos de atividades humanas considerados pelos geradores como inúteis, indesejáveis ou descartáveis, podendo se apresentar no estado sólido e líquido, desde que não seja passível de tratamento (ABNT 2019).

Do lixo se separam matérias, substâncias e objetos sólidos que podem ser reutilizados ou reciclados. Os resíduos sólidos, devidamente segregados do lixo em uma coleta seletiva sem transformação biológica, física ou físico-química, são reutilizados, por exemplo, como garrafas de vidros. Se os resíduos sólidos sofrerem transformações de suas propriedades físicas, físico-químicas ou biológicas, como forma de insumos ou de novos produtos, fala-se em reciclagem.

Depois de retirados do lixo os resíduos sólidos, e esgotadas todas as possibilidades de tratamento e de recuperação por processos tecnológicos, o que sobra é rejeito. Os termos resíduos sólidos, reciclagem e rejeitos são definidos no artigo 3.º da Lei 12.305, de 2 de agosto de 2010.

Portanto, os resíduos sólidos, depois de separados, podem passar por reciclagem ou reutilização e ser reintroduzidos no processo de produção. Se os resíduos forem orgânicos, eles poderão passar por compostagem por meio de processo biológico de

decomposição da matéria orgânica contida em restos de origem animal ou vegetal.

A reciclagem, que de modo geral é um termo sinônimo de reutilização, também pode empregar os resíduos sólidos de um material usado como matéria-prima para fabricar outros produtos por meios artesanais ou processos industriais.

4. Fundamento legal da coleta seletiva e reciclagem de resíduos sólidos

A competência para instituir diretrizes gerais para o desenvolvimento urbano e programas de saneamento básico, bem como traçar as bases da educação nacional, é da União, juntamente com os estados e os municípios, a fim de proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (art. 21, XX e XXIV e art. 23, VI e IX, da CRFB/1988).

Concorrentemente, cabe à União e aos estados legislar sobre produção e consumo, conservação, proteção e controle da poluição ambiental, responsabilização por danos ao meio ambiente e ao consumidor (art. 24, V, VI e VIII, da CRFB/1988).

Os municípios se incumbem de legislar, organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos locais de caráter essencial e de saúde da população (art. 30, I, V, VI e VII, da CRFB/1988).

No plano infraconstitucional, as leis federais tutelam o meio ambiente (Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981), o saneamento básico (Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007) e os resíduos sólidos (Lei 12.305, de 2 de agosto de 2010).

A Lei 6.938/1981, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação,

entende que poluidora é a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação e poluição ambiental que prejudique a saúde, a segurança e o bem-estar da população; crie condições adversas às atividades sociais e econômicas; afete as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; lance matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos (art. 3.º, II, III, “a”, “b” e “d”, e IV).

Também a proteção ao meio ambiente é relacionada ao saneamento básico, que inclui o descarte de resíduos sólidos, e a cuidados que refletem na saúde do cidadão.

A Lei 11.445/2007 estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico de forma adequada à saúde pública e à proteção do meio ambiente, com instalações operacionais de coleta, tratamento e destinação (art. 3.º, I, c), em que o serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos urbanos é composto de triagem para fins de reúso ou reciclagem, compostagem e disposição final dos resíduos (art. 7.º, II).

A Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) dispõe que o material descartado seja responsabilização do poder público, do setor empresarial e da coletividade, determinando como instrumento a coleta seletiva, os sistemas de logística reversa e a implementação de responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos bem como a educação ambiental (Lei 12.305/2010, art. 8.º, III e VIII).

Conforme a Lei 12.305/2010, os municípios deverão elaborar os respectivos Planos Municipais de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos com o conteúdo mínimo definido nessa lei, ou seja, metas de redução, reutilização, coleta seletiva e reciclagem de resíduos sólidos encaminhados para disposição final ambientalmente adequada, além de programas e ações de educação ambiental que promovam a não geração, a redução, a reutilização e

a reciclagem de resíduos sólidos (art. 19, X, XIV), sendo priorizado o acesso de recursos da União para a implantação da coleta seletiva e reciclagem.

A Lei 12.305/2010 é regulamentada pelo art. 9.º do Decreto 7.404/2010, que define a implementação da coleta seletiva mediante a segregação prévia dos resíduos sólidos conforme sua constituição ou composição. Essencial para se atingir a meta de disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, esse instrumento deve ser implantado pelo titular do serviço público de limpeza e manejo de resíduos sólidos a separação dos resíduos secos e úmidos.

Por sua vez, a Política Nacional de Resíduos Sólidos prevê que o titular dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos é o responsável pela organização e pela prestação direta ou indireta desses serviços em um prazo de até 4 (quatro) anos contados a partir da publicação da lei, ocorrida em 2 de agosto de 2010, para implementação da disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos (art. 54 da Lei 12.305/2010).¹

5. A concretização de direitos fundamentais pela coleta seletiva e reciclagem

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem como fundamento a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1.º). Na forma da lei, assegura a defesa do consumidor e prescreve a função social da propriedade (art. 5.º). Além disso, elenca como direitos sociais, entre outros, a saúde e a educação. (BRASIL 1988)

1 O Projeto de Lei de Conversão n.º 15/2014 foi sancionado e passou a ser a Lei 13.043/2014, mas alguns artigos, entre eles o 107 da Lei 12.305/2010, foram vetados integralmente. Nesse art. 107, constava a extensão por mais quatro anos, portanto até 2018, do prazo estipulado para o fim dos lixões e a implementação das determinações da lei de política de resíduos sólidos.

Khamis Mehanna (2017) afirma que a indisponibilidade dos direitos está normalmente ligada aos direitos fundamentais. A fundamentalidade de um direito, não obstante corrente de cunho jusnaturalista e pós-positivista, decorre de razões sistêmicas e de lógicas do ordenamento jurídico. Por razões sistêmicas, um direito pode ser fundamental e indisponível se preceder outros direitos dentro do sistema jurídico. Pela perspectiva lógica, um direito pode anteceder outro, sendo fundamento de existência ou de validade dos direitos que o seguem.

Direito fundamental é um direito garantido por uma norma jurídica (direito objetivo), que reflete uma opção valorativa considerada essencial para o bem viver dentro do panorama ético vigente em determinada sociedade, num dado contexto histórico, e que pode ser exercido por determinado sujeito que se enquadre na hipótese normativa prescrita (direito subjetivo), acarretando a terceiros um dever (dever jurídico) de obediência, sob pena de coerção. (MEHANNA, 2017, p. 167)

O direito à vida é consectário do direito à saúde, proteção ao meio ambiente, cidadania e dignidade da pessoa humana com o objetivo de promover o bem de todos, refletindo, assim, os fundamentos dos valores adotados constitucionalmente.

O artigo 200 da CRFB/1988, no capítulo destinado ao Sistema Único de Saúde (SUS), além de outras atribuições, determina que o SUS deve participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico. (BRASIL 1988)

A vida é indissociável ao direito à saúde e ao meio ambiente. Logo, Gouveia (1999) propõe uma abordagem integradora entre ambiente e saúde, com mecanismos intersetoriais que possibilitem diálogos entre esses dois campos.

Um ambiente ecologicamente equilibrado é prescrição constitucional, bem como a coleta seletiva e a reciclagem dos resíduos sólidos. (art. 225, 1, VI, BRASIL, 1988)

A proteção ao meio ambiente tem natureza pública metaindividual, ou seja, todas as pessoas são titulares desse direito e podem defendê-lo. Essa característica transindividual reforça a indisponibilidade do direito ambiental, pois a disposição desse direito afronta a essência jurídica de ser o meio ambiente um direito de todos.

Para Bragato e Vedovato (2019), é notória a relação entre saúde, dignidade e bem-estar do homem. Portanto, a eliminação de lixo por incineração de resíduos “é uma afronta aos direitos humanos, além de significar agressão ao planeta e perdas socioeconômicas, diferentemente da coleta seletiva e da reciclagem, que geram emprego e renda para cerca de 600 mil catadores”.

A Constituição de 1988, art. 5.º, XXXII, determina que o Estado promova, na forma da lei, a defesa do consumidor e, em seu art. 170, o desenvolvimento sustentável e a regulação das atividades econômicas, observado, entre outros, o princípio de defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços. (BRASIL 1988)

A Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, por meio do Código de Defesa do Consumidor (CDC), estabelece o princípio de compatibilizar a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, informação, racionalização e melhoria dos serviços públicos (art. 4.º, III, IV, VII) e garante ainda, como direitos básicos do consumidor, a proteção à vida e à saúde, a educação e a divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços (art. 6.º, I e II).

O Código de Defesa do Consumo (art. 3.º) estabelece como fornecedor toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que desenvolve a produção, a distribuição ou a comercialização de produtos ou prestação de serviços. A Lei 12.305/2010 (art. 20) determina que os estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços elaborem plano de gerenciamento de resíduos sólidos.

Também o Decreto 7.404/2010, que regulamentou a Lei 12.305/2010, prescreve que os fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, consumidores e titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos são responsáveis pelo ciclo de vida dos produtos (art. 5.º). Aos consumidores é determinado, sempre que estabelecido o sistema de coleta seletiva, acondicionar adequadamente e de forma diferenciada os resíduos sólidos gerados reutilizáveis e recicláveis para a coleta ou devolução (art. 6.º).

Por sua vez, o art. 13 do Decreto 7.404/2010 assim regulamenta a logística reversa:

[...] o instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado pelo conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada.

Essa logística reversa para embalagens plásticas, metálicas ou de vidro pode ser implementada por acordos setoriais, regulamentos expedidos pelo poder público ou termos de compromisso, sendo obrigatória para agrotóxicos, pilhas, baterias, pneus, resíduos de óleos lubrificantes, lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio, mercúrio ou mista e produtos eletroeletrônicos e seus componentes. (art. 33 da Lei 12.305/2010, c/c art. 15 do Decreto 7.404/2010)

Logo, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes dos produtos obrigatórios da logística reversa são forçados a implantar procedimentos de compra de produtos ou embalagens usadas e disponibilizar postos de entrega de resíduos reutilizáveis e recicláveis. Para as embalagens de plástico, metais e vidro, poderão fazer parcerias com cooperativas ou outras formas de associação de catadores de material reutilizável e reciclável.

O artigo 225 da CRFB/1988, inciso VI, § 1.º, prescreve que o poder público é incumbido de promover a educação ambiental e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente. A educação ambiental da gestão dos resíduos sólidos também foi regulamentada pelo art. 77, § 1.º, I, IV e VIII do Decreto 7.404/2010, conforme diretrizes das leis 9.795/1999 e 12.305/2010, determinando ao poder público que divulgue os conceitos relacionados à coleta seletiva, à logística reversa, com o consumo consciente e a minimização da geração de resíduos sólidos, bem como desenvolva ações educativas.

Também o artigo 182 da CRFB/1988 valorou constitucionalmente o desenvolvimento urbano, conforme diretrizes fixadas nas leis que tutelam o meio ambiente (Lei 6.938/1981), o saneamento básico (Lei 11.445/2007) e os resíduos sólidos (Lei 12.305/2010), para garantir o bem-estar de seus habitantes.

Carcara e Silva (2019) asseveram que a execução de políticas públicas para efetivação dos direitos sociais deve garantir as condições mínimas de existência humana, e o Estado deve ampliar a reserva do possível para a área de saneamento básico.

Pela hermenêutica constitucional de 1988, o direito à vida, a função social da propriedade e a defesa do consumidor (art. 5.º) assim como a saúde (art. 6.º) são direitos e garantias fundamentais. O meio ambiente saudável, ontologicamente um direito fundamental, soma-se aos princípios fundamentais da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, a coleta seletiva e a reciclagem concretizam a cidadania e a dignidade da pessoa humana bem como protegem a vida e o meio ambiente ecologicamente equilibrado, em prol dos consumidores e do bem de todos. Indisponíveis por sua natureza, esses direitos estão diretamente relacionados à destinação dos resíduos sólidos de forma adequada.

6. O papel do Ministério Público e a efetivação das políticas públicas de resíduos sólidos e saneamento básico

Há que se diferenciar a judicialização de políticas públicas da efetivação das já existentes. Conforme Barroso (2006), leva-se ao Poder Judiciário matéria de cunho dos poderes Executivo e Legislativo para decisões sobre conteúdo de relevância moral, social e política. Relaciona-se a judicialização ao ativismo judicial, que ocorre quando o Poder Judiciário supre uma omissão legislativa e concretiza questão de índole política em caso concreto.

Todavia, em certos casos, já existem políticas públicas previamente estabelecidas pelo Poder Legislativo, mas não executadas pelo Poder Executivo. Nessa hipótese, não há que se falar em judicialização de políticas públicas, e sim em efetivação das existentes.

O Ministério Público tem atribuições de defesa da ordem jurídica, dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis, conforme os artigos 127 e 129, II, da CRFB (BRASIL 1988), ao zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública à norma, o que inclui a proteção ao meio ambiente, à saúde e à educação, bem como a defesa do consumidor, tudo isso atrelado ao cumprimento de políticas públicas já definidas de resíduos sólidos e de saneamento básico.

Para esses fins, o *Parquet* dispõe de diversos instrumentos de ação extrajudicial ou judicial. Goulart (1998) explica que a atuação pode ser resolutiva ou demandista. Na primeira hipótese, o Ministério Público encontra uma solução extrajudicial ao lidar com “a complexa realidade normativa, reconhecendo-a e articulando-a com o direito positivo, no sentido de afirmar, política e juridicamente, em novos espaços de negociação, os interesses da cidadania e buscar sua efetividade”. Na segunda hipótese, utiliza-se do Poder Judiciário para as questões que lhe são postas pela sociedade. (GOULART, 1998, p. 111)

Extrajudicialmente, segundo Monteiro (2001), a coleta seletiva e a reciclagem são vantajosas para os empresários, pois trazem econo-

mia de matérias-primas e de energia nos processos produtivos. Para a sociedade, geram emprego aos catadores de recicláveis, inclusão social e renda para famílias carentes, o que confere ao poder público o benefício da diminuição de gastos com aterros sanitários.

Outro ponto favorável aos empresários é a ecorrotulagem ou rotulagem ambiental. Estimulados a fazer suas compras com maior compromisso e responsabilidade social, os consumidores acabam fortalecendo as redes de relacionamento entre os produtores e os comerciantes.

Freitas (2019) afirma que acordos setoriais entre o poder público e o setor empresarial podem viabilizar a implantação ainda incipiente dos sistemas de coleta seletiva nos planos de gestão integrada de resíduos para fins de reciclagem, sendo necessária “uma motivação em prol do meio ambiente ecologicamente equilibrado e em parceria com a população e o Estado”.

Também Singer (2002) discorre sobre a economia solidária, em que há o engajamento coletivo de fornecedores, consumidores, educadores e catadores de recicláveis, o que contribui para a democratização econômica e a satisfação das necessidades humanas, para a igualdade de oportunidades, para a preservação do meio ambiente e para a luta por justiça social e garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

A separação do lixo promove uma maior limpeza da cidade, o que evita alagamentos e ajuda o sistema de drenagem pluvial na diminuição de resíduos não aproveitados.

Conforme Oliveira (2011), a instalação de programas de coleta seletiva e reciclagem possibilita a redução do volume de lixo a ser descartado nos aterros sanitários, o que implica reduzir também para o poder público o valor pago na terceirização dos serviços de transporte e no consumo de combustíveis.

Os municípios podem utilizar-se de consórcios públicos, conforme a Lei Federal 11.107/2005 e o Decreto 6.017/2007, que esti-

mulam a instalação de unidade de triagem e compostagem, de forma que somente os rejeitos sejam enviados para o lixão. Além de aumentar a vida útil do aterro sanitário e da depreciação dos veículos, esse sistema traz economia à coleta tradicional de lixo, por diminuir o chorume e gerar composto orgânico para adubação do solo e comercialização de material reciclável.

Também a Lei 18.030, de 12 de janeiro de 2009, do Estado de Minas Gerais, a do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços Ecológico, determina maior repasse de ICMS aos municípios que possuam operação licenciada ou autorizada pelo órgão ambiental estadual de sistemas de tratamento ou disposição final de lixo ou de esgoto sanitário que atendam no mínimo a, respectivamente, 70 por cento e 50 por cento da população urbana (artigo 4.º, I, da Lei Robin Hood).

Soma-se a todos esses benefícios econômicos e sociais a diminuição de gastos com a saúde pública. Conforme Damásio (2010), os fatores ambientais associados à coleta seletiva e à reciclagem reduzem externalidades negativas sobre o meio ambiente, melhoram a qualidade ambiental urbana e restringem as pressões sobre os ecossistemas naturais de onde provêm aquelas matérias-primas virgens e demais insumos potencialmente substituíveis por material reciclado.

Desse modo, o órgão de execução do Ministério Público poderá perquirir a efetivação das políticas públicas de resíduos sólidos e de saneamento básico a fim de propor a implementação de coleta seletiva e de reciclagem, por meio de inquérito civil, com eventual realização de audiência pública, em que se pode extrajudicialmente fazer recomendação aos municípios e celebrar termo de compromisso².

2 Ministério Público do Estado de Minas Gerais, corte de atuações disponíveis em: <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/jequitinhonha-inaugura-estacao-de-coleta-seletiva.htm>
<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/municipio-de-nepomuceno-devera-regularizar-destinacao-de-lixo.htm>
<https://www.mpmg.mp.br/areas-de-atuacao/defesa-do-cidadao/meio-ambiente/noticias/tac-estabelece-medidas-para-destinacao-de-residuos-solidos-no-municipio-de-prata.htm>
<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/procedimento-instaurado-para-apurar-destinacao-do-lixo-em-manhuacu-resulta-em-projeto-de-reciclagem-no-municipio.htm>

Também a Promotoria de Justiça tem como instrumento instaurar procedimento administrativo de projeto social para desenvolver cooperativas ou associações de catadores de material reutilizável e reciclável³ a partir do gerenciamento de resíduos sólidos.

Marchi (2015) afirma que podem ser firmadas parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, como as cooperativas de material reciclável. O disposto na Lei Federal 13.019, de 2014, permite uma via criativa e promissora para a resolução de problemas sociais e institucionais dos trabalhadores dessas cooperativas.

Caso não se chegue a termo, exploram-se fundamentos normativos e jurídicos para implementar e executar as políticas públicas existentes de resíduos sólidos e de saneamento básico, concretizando-se os direitos fundamentais via tutela judicial.

8. Conclusão

Este artigo analisou a sociedade de consumo diante da produção de lixo e da sustentabilidade ambiental. Sobre o tema, perquiriu-se a coleta seletiva de resíduos sólidos e a reciclagem dentro do ordenamento jurídico por meio da interpretação sistemática da Constituição e da compreensão do papel do Ministério Público na efetivação das políticas públicas de resíduos sólidos e de saneamento básico.

<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/acao-do-mpmg-resulta-em-acordo-para-regularizar-tratamento-de-residuos-em-senhora-do-porto-comarca-de-guanhaes.htm>

<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/municipio-de-frutal-devera-garantir-inclusao-social-dos-catadores-com-regularizacao-do-aterro-sanitario.htm>

<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-e-municipio-de-bocaiuva-celebram-acordo-para-promover-inclusao-social-de-catadores-de-materiais-reciclaveis.htm> >. Acesso em: 18 nov. 2019.

3 O Decreto 7.404/2010 destinou especial atenção aos catadores de material reutilizável e reciclável, agentes importantíssimos para o sistema de coleta seletiva. Assim, no art. 44 desse decreto são listadas políticas públicas voltadas aos catadores, entre as quais a possibilidade de dispensa de licitação para a contratação de cooperativas ou associações, o estímulo à capacitação, à incubação e ao fortalecimento institucional de cooperativas. (BRASIL, 2010)

Como resultado, verifica-se que é da natureza do ser humano almejar sempre algo a mais, característica explorada pelo capitalismo em forma de consumismo, o que gera uma produção exacerbada de lixo e uma insustentabilidade do meio ambiente.

Em relação aos serviços e aos bens de consumo duráveis, produzidos em massa, há uma tendência à substituição, ao abandono ou ao aniquilamento deles. Cuida-se da chamada “obsolescência planejada ou tecnológica”, que se manifesta, por exemplo, ao priorizar o automóvel particular em vez do transporte coletivo e ao eliminar habilidades e serviços de manutenção para compelir a compra dispendiosa de produtos ou componentes novos, quando os objetos descartados poderiam ser facilmente consertados.

A praticidade e a comodidade presentes na sociedade de consumo criam um ciclo insustentável de consumismo sobre o qual os consumidores devem ser conscientizados e educados a respeito de produtos inúteis ou descartáveis, como embalagens que somente aumentam o preço dos produtos e instigam a comprar mais, bem como acerca da durabilidade e da obsolescência tecnológica, que induz o consumidor a adquirir produtos com vida útil menor, diante de “novas versões” com pequenas melhorias, por meio de influência midiática.

Assim, cabe a necessária educação e conscientização de que a coleta seletiva de resíduos sólidos e a reciclagem são formas sustentáveis de preservação do meio ambiente e de evitar problemas à saúde, além de contribuir para a mudança dos padrões atuais de produção e de consumo, com benefícios econômicos e sociais.

O estudo do arcabouço legislativo em vigor no país permite inferir que há regulamentação da coleta seletiva e da reciclagem implementada por meio de política de saneamento básico e de resíduos sólidos (Leis 11.445/2007 e 12.305/2010).

O direito à vida e ao meio ambiente equilibrado são direitos indisponíveis e fundamentais por sua natureza. A destinação dos

resíduos sólidos de forma adequada, graças à coleta seletiva e à reciclagem, concretiza a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade e a defesa do consumidor, com o objetivo de promover o bem de todos.

Para implemento da coleta seletiva e da sua reciclagem é preciso que haja o Plano Municipal de Resíduos Sólidos, para o qual o município pode utilizar instrumentos como consórcio público, contratação direta das associações ou cooperativas de catadores, incentivar o cidadão a produzir menos resíduos por meio de cobrança diferenciada que fomente a coleta seletiva, bem como subsidiar a implementação da reciclagem.

O Ministério Público tem papel essencial na efetivação das políticas públicas quando, por meio da instauração do inquérito civil e procedimento de projeto social, utiliza instrumentos extrajudiciais como recomendações, audiências públicas e termos de compromisso para os municípios realizarem a coleta seletiva e a reciclagem, conforme constam nas políticas de resíduos sólidos e de saneamento básico.

Logo, há fundamento legal para a implementação da coleta seletiva, com viés constitucional, concretizando-se direitos fundamentais indisponíveis à vida, à saúde, à proteção ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável, somando-se a defesa do consumidor e a educação, com o Ministério Público a executar as políticas públicas e a cumprir as normas em vigor.

10. Referências

Associação Brasileira de Normas Técnicas. NBR 10004. *Resíduos sólidos: classificação*. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/67992666/NBR-10004-04-Residuos-Solidos>> Acesso em: 24 fev. 2019.

AURÉLIO. Dicionário. Lixo. Disponível em: < <https://www.dicio.com.br/lixo/>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

BAUMAN, Zygm Zygmunt. *Vida para o consumo – A transformação das pessoas em mercadoria*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRAGATO, Adelita Aparecida Podadera e VEDOVATO, Luís Renato. *A proteção dos Direitos Humanos na regulação dos resíduos sólidos: o caso do Bairro Camargos em Belo Horizonte*. E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH - Belo Horizonte. Volume IX, número 2, dez. 2016 - ISSN: 1984-2716 - ecivitas@unibh.br Disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/index> e em: <<http://revistas.unibh.br/article/download/pdf8>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 fev. 2019.

BRASIL. Decreto 7.404, de 23 de dezembro de 2010. Regulamenta a Lei 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2010b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7404.htm>. Acesso em: 24 fev. 2019.

BRASIL. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 23 fev. 2019.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 23 fev. 2019.

BRASIL. Lei 9.795, de 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 23 fev. 2019.

BRASIL. Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Dispõe sobre a Política Nacional de Saneamento Básico, cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico, altera a Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm>. Acesso em: 24 fev. 2019

BRASIL. Lei 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, altera a Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2010a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm>. Acesso em: 24 fev. 2019.

CAMARGO, Raquel Moreira de Souza. *O pensamento instigante de Arthur Schopenhauer: para o alemão, o fundamento do conhecimento humano reside no próprio homem e não nas coisas que ele julga conhecer*. Revista Filosofia, v. 19, n. 19, p. 6-9, fev. 2008. Disponível em: <<http://portalcienciaevida.uol.com.br/esfi/edicoes/19/sumario.asp>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

CARCARA, Maria do Socorro Monteiro; SILVA, Elaine Aparecida da; MOITA NETO, José Machado. *Saneamento básico como dignidade humana: entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Eng. Sanit. Ambient., Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, p. 493-500, May 2019. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-41522019000300493&lng=en&nrm=iso>. access on 21 Nov. 2019. Epub, Aug. 05, 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/s1413-41522019183905>.

COSTA, Beatriz Souza et al. *Gestão e gerenciamento de resíduos sólidos: direitos e deveres*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DAMÁSIO, João. *Para uma política de pagamento pelos serviços ambientais urbanos de cooperativas e associações de catadores de materiais recicláveis*. Salvador: Pangea, 2010.

DEBORD, G. *A sociedade do espetáculo*. Prefácio à 4.^a edição italiana. Comentários. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

GOUVEIA, Nelson da Cruz. *Saúde e meio ambiente nas cidades: os desafios da saúde ambiental*. Saúde e Sociedade, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 49-61, jan./fev. 1999.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia: teoria e prática*. São Paulo: LED – Editora de Direito, 1998.

FREITAS DE ALVARENGA NOGUEIRA, Carolina Flávia. *Política nacional de resíduos sólidos, coleta seletiva e seus atores - o caso do Distrito Federal*. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 10, n. 1, p. 106-115, dez. 2014. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/617/985>. Acesso em: 21 nov. 2019. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v10n1p106-115>.

HABERMAS, Juergen. *A crise de legitimidade no capitalismo tardio*. Trad. Vamireh Chaco. Rio de Janeiro. Edições Tempo Brasileiro, 2002.

KHAMIS, Renato Braz Mehanna. *A indisponibilidade do direito fundamental à proteção do meio ambiente*. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 153-173, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1015>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

MAIA, Jorge Sobral; VIDAL, Luciana de Paula. *A importância da coleta seletiva para o meio ambiente*. 2005.

MAGNOLI, Demétrio; ARAUJO, Regina. *Projeto de ensino de geografia: natureza, tecnologias, sociedades, geografia geral*. São Paulo: Moderna. 2.ed. São Paulo, 2004.

MARCHI, Cristina Maria Dacach Fernandez. *Novas perspectivas na gestão do saneamento: apresentação de um modelo de destinação final de resíduos sólidos urbanos*. Urbe, Rev. Bras. Gest. Urbana, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 91-105, Apr. 2015.

MÉSZÁROS, István. *Para além do capital*. São Paulo: Boitempo, 2002.

MICHAELIS, Dicionário. Lixo. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/lixo/>>. Acesso em: 24 fev. 2019

MONTEIRO, J. H. P. et al. (2001). *Manual de gerenciamento integrado de resíduos sólidos*. Rio de Janeiro: Ibam.

RODRIGUES, Andréia Marize; RODRIGUES, Isabel Cristina; REBELATO, Marcelo Giroto. *Gestão ambiental e responsabilidade social: uma discussão sobre os novos papéis da gestão empresarial*. Anais do Simpósio de Administração da Produção, Logística e Operações Internacionais (Simpoi), 8. São Paulo. 2005.

SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação*. LIVRO IV. [s.l]: Unesp, 2005.

SINGER, Paul. *Introdução à economia solidária*. São Paulo: Perseu Abramo, 2002.

ZANETI, Izabel Cristina B.; SÁ, Laís Mourão; ALMEIDA, Valéria Gentil Almeida. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 24, n. 1, p. 173-192, jan./abr. 2009.

Artigo recebido em 26/09/2019.

Artigo aprovado em 06/03/2020.

DOI:

78 - 98

Artigo

**DESAFIOS DA ATUAÇÃO DO CENTRO
INTEGRADO DE ATENDIMENTO
AO ADOLESCENTE AUTOR DE ATO
INFRACIONAL DE BELO HORIZONTE:
UMA DISCUSSÃO SOBRE A
EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS
FUNDAMENTAIS**

MARINA DE CASTRO FIRMO
GENILTON RODRIGUES CUNHA
HENRIQUE RODRIGUES CHAVES PEREIRA FERRI

DESAFIOS DA ATUAÇÃO DO CENTRO INTEGRADO DE ATENDIMENTO AO ADOLESCENTE AUTOR DE ATO INFRACIONAL DE BELO HORIZONTE: UMA DISCUSSÃO SOBRE A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

CHALLENGES OF CIA/BH WORK: A DISCUSSION OVER THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS

MARINA DE CASTRO FIRMO

Especialista em Direito Urbano e Ambiental
Pontifícia Universidade Católica, Brasil
maricastrofirmo@gmail.com

GENILTON RODRIGUES CUNHA

Mestre em Saúde e Enfermagem e Bacharel em Direito
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil
genilton01@gmail.com

HENRIQUE RODRIGUES CHAVES PEREIRA FERRI

Especialista em Direito Administrativo
Pontifícia Universidade Católica, Brasil
hrcpferr@gmail.com

RESUMO: O Centro Integrado de Atendimento ao Adolescente Autor de Ato Infracional de Belo Horizonte (CIA/BH) desponta como uma política pública que procura consolidar os preceitos constitucionais ao jovem autor de ato infracional, mas é necessário refletir sobre as ações e o papel do centro na aplicação das medidas de maneira célere. Assim, objetiva-se compreender as implicações da atuação do centro integrado sob a óptica dos direitos e garantias fundamentais do adolescente autor de ato infracional, por meio de pesquisa de campo do tipo estudo de caso de cunho qualitativo e realização de pesquisas bibliográficas, documentais e entrevistas semiestruturadas com os funcionários da instituição. Verificaram-se limitações relacionadas ao orçamento disponível para a infraestrutura do órgão e para a capacitação do seu corpo técnico, impactando na aplicação de medidas e na efetivação das garantias constitucionais. Vê-se que a instituição trouxe avanços nas políticas públicas ligadas à internação e à punição dos adolescentes autores de ato infracional, como um sistema inovador que garante maior celeridade para os atores envolvidos.

PALAVRAS-CHAVE: Medidas socioeducativas; Estatuto da criança e do adolescente; Ressocialização; Atendimento; Direitos humanos.

ABSTRACT: The Integrated Center for Assistance to Adolescents Author of Infrafractional Act of Belo Horizonte (CIA/BH) emerges as a public policy that seeks to consolidate the constitutional precepts to the young author of an infraction. It is necessary to reflect on the actions and the role of the center in the application of measures quickly. Thus, the objective is to understand the implications of the integrated center's performance from the perspective of the fundamental rights and guarantees of

the adolescent author of an infraction, through field research of a qualitative case study type and conducting bibliographic, documentary and semi-structured interviews with the institution's employees. There were limitations related to the budget available for the agency's infrastructure and the training of its technical staff, impacting the application of measures and the effectiveness of constitutional guarantees. It can be seen that the institution brought advances in public policies related to the hospitalization and punishment of adolescents who committed an infraction, as an innovative system that ensures greater speed for the actors involved.

KEYWORDS: Educational measures; Child and Adolescent Statute; Resocialization; Attendance; Human rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve contextualização dos direitos da criança e do adolescente no Brasil. 2.1. O sistema nacional de atendimento socioeducativo. 2.2. O centro integrado de atendimento ao adolescente autor de ato infracional. 3. Metodologia. 4. Discussão dos achados. 4.1. O CIA/BH e a garantia dos direitos humanos e fundamentais. 4.2. Desafios enfrentados pelo CIA/BH. 4.3. A busca de superação das adversidades pelo CIA/BH. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988), artigo 227, ao tratar da criança e do adolescente, prevê que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Como público prioritário a ser protegido pelo Estado, pela família e pela sociedade, a CRFB/1988, art. 227, dá um tratamento especial à criança e ao adolescente, assim como o art. 4.º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que nas políticas públicas inclui a aplicação das medidas socioeducativas. O ECA define no inciso V do art. 88, como diretriz, a integração operacional de órgãos do Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a que se atribua autoria de ato infracional.

Conforme o inc. V do art. 88 do ECA, o Centro de Integrado Atendimento ao Adolescente Autor de Ato Infracional (CIA/BH) foi instituído por meio da Resolução-Conjunta n.º 68. Desde 2 de dezembro de 2008, em um único prédio, encontram-se a Vara Infracional da Infância e Juventude, a Promotoria da Infância e Juventude, a Subsecretaria de Atendimento às Medidas Socioeducativas (Suase) e as Polícias Militar e Civil em Belo Horizonte.

O CIA/BH, apesar do aparato legal, ainda é incipiente no atendimento integrado e multidisciplinar, que traz como pressuposto a celeridade para determinação das medidas socioeducativas a serem aplicadas para conferir a efetividade de todo o processo e garantia dos direitos humanos e fundamentais dos adolescentes autores de ato infracional.

Com vistas à efetiva ressocialização do menor infrator e à plenitude dos direitos e garantias fundamentais que lhe são assegurados pela CRFB/1988 e pelas leis que valorizam a dignidade e a proteção, buscam-se formas efetivas de atendimento de maneira eficiente e integrada dos órgãos envolvidos.

O objetivo do presente estudo é suscitar discussões a fim de compreender as implicações da atuação do CIA/BH sob a óptica das garantias fundamentais e a devida efetivação dos direitos do público prioritário das políticas públicas, que no caso é o do adolescente autor de ato infracional.

2. Breve contextualização dos direitos da criança e do adolescente no Brasil

Ao analisar o caminho percorrido pelas medidas socioeducativas na história do direito infantojuvenil brasileiro antes do advento da Constituição de 1988 (CRFB/1988), verificam-se preceitos do Decreto 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, a primeira codificação de temática exclusivamente para crianças e adolescentes, conhecida como “Código de Menores”.

O referido código consolidou a doutrina da situação irregular que, de acordo com o caderno de orientações técnicas Serviço de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto (2016), caracteriza uma estratégia para a criminalização da pobreza e higienização social, de modo que crianças e adolescentes eram responsabilizados por sua situação de vulnerabilidade.

Como resultado da mudança na visão da sociedade sobre essa situação, a CRFB/1988, artigo 227, inaugura a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, que se tornam, graças à promulgação, sujeitos de direitos frente à família, à sociedade e ao Estado que têm o dever de os proteger. Houve, porém, a necessidade de se regulamentar o que estava exposto no referido artigo. Aí surge, em 1990, a Lei 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), instrumento fundamental para a defesa dos direitos desse público.

2.1 O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo

Quando o adolescente pratica um ato infracional, conforme o artigo 103 do ECA, consolida-se a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Contudo, o artigo 112 do mesmo dispositivo legal impõe as seguintes medidas socioeducativas a quem comete atos infracionais: I) advertência, II) obrigação de reparar o dano, III) prestação de serviço à comunidade, IV) liberdade assistida, V) inserção em regime semiliberdade, VI) internação em estabelecimento educacional e VII) qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

No ECA, mesmo com os avanços apresentados, havia vácuo legal na regulamentação específica da temática do socioeducativo, de modo que, a partir de 2004, a Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), o Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) associado com o Fundo das Nações

Unidas para a Infância (Unicef) propuseram o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) com o objetivo de promover uma ação educativa no atendimento ao adolescente que cumpre medidas socioeducativas em meio aberto ou no restritivo de liberdade. (VERONSE, 2015)

A Lei Federal 12.594/2012, do Sinase, instituiu normatizações necessárias à implementação conceitual e jurídica, em todo território nacional, dos princípios consagrados nas regras mínimas para a administração da Justiça da Infância e da Juventude das Nações Unidas para a proteção dos jovens com restrição de liberdade na CRFB/1988, na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e no Estatuto da Criança e do Adolescente, referentes à execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescentes a que se atribui a prática do ato infracional.

O plano nacional busca expressar a parte operacional dos marcos legais do sistema socioeducativo por meio de uma matriz de responsabilidades e seus eixos de ação a fim de orientar o planejamento, a construção, a execução, o monitoramento e a avaliação dos planos estaduais, distrital e municipais decenais do Sinase, além de incidir diretamente no aperfeiçoamento de indicadores e na elaboração do Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, cujos princípios podem ser definidos da seguinte maneira:

1. Os adolescentes são sujeitos de direitos, entre os quais a presunção da inocência.
2. Ao adolescente que cumpre medida socioeducativa deve ser dada proteção integral de seus direitos.
3. Em consonância com os marcos legais para o setor, o atendimento socioeducativo deve ser territorializado, regionalizado, com participação social e gestão democrática, intersetorialidade e responsabilização, por meio da integração operacional dos órgãos que compõem esse sistema. (BRASIL, 2012)

Assim, o Plano Nacional do Sinase, referenciado por princípios e diretrizes que tentam nortear as propostas de superação das di-

ficuldades identificadas nas metas e nos períodos para a sua execução, essencialmente tem dois objetivos: o de instituir o sistema nacional de atendimento socioeducativo e o de regulamentar as medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional.

A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, delimitada no ECA e no Sinase, depende da articulação coordenada das ações governamentais e não governamentais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Assim, é fundamental a integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para a agilização do atendimento inicial ao adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional.

O adolescente apreendido em flagrante – destaque-se que o flagrante é pressuposto essencial para a sua apreensão – é encaminhado ao Centro de Atendimento Integrado ao Adolescente Autor de Ato Infracional (CIA/BH). Depois desse procedimento, o menor é entregue à autoridade policial, que toma as providências necessárias e convoca, nos casos em que for possível, a família ou o responsável pelo adolescente.

Em seguida, o juiz realiza a audiência imediata, na presença do promotor, defensor público, advogado e pais, e adota a remissão, que consiste em um perdão; o arquivamento, por meio do qual o processo é arquivado; a aplicação de medida protetiva. A medida protetiva, de caráter assistencial, avalia as necessidades pedagógicas, optando-se pelas que incentivem o convívio sociofamiliar das crianças em conflito com a lei. São ações e programas executados por órgãos competentes e específicos da esfera municipal por entidades governamentais e não governamentais que possam contribuir no processo de desenvolvimento educativo e saudável dessas crianças e de suas famílias. (ROSATO; LÉPORE; CUNHA, 2011, p. 296). Escolhem-se atividades que possam ser desenvolvidas em conjunto com a família, de forma coerente com as possibilidades da criança.

No atendimento ao adolescente que comete ato infracional, caso não seja possível a adoção das medidas supracitadas, o promotor oferece a denúncia (representação), e o juiz pode determinar a aplicação de medida socioeducativa em meio aberto (prestação de serviço à comunidade ou liberdade assistida) ou a internação provisória em centro de internação (lugar no qual o adolescente vai aguardar o julgamento).

A escolha da medida deve levar em conta a capacidade do adolescente de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração. Ademais, conforme o ECA, a aplicação de medidas socioeducativas deve ser realizada sem qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor, sempre em defesa dos direitos fundamentais do público-alvo da política.

O inc. V do art. 88 do ECA prevê:

Art. 88. São diretrizes da política de atendimento:

[...]

V - integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional.

Com a integração operacional de diversos órgãos, em dezembro 2008 foi criado em Belo Horizonte o Centro de Atendimento Integrado ao Adolescente Autor de Ato Infracional (CIA/BH), quando se formou uma equipe interinstitucional para dar maior agilidade à apuração da prática de atos infracionais, visando à aplicação e à execução das medidas socioeducativas.

2.2 O Centro Integrado de Atendimento ao Adolescente Autor de Ato Infracional

A integração do Sistema de Justiça Juvenil promovida pelo CIA/BH reúne o Poder Judiciário, a Secretaria de Estado de Justiça e

Segurança Pública (Sejusp), a Subsecretaria de Atendimento às Medidas Socioeducativas (Suase), o Ministério Público, a Defensoria Pública de Minas Gerais, a Polícia Militar de Minas Gerais, a Polícia Civil e a Prefeitura de Belo Horizonte.

O CIA/BH preconiza como objetivos gerais a garantia da responsabilização imediata dos adolescentes autores de ato infracional; a reinserção do adolescente no convívio familiar e social; a prevenção da reincidência (repetição de atos infracionais); a diminuição dos índices de criminalidade na comarca de Belo Horizonte.

Conforme o Regimento Interno do CIA/BH, o centro deve oferecer a infraestrutura necessária à articulação dos órgãos governamentais; garantir, dentro de um prazo razoável, atendimento e encaminhamento individualizado que preserve a dignidade ao adolescente envolvido no ato infracional; coletar e organizar os dados a respeito dos procedimentos a atendimentos prestados.

Um conselho formado por representantes dos órgãos harmonizados que atuam no CIA/BH deve auxiliar na execução de procedimentos que contribuam para a agilidade nos serviços prestados, apreciar qualquer proposta de modificação física das instalações ou de integração de novos órgãos à estrutura disponível, além de propor aperfeiçoamentos no Regimento Interno.

O CIA/BH funciona nos dias úteis, das 8h às 22h, e nos fins de semana e feriados, das 13h às 18h. Assim, o adolescente apreendido em flagrante na comarca de Belo Horizonte deve ser encaminhado ao CIA/BH e entregue, em um prazo exíguo, à autoridade policial para as providências necessárias. Em caso de permanecer em custódia provisória, o adolescente deve ficar nos alojamentos do CIA/BH, sob a responsabilidade dos agentes socioeducativos da Suase.

Tomadas as diligências iniciais, o juiz deve realizar audiência com o adolescente, na presença do promotor, do defensor público ou

do advogado particular e, se possível, dos pais ou responsáveis para definir a necessidade ou não de se aplicar uma medida socioeducativa. Nas situações em que pais ou responsáveis pelo adolescente acautelado não forem localizados ou não puderem comparecer à audiência preliminar, a autoridade judiciária deve nomear um curador especial para representar e assistir o adolescente.

3. Metodologia

O CIA/BH se trata de um caso *sui generis* como o proposto por Yin (1994), fenômeno possuidor de um caráter único ou de difícil replicação, que necessita de uma análise aprofundada.

Realizou-se uma pesquisa de cunho qualitativo, a fim de captar a percepção dos participantes do estudo acerca do funcionamento do centro e uma reflexão da política do sistema socioeducativo especificamente de Belo Horizonte, empregando-se as seguintes técnicas: análise bibliográfica, concomitantemente a uma análise documental, e a aplicação de entrevista por meio de um roteiro semiestruturado.

Na análise bibliográfica, buscou-se a visão de especialistas da área, de modo a trazer um contraponto entre o que acontece na prática e o que se discute na academia. Segundo Gil (2002, p. 44), tal metodologia compreende uma pesquisa a artigos e a livros científicos.

No que tange à análise documental descrita por Gil (2002, p. 45), como a utilização de “materiais que não recebem ainda um tratamento analítico”, foram estudadas as legislações concernentes à temática, como a CRFB/1988, o ECA e o Sinase, bem como os relatórios e as cartilhas do CIA/BH, de modo que se permita a fundamentação tendo em vista as informações ligadas diretamente ao ordenamento jurídico e à visão dos técnicos que trabalham na instituição.

No tocante à aplicação das entrevistas, foram entrevistados os agentes públicos que trabalhavam no CIA/BH durante o 2.º semestre de 2017. Graças a um modelo de questionário semiestruturado, transcorrido de maneira flexível, foi possível a captura de percepções mais profundas acerca da temática. (Quadro 1)

Quadro 1 – Relação de entrevistados CIA/BH

AGENTE (CARGO OU FUNÇÃO)	SIGLA
Defensor Público	E1
Assistente Social - Ministério Público	E2
Coordenador Administrativo - Ministério Público	E3

Fonte: Elaboração própria.

Das entrevistas emergiram três categorias empíricas: “O CIA e a garantia dos direitos humanos e fundamentais”, “Desafios enfrentados pelo CIA” e “A busca do CIA pela superação das adversidades”.

O texto, mais fluente e didático, delimitou os achados à luz da literatura vigente de uma multiplicidade de fontes não eivada por vícios, e obteve uma retratação fiel da realidade, tese corroborada por autores como Yin (1994) e Lima (2012).

4. Discussão dos achados

A criação do CIA/BH é considerada uma política pública que representa ganho para os adolescentes em conflito com a lei, pois integra instituições e órgãos correlacionados ao cumprimento, à execução, à apuração do ato infracional em si e do acompanhamento das medidas socioeducativas. Sobre a instituição do CIA, “este formato se tornou um modelo único no Brasil, e vem sendo visitado por outros países.” (E1)

As políticas públicas podem, conforme Caldas (2008), ser entendidas como um conjunto de ações e decisões do governo para a solução de problemas da sociedade. Neste aspecto, E1 corrobora que o CIA/BH implementa uma política pública avançada, pois consiste em um programa, ação ou atividade desenvolvidos pelo Estado, diretamente ou indiretamente, com a participação de entes públicos ou privados, que visam a assegurar direito de cidadania, de forma difusa ou para determinado segmento social, cultural, étnico ou econômico.

Em face desse contexto, faz-se necessário discutir as atribuições do CIA/BH direcionadas aos pressupostos direitos humanos e fundamentais e seus desdobramentos.

4.1 O CIA/BH e as garantias dos direitos humanos e fundamentais

De acordo com E1, o CIA tem por finalidade a medida socioeducativa, que pretende ser pedagógica e educativa, bem diferente do que prevê a justiça criminal comum para os adultos, que é um sistema retributivo e punitivo.

Ao adolescente acusado da prática de ato infracional são assegurados, nos artigos 106 a 109 do ECA, direitos individuais similares aos contidas no art. 5.º da CF. Conforme E1, a tônica do procedimento para apuração de ato infracional é a celeridade. Embora não tenha por escopo sanção de natureza penal por força do disposto no art. 152 do ECA, são a ele aplicadas em caráter subsidiário, ou seja, na ausência de disposição expressa do ECA (e desde que compatíveis com a sistemática por ele estabelecida e com os princípios que norteiam o direito da criança e do adolescente) às normas gerais previstas no Código de Processo Penal, com exceção do sistema recursal como, por exemplo, o inciso VI do art. 198 do ECA (que prevê a adoção, com algumas «adaptações»,

do sistema recursal do Código de Processo Civil, o que é válido, inclusive, para o procedimento da apuração de ato infracional).

No acompanhamento da execução de medidas socioeducativas, a Defensoria Pública deve estar atenta a eventual violação de direitos dos adolescentes e, se de alguma for identificada dentro do processo, usar-se-ão os recursos que a própria lei faculta. Conforme E1, há uma atuação decisiva nas questões relacionadas à infância e à juventude em Belo Horizonte de defender os direitos humanos *lato sensu*, com visão a evitar a violação de seus direitos. Acrescente-se que “de acordo com o art. 227 da CRFB/1988 o adolescente é prioridade, e os mecanismos que o protegem também devem ser tratados assim”.

Consoante a Lei 12.594/2012, é vedado à autoridade judiciária aplicar nova medida de internação por atos infracionais praticados anteriormente a adolescente que já tenha cumprido medida socioeducativa dessa natureza. Neste caso, se uma audiência de custódia não tivesse sido realizada, provavelmente o fato não seria percebido e o jovem poderia estar cumprindo uma medida irregular.

O CIA/BH, um sistema ainda incipiente, apresenta algumas lacunas no seu arcabouço, conforme relatos dos participantes do estudo.

4.2 Desafios enfrentados pelo CIA/BH

Para E2, um dos desafios a ser enfrentado pelo CIA é a não aplicação do ECA em sua integralidade, já que ele é uma lei sistêmica que precisa da atuação das esferas municipais, estaduais e federal, e isto ainda não aconteceu. A partir dessa assertiva, o entrevistado ainda questiona se a lei é eficiente.

A concretude das políticas de atenção à infância e à juventude, em especial a das medidas socioeducativas, não é efetivada plenamente. Pode-se notar que no trabalho intersetorial e de arti-

culação entre a rede socioassistencial nas suas diversas políticas sociais há desvios de verbas, falta de planejamento contínuo e de vontade política dos gestores, diálogo, recursos. Ocorre, na realidade, uma constante disputa entre o campo da política punitiva e o da positivação dos direitos no cotidiano social. Conforme E1, é uma lei de primeiro mundo, mas falta estrutura. Para E2, se tudo funcionasse de acordo com o ECA, o retorno do jovem à sociedade seria muito melhor.

Qualquer cidadão diante da violação de um direito pode buscar a orientação ou a intervenção do Ministério Público. Para E3, é recorrente a violação de direitos dentro do CIA e das casas de internação e unidades de semiliberdade:

Sempre que ocorre uma violação de direitos já é de conhecimento dos usuários que eles podem ir até a Promotoria da Defesa da Criança e do Adolescente fazer a sua denúncia; com a formalização da sua denúncia, o promotor vai ouvir as partes e tomar as medidas cabíveis. O que acontece com maior frequência aqui é agressão física e psicológica aos adolescentes perpetradas por agentes socioeducativos e por policiais (militares, civis ou guarda municipal). Nós colhemos o termo de declaração das pessoas envolvidas, ouvimos testemunhas, juntamos prova, vídeo, gravações. E como a nossa competência aqui é para adolescentes que cometem ato infracional, e essa violação não é perpetrada por um adolescente, e sim por um maior, remetemos este expediente para a Promotoria de Direitos Humanos para que ela tome frente e dê andamento à demanda.

Segundo E2, às vezes aparece um adolescente que reclama que foi maltratado por um agente. O adolescente é escutado, e o caso é apurado. Também os pais denunciam que o filho sofreu violência dentro da unidade. Para ele, existe fiscalização e é apurado e enviado à corregedoria. “Caso responsabilizado, o agente pode vir a perder seu cargo. Toda denúncia passa pelo Ministério Público e é apurada”.

E1 destaca um número ainda insuficiente de defensores para conseguir abarcar toda a demanda de atuação extrajudicial. Essa realidade é ainda mais dramática quando se faz uma análise em relação ao estado de Minas Gerais: “[...] não estamos em todas as comarcas e não temos perspectiva de atingir essa meta”.

Outra questão levantada foi a orçamentária. Para E1, é uma “batalha” a melhoria do orçamento da Instituição, pois não há um recorte específico na despesa corrente líquida do estado, um orçamento que faça frente a demandas exclusivas da Defensoria. “Disputamos orçamento com todos os órgãos do Executivo”. Para ele, “o robustecimento financeiro daria condições de fazer concursos periódicos, de remunerar de forma digna e simétrica com outras instituições, e daria estímulo para o profissional permanecer na carreira”.

“A maior dificuldade são os recursos financeiros”, corrobora E3 ao lembrar que, hoje, a maioria dos recursos que vem para investir nessa área de sistema socioeducativo fica nos grandes centros e dificilmente chegam ao interior.

Entretanto, para E2, a maior dificuldade enfrentada pelo CIA/BH é o contato com a família do menor infrator que se encontra no CIA para participar da audiência preliminar. Essa primeira audiência, uma das mais importantes, baseia a decisão do juiz. “Na maioria das vezes, o Niaf, órgão responsável por contatar a família, não consegue esse contato”. A família só aparece nas audiências posteriores, pois muitas vezes os jovens dão endereço errado ou não sabem o telefone. Assim, ele tem que ser acautelado para a audiência. Se não localizar a família de forma alguma, eles são direcionados para serem tutelados.

Na estatística desses encaminhamentos, percebe-se falha no sistema. “As informações são ainda precárias. Tem parcerias com instituições como SEST e SENAT, entre outras, mas a escolaridade é muito baixa. Muitos não sabem ler e escrever, o que torna

o aproveitamento baixo”. Ademais, complementa E2, “o espaço em que hoje os jovens são recebidos no CIA é em uma área de garagem, o que considero inadequado. Ressalto ainda, entre os principais problemas enfrentados na adoção desse modelo socioeducativo, a falta de um sistema completamente integralizado e o alto custo *per capita* de cada infrator”.

De acordo com os participantes do estudo, o CIA/BH enfrenta problemas de mão de obra insuficiente ou não qualificada para lidar com a especificidade do serviço, ausência de orçamento específico que atenda todas as demandas do órgão, bem como a garantia de um plano de cargos e salários e a realização de concursos para novas contratações. Percebem-se, ainda, falha na intimação das famílias do menor infrator para a participação na audiência preliminar e infraestrutura inadequada para o atendimento do menor, já que o trabalho é limitado a apenas algumas comarcas do estado.

Acredita-se que outras dificuldades seriam apontadas se se realizasse um estudo mais aprofundado da separação entre aquelas que pertencem ao micro ou ao macrossistema. Apesar disso, E2 mostra-se otimista com o trabalho desenvolvido pelo CIA/BH. Para ele, as medidas socioeducativas, mesmo com muito a melhorar, ainda conseguem dar uma ressignificação à vida desse adolescente.

4.3 A busca de superação das adversidades pelo CIA/BH

É consenso entre os participantes do estudo a necessidade de aperfeiçoamentos no sistema vigente, apesar de alguns avanços proporcionados pelo CIA/BH, pelo núcleo de atendimento das famílias e pelo núcleo da PBH que executa as protetivas nos centros de internação, aplicação e execução de medidas socioeducativas que têm como princípio básico o melhor acompanhamento e tratamento do menor infrator, visando à sua reinserção na sociedade, indo ao encontro dos normativos legais expressos na CRFB/1988.

E2 afirma que o Núcleo de Atendimento da Família (Niaf) foi um grande avanço na missão de garantir contato e acompanhamento da família do acautelado. Ele complementa que existe um núcleo da PBH no qual o adolescente tem acompanhamento terapêutico de saúde e psicológico de forma integral, com agendamentos para determinadas áreas, o que agiliza a execução das medidas impostas a ele e à família. “Destaco avanços na redução dos prazos: hoje o prazo das decisões é de no máximo 45 dias e, apesar de incompletas, todas estas medidas de integralização dos órgãos agilizam muito o atendimento ao jovem infrator”.

Os participantes do estudo convergem na ideia de que é necessário constante busca por melhoria e superação das adversidades. Entretanto, mais do que investir em medidas públicas de contenção e punição dos infratores, é de extrema importância atuar antes do fato consumado. Como bem pontua E1, “é necessário evoluir a educação, criar escolas em que o jovem veja nelas um local de crescimento pessoal e que o impulsiona às conquistas que ele busca”.

Corroborando, E3 explicita que hoje o menino fica à toa em casa. “Já escutei relatos que se eles tivessem as oportunidades de quando estavam internados, eles não chegariam a cometer os atos infracionais”. Diz ainda: “... se a sociedade como um todo pudesse trabalhar esses adolescentes que cometem esses atos infracionais leves, talvez esse número de 0,8% (percentual de crimes cometidos por menores) reduzisse ainda mais”. Em suma, tais políticas, caso replicadas, deveriam garantir o menor índice de reincidência em infrações penais. Se houvesse mais políticas, mais recursos voltados para essa situação, talvez o número de detentos diminuísse. “Claro que sempre existirão pessoas que vão transgredir as normas, mas acredito que poderia diminuir drasticamente o número de pessoas que as fazem”.

Ainda segundo E3, os menores que participam de centros adequados recebem um tratamento que possibilita o acesso a diversas políticas públicas que, mesmo contidas em lei e até então

desconhecidas por eles, “viram que só alcançaram porque estavam dentro de um centro de internação”.

5. Conclusão

A implementação do CIA/BH trouxe avanços ao atendimento e à tutela dos direitos da criança e do adolescente autores de atos infracionais, uma vez que permite a celeridade da prestação dos serviços necessários de recebimento e direcionamento para as autoridades responsáveis pela aplicação da medida socioeducativa.

Todo o processo de atendimento do CIA/BH é embasado na perspectiva dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, de acordo com o regimento interno, mas ainda existem lacunas quanto aos processos e atendimentos.

O modelo adotado pelo CIA/BH não cumpre plenamente as diretrizes traçadas, uma vez que ainda existem falhas no preparo para o atendimento e ainda acontecem práticas arbitrárias aos direitos protegidos, que acabam sendo infringidos por vários fatores.

Alguns aspectos do atendimento, como denúncia de maus-tratos, despreparo, falta de aplicação integral do ECA, número insuficiente de defensores especializados, ausência de destinação específica no orçamento proveniente do estado, recursos financeiros limitados ou abaixo do necessário e inexistência de políticas públicas voltadas à execução das rotinas, tornam mais difícil o atingimento dos objetivos do Centro.

Para que se avance no aprofundamento de algumas questões, é necessário o aperfeiçoamento do sistema vigente. O CIA/BH é de extrema importância para que os princípios constitucionais se cumpram. Se criança e adolescente autores de ato infracional forem tratados de maneira digna e humana, eles terão a possibilidade de cumprir medidas socioeducativas mais apropriadas às suas condições pessoais visando à reinserção de cada um na sociedade.

O CIA/BH é um espaço que deveria funcionar como ambiente de articulação dos diferentes setores responsáveis pelo atendimento inicial a fim de agilizar e tornar efetiva a responsabilização do adolescente infrator, contribuindo tanto para a prevenção da reiteração infracional quanto para a efetiva repressão do ato. Na prática, os servidores encontram limites e barreiras para tornar efetivo o trabalho.

O CIA/BH, apesar de ser um programa inovador e de referência no âmbito do tratamento de crianças e adolescentes infratores, necessita de verbas públicas destinadas à capacitação e à especialização dos servidores da área. Com a melhora no atendimento inicial, que é a porta de entrada do adolescente no sistema socioeducativo, objetiva-se resultado mais satisfatório na redução da reincidência de atos infracionais.

Em suma, muito se avançou no sistema de internação e responsabilização do adolescente autor de ato infracional. Políticas públicas como o CIA/BH são de extrema importância para que os princípios constitucionais possam ser cumpridos de maneira digna e humana, visando sempre dar prioridade à integridade do condenado em sua reintegração à sociedade. Não se pretende aqui, contudo, exaurir os estudos, projetos e ações para elucidar totalmente o assunto.

6. Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Presidência da República. 5 de outubro de 1988. Brasília, DF.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Câmara dos Deputados, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. DOU de 16.7.1990 – ECA. Brasília, DF.

BRASIL. *Caderno de Orientações Técnicas*: Serviço de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto. Ministério do Desenvolvimento Social Agrário. Brasília, Distrito Federal: Sâmia Collodetti, 2016. 106 p. Disponível em: <https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/caderno_MSE_0712.pdf>. Acesso em: 26. jun. 2019.

CALDAS, Ricardo Wahrendorff (Minas Gerais). Sebrae/MG (Org.). *Políticas Públicas Conceitos e Práticas*. Belo Horizonte: 2008. 48 p. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/nespeciais/promulher/manuais/MANUAL%20DE%20POLITICAS%20P%C3%9ABLI-CAS.pdf>> Acesso em: 27. mar. 2018.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

LIMA, João Paulo Cavalcante et al. Estudos de caso e sua aplicação: proposta de um esquema teórico para pesquisas no campo da contabilidade. *Revista de Contabilidade e Organizações*. Vitória, v. 6, n. 14, p.127-144, abr. 2012.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Defesa Social - SEDS. CIA-BH. Disponível em: <<http://www.seds.mg.gov.br/socioeducativo/cia-bh>>. Acesso em: 16. mar. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Cartilha Centro de Atendimento Integrado ao Adolescente Autor de Ato Infracional*. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/ciabh/cartilha_cia.pdf>. Acesso em: 16. mar. 2018.

PARANÁ. Ministério Público. *Estatuto da Criança e do Adolescente* - Anotado e Interpretado. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_annotado_2013_6ed.pdf>. Acesso em: 16. mar. 2018.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paula Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. ver. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

VERONSE, Josiane Rose Petry; DA SILVA LIMA, Fernanda. O sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase): breves considerações. *Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade*, v. 1, n. 1, 2015.

YIN, R. K. *Pesquisa Estudo de Caso - Desenho e Métodos*. 2 ed. Porto Alegre: Bookman, 1994.

Artigo recebido em 26/06/2019.

Artigo aprovado em 18/02/2020.

DOI:

99 - 156

Artigo

**DESMITIFICANDO O PARADIGMA
DA SOBERANIA ESTATAL CLÁSSICA
(ABSOLUTISTA?): RELEITURA
HISTORICISTA À LUZ DA SOBERANIA
DEMOCRÁTICA E DA CIDADANIA
INTEGRATIVA EM PROL DA
RECEPÇÃO/APLICAÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS/FUNDAMENTAIS PELO
ESTADO BRASILEIRO**

LUCAS ROGERIO SELLA FATALA

DESMITIFICANDO O PARADIGMA DA SOBERANIA ESTATAL CLÁSSICA (ABSOLUTISTA?): RELEITURA HISTORICISTA À LUZ DA SOBERANIA DEMOCRÁTICA E DA CIDADANIA INTEGRATIVA EM PROL DA RECEPÇÃO/APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS/ FUNDAMENTAIS PELO ESTADO BRASILEIRO

DEMYSTIFYING THE PARADIGM OF CLASSICAL STATE SOVEREIGNTY (ABSOLUTIST?):
HISTORICIST REREADING IN THE LIGHT OF DEMOCRATIC SOVEREIGNTY AND
INTEGRATIVE CITIZENSHIP FOR THE RECEPTION / APPLICATION OF HUMAN /
FUNDAMENTAL RIGHTS BY THE BRAZILIAN STATE

LUCAS ROGERIO SELLA FATALA

Mestre em Direito

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

sellafatala@gmail.com

RESUMO: Esmiúça-se o seguinte problema jurídico (Direito como ciência aberta e interdisciplinar): a desmitificação do paradigma da soberania estatal clássico-moderna, um postulado apresentado por um ilusório absoluto, capaz de fragilizar e até de podar a recepção das normas internacionais de direitos humanos/fundamentais pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro. Confrontam-se dois marcos teóricos: por um lado, a disposição normativa internacional da Convenção de Montevideú; por outro, a posição doutrinária de Malcolm Shaw. Ademais, confrontam-se duas altas cortes: de um lado, a conhecida manifestação majoritária do Supremo Tribunal Federal Brasileiro defendendo os neoconceitos de supralegalidade e infraconstitucionalidade dos direitos humanos no plano interno, enquanto que, por outro lado, a atual jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos propõe uma obrigatoriedade aos Estados de máxima eficácia nos direitos fundamentais, inclusive por meio do postulado jurídico do “controle de convencionalidade”. Após a problematização, embora enorme a gama de questões, busca-se responder a básica pergunta de como se apresenta a soberania estatal nesta transição da modernidade para a contemporaneidade, do clássico para a atualidade. Utiliza-se da revisão bibliográfica com análise de conteúdo como método de pesquisa para a argumentação jurídica, usando-se a historicidade e a nova hermenêutica para minimamente esclarecer e solidificar. Demonstra-se um novo campo harmônico que contribua para a emancipação da dignidade da pessoa humana: a ideia de soberania democrática e cidadania integrativa, um modo de ser da pós-modernidade (ou alta modernidade, ou modernidade tardia, ou modernidade líquida, entre outras nomenclaturas), em que cada indivíduo é consciente da pluralidade e ator participante e deliberativo na construção dos pilares do Estado Democrático de Direitos Humanos e Fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Soberania estatal clássica; desmitificação; supralegalidade; controle de convencionalidade; historicidade; hermenêutica; soberania democrática; cidadania integrativa.

ABSTRACT: The following legal problem (Law as an open and interdisciplinary science) is addressed: the demystification of the classic-modern state sovereignty paradigm, a postulate presented by an absolute illusory, capable of weakening and even pruning the reception of international human rights / fundamental norms by the Democratic State of Brazilian Law. Two theoretical frameworks are confronted: on the one hand, the international normative provision of the Montevideo Convention, while on the other, the doctrinal position of Malcolm Shaw. In addition, two high courts are confronted: on the one hand, the well-known majority manifestation of the Brazilian Supreme Court defending the “neo” concepts of “supralegality” and “sub-constitutionality” of human rights domestically, while on the other hand the current jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights proposes an obligation on states of maximum effectiveness in fundamental rights, including through the legal postulate of “control of conventionality”. After the problematization, although the range of questions

is enormous, we seek to answer the basic question of how state sovereignty presents itself in this transition from modernity to contemporaneity, from the classic to the present. We use the literature review with content analysis as a research method for legal argumentation, using historicity and the new hermeneutics to minimally clarify and solidify. A new harmonic field is demonstrated that contributes to the emancipation of the dignity of the human person: the idea of democratic sovereignty and integrative citizenship, a postmodern way of being (or high modernity, or late modernity, or liquid modernity, between other nomenclatures), in which each individual is aware of the plurality and participant and deliberative actor in the construction of the pillars of the Democratic State of Human and Fundamental Rights.

KEYWORDS: Classical state sovereignty; demystification; supralegality; control of conventionality; historicity; hermeneutics; democratic sovereignty; integrative citizenship.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Conflito entre Tribunais Internos e Internacionais. 2.1. A supralegalidade brasileira. 2.2. O controle de convencionalidade. 3. Primórdios e pactuações da soberania. 4. Conceitos fundamentais de Estado. 5. Soberania Anacrônica do (obsoleto?) Estado Nacional. 5.1. Estado Plurinacional e Cidadania Universal. 5.2. Soberania absoluta é costume internacional? 5.3. O Direito dos Tratados e a boa-fé objetiva. 5.4. Soberania democrática e cidadania integrativa. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Considerações iniciais

Parte-se da premissa de que o modo de vida, incluindo-se o direito (como costume e ciência), na civilização ocidental, está em crise emergencial.¹ Urge o tempo para que a sociedade internacional e os Estados em seus âmbitos internos encontrem e pratiquem os melhores métodos para dar efetividade aos direitos fundamentais. Nesse sentido, a crise indica a necessária revisitação dos institutos jurídicos concebidos na modernidade, adequando-os aos novos tempos, a uma era de democracia e dignidade da pessoa humana. A ruptura paradigmática é imprescindível nos âmbitos jurídicos interno e internacional, visando-se ao novo sentido para o Direito: um equilíbrio entre o individualismo, a coletividade e a transgeracionalidade, uma recompreensão do ser como pessoa humana e como integrante de um sistema biocêntrico.

1 “A nenhum observador atento e a nenhuma pessoa dotada de um mínimo de sensibilidade ética pode escapar o fato de que o mundo se encontra, hoje, em plena crise. [...] o radical do étimo grego – *krei* ou *kri*, o qual corresponde em latim a *cerno*, é o mesmo do verbo *krinô* [...] *Krisis* significa, assim 1) ação ou faculdade de distinguir ou discernir; 2) ação de escolher, eleição; 3) ação de separar e, figurativamente, dissentir ou contestar; 4) decisão ou julgamento. [...] Ora, justamente, o diagnóstico da crise atual aponta para uma espécie de entropia ou desordem universal, causada por carência governativa, tanto no interior das nações, quanto na esfera internacional.” (COMPARATO, 2003, p. 534-541).

Uma celeuma da atualidade vinculada à construção democrática consiste no conflito entre soberania estatal e aplicabilidade das normas internacionais de direitos humanos e fundamentais. Questiona-se se a recepção e a aplicação das normas internacionais de direitos humanos pelo Estado Brasileiro constituem lesões/violações e/ou flexibilizações e/ou exercício legítimo de sua soberania estatal.

Mais ainda: fala-se de que soberania estatal? Soberania estatal clássica? Moderna? Pós-moderna? Que tipo de soberania estatal é a contemporânea e quais são seus atuais fundamentos? A soberania clássica e seu postulado absoluto, princípio de extrema importância para formação de Estados Nacionais, continuam vigentes?

O debate sobre a força normativa interna que é imputada às normas internacionais de direitos humanos (NIDH) é tema polêmico em todo o planeta. No cenário brasileiro, as impactantes criações, posicionamentos e fundamentos dos membros do Supremo Tribunal Federal (STF), em dois julgados de 2008, constituem paradigma no assunto – o HC n. 87.585/TO e o RE n. 466.343/SP.² Entretanto, as novidades trazidas pela jurisprudência internacional, mormente, o Sistema Americano de Proteção aos Direitos Humanos, também são destaques. Enquanto a Corte Constitucio-

2 Em 3 de dezembro de 2008, o STF proferiu decisão em dois casos paradigmáticos: o *Habeas Corpus* 87.585 – *Tocantins* e o *Recurso Extraordinário* 466.343 – *São Paulo*. Em ambos os casos, o contexto fático consistiu no (in)deferimento da ordem de prisão civil de depositário infiel em alienação fiduciária, com fundamento no art. 5º, LXVII, CR/88. Este dispositivo constitucional proíbe a prisão civil, mas prevê duas exceções: o devedor de pensão alimentícia e o depositário infiel, ou seja, aquele que se recusa a devolver a coisa que lhe foi confiada em depósito. Evidenciou-se que a validade da prisão civil regulada pelo ordenamento interno estava em conflito com normas internacionais de direitos humanos pactuadas pelo Brasil, especificamente a Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San Jose da Costa Rica*) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (PIDESC). Procedimentalmente, no caso HC 87.585-TO, o *habeas corpus* chegou ao STF por razão de o Superior Tribunal de Justiça não ter admitido recurso ordinário contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que confirmara sentença com ordem de prisão civil. No caso RE 466.343-SP, o recurso extraordinário foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, no julgamento de apelação, manteve sentença de procedência em ação de depósito, a qual deixara de impor prisão civil pela dívida fiduciária. Em ambos os casos, o STF reconheceu o fenômeno da recepção dos Direitos Humanos pelo Brasil, afastando a possibilidade de prisão civil por dívida fiduciária, e, de forma unânime, concedeu a ordem no HC e negou provimento ao RE.

nal Brasileira defende majoritariamente uma denominada natureza supralegal e infraconstitucional das normas internacionais de direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) trata incisivamente do assunto como uma obrigação dos Estados em garantir a plena eficácia das disposições do *Pacto de San José da Costa Rica*, por meio do denominado “controle de convencionalidade”, proferido no ano de 2006.

Noutro confronto, prescreve o artigo 8 da Convenção de Montevideu que “nenhum Estado tem o direito de intervir nos assuntos internos ou externos de outro”. O que ocorre é que esse tratado ainda hoje é usado como modelo para a noção de Estado em todo o planeta. Com isso, passou a ser um costume, uma fonte consuetudinária de direito. Por outro lado, afirma Shaw (2010, p. 149) que essas disposições da Convenção “não são nem exaustivas nem imutáveis”.

Este estudo busca problematizar o que não é tão simples e responder com sensatez e rigor científico alguns emaranhados para a pergunta central. Porém, distante de esgotar o assunto.³

2. Conflito entre Tribunais Internos e Internacionais

Como já apresentado supra, há evidente descompasso entre ordem jurídica interna e jurídica internacional sobre a força e a natureza normativa quando da recepção/aplicação imediata das NIDH por um Estado.

2.1. A supralegalidade brasileira

No caso do Brasil, o atual entendimento do STF seguiu a corrente defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, então Presidente

3 “Não se deve nunca esgotar de tal modo um assunto, que não se deixe ao leitor nada a fazer. Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar.” (MONTESQUIEU, 2010, p. 197).

do STF, o qual sustentou no RE n. 466.343-SP a natureza de supralegalidade das NIDH adotadas pelo Brasil, reafirmando seu entendimento no voto do HC 87.585-TO. Em suma, argumentou que: a) a tensão monista/dualista entre Hans Kelsen e Karl Heinrich Triepel tornou-se “ociosa e supérflua”; b) a existência de quatro correntes sobre a hierarquia jurídica dos Direitos Humanos recepcionados pelo Estado Brasileiro: 1) a “supraconstitucionalidade”, com amparo nos estudos de Celso Duvivier de Albuquerque Mello, Ricardo Lobo Torres e Bidart Campos; 2) a “constitucionalidade”, arrimada nas doutrinas de Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan; 3) a “natureza de lei ordinária”, conforme pretendido pelo Ministro Xavier de Albuquerque em julgados do STF nos anos 70; 4) a “supralegalidade”, já prevista no art. 25 da Constituição Alemã, no art. 55 da Constituição Francesa e no art. 28 da Constituição da Grécia.⁴

Tendo afastado as demais teses, o Ministro Gilmar Mendes adotou a posição anteriormente manifestada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, a de superlegalidade ou supralegalidade das NIDH.

4 Sobre a tese de supraconstitucionalidade, o Ministro Gilmar Mendes entendeu de difícil aplicação no Brasil, um Estado fundado na teoria da supremacia formal e material da constituição, o que levaria, inclusive, à impossibilidade de exercer o controle de constitucionalidade sobre as NIDH. Explicou que “o argumento de que existe uma confluência de valores supremos protegidos nos âmbitos interno e internacional em matéria de direitos humanos não resolve o problema. A sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão ‘direitos humanos’ poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna. O risco de normatizações camufladas seria permanente”. No tocante à tese de força constitucional aos Direitos Humanos, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que “a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Reforma do Judiciário”. Para ele, *a inserção do § 3º no art. 5º da CR/88 trouxe, ao mesmo tempo, o reconhecimento da especialidade dos Direitos Humanos, mas afinçou a necessidade de prévio exame parlamentar para a validade dessas normas internacionais no Brasil, sendo imprescindível a votação qualificada*. Sobre a tese de paridade dos Direitos Humanos às leis ordinárias brasileiras, o Ministro Gilmar Mendes defendeu que tal entendimento proferido pelo Ministro Xavier de Albuquerque em 1977 (RE 80.004-SE) e seguido nos HC 72.131/RJ, ADI-MC 1.480/DF, HC 79.870-SP, HC 77.053-SP, RE 206.482-SP e RHC 80.035-SC, “se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência tornou-se completamente defasada”. Assim, defendeu a necessidade da revisão crítica da posição do STF, no sentido de reconhecer a força especial das NIDH sobre a legislação ordinária interna.

Em outros termos, “os tratados de direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico, pois equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”. Nesse sentido, concluiu que:

diante do inequívoco caráter especial dos tratados de direitos internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Para ambos os casos concretos, RE e HC em pauta, decidiu-se que as disposições do *Pacto de San José da Costa Rica* e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), 1966, se sobrepõem às leis ordinárias, afastando, assim, a viabilidade da prisão civil pelo depósito infiel. Salientou, ainda, que tais *Pactos Internacionais poderão receber status constitucional quando forem devidamente submetidos ao formalismo do § 3º, art. 5º da CR/88*.⁵

Por outro lado, o Ministro Celso de Mello apresentou, no HC n. 87.585-TO e no RE n. 466.343-SP, votos repletos de argumentações, com profundidade e amplitude na pesquisa. Reconheceu,

5 Sobre os tratados internacionais em geral, o Ministro Gilmar Mendes defendeu que, no Brasil, o consentimento materializa-se na ratificação pelo Presidente da República, precedida pela aprovação do texto do tratado pelo Congresso Nacional. Ponderou que “a aprovação pelo Congresso Nacional e a ratificação pelo Presidente da República constituem regras de importância fundamental para a validade das normas tanto no plano internacional quanto no plano interno”, e que, portanto, “a República Federativa do Brasil, como sujeito de direito público externo, não pode assumir obrigações, nem criar normas jurídicas internacionais, à revelia da Carta Magna, mas deve observar suas disposições e requisitos fundamentais para vincular-se em obrigações de direito internacional” (grifo nosso). Esse argumento foi entendido e serviu de base para toda a defesa sobre a suprallegalidade nas NIDH no ordenamento interno brasileiro, ou seja, sua posição “intermediária”, acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição.

desde logo, que o papel do STF consiste em “extrair, dessas declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia”. Argumentou sobre o processo de internacionalização e abertura constitucional, bem como a renovação ético-jurídica em favor da dignidade da pessoa humana. Destacou os compromissos firmados na Declaração e Programa de Ação de Viena e na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos dos anos 90. Revelou ter mudado sua posição anterior de que as normas internacionais de direitos humanos eram recepcionadas como legislação ordinária. Inclinou-se no sentido de que as normas de direitos humanos se revestem de natureza constitucional, enquanto os demais tratados internacionais alheios aos direitos humanos equiparam-se às leis ordinárias.⁶

Com a análise dos votos nos dois casos em pauta, HC e RE, infere-se a divergência dos Ministros do STF sobre o *status* das normas internacionais de Direitos Humanos recepcionadas pelo Brasil. As posições podem ser resumidas em dois entendimentos: A) as NIDH são de natureza “especial”, mas devem respeitar a teoria da supremacia constitucional, portanto são de maior valor que as leis ordinárias internas, mas são infraconstitucionais. Poderão, ainda, alcançar *status* constitucional se forem submetidas ao procedimento formal de emendas constitucionais, conforme § 3º do art. 5º da CR/88. Essa tese de suprallegalidade foi defendida pelos Ministros Gilmar Mendes, Carlos Britto, Ricardo Lewan-

6 Em momento oportuno, embora cautelosamente, abordou a hermenêutica pós-positivista, mas firmemente registrou que a “hierarquia constitucional” dos Direitos Humanos é largamente defendida por reconhecidos juristas, citando Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Celso Lafer, Francisco Rezek, Valério Mazzuoli, André Ramos Tavares, entre outros, bem como já praticada por alguns Estados. Ao final, apoiou-se em dois argumentos: a) a supremacia da Constituição Brasileira sobre qualquer outro ordenamento, inclusive NIDH, desde que estas sejam restritivas a direitos fundamentais reconhecidos na CR/88; b) as diferenças na compatibilização entre Direitos Humanos e ordem constitucional interna por meio do parâmetro temporal; ou seja, as NIDH ratificadas pelo Brasil antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 foram recepcionadas materialmente no bloco constitucional, por força do § 2º, art. 5º da CR/88; enquanto as NIDH ratificadas pelo Brasil após 2004 são recepcionadas como materialmente constitucionais, mas agora devem cumprir o requisito formal do § 3º, art. 5º da CR/88.

dowski, Menezes Direito, Marco Aurélio e Ellen Gracie (que reconhece a força constitucional, mas submeteu ao procedimento formal). B) as NIDH têm *status* constitucional, validadas como de “hierarquia constitucional”, ao arrimo do § 2º, art. 5º, CR/88, estando aptas, independentemente do procedimento formal do § 3º, art. 5º, CR/88, a servirem de parâmetros para o controle de constitucionalidade e para o controle de convencionalidade das leis internas. Essa posição foi defendida pelos Ministros Celso de Mello, Eros Grau, Carmem Lúcia e Cezar Peluso.

Portanto, a celeuma é evidente e, ainda, equilibrada, já que resultou conflito de entendimento entre um grupo de seis Ministros (supralegalidade) contra um grupo de quatro Ministros (constitucionalidade). Destaca-se que o Ministro Joaquim Barbosa estava, naquele momento, licenciado.

2.2 O controle de convencionalidade

O “controle de convencionalidade” é um conceito relativamente recente que representa uma tendência ainda escassa de estudos jurídicos aprofundados e críticos. No ano de 1997, em seu *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, o jurista Antônio Augusto Cançado Trindade, à época juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, já balizava as linhas para a fiscalização dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos.⁷ Em contrapartida, “os tribunais internos têm, como protetores primários, que conhecer e interpretar as disposições pertinentes dos tratados de direitos humanos”. De tal forma, ademais

7 Argumentava que a interação entre direito internacional e o direito interno trazia aspectos significativos, destacando que “os próprios tratados de direitos humanos atribuem uma função capital à proteção por parte dos tribunais internos, como evidenciado pelas obrigações de fornecer recursos internos eficazes e de esgotá-los [...]. Os atos internos dos Estados não se encontram isentos de verificação quanto ao seu valor de prova, porquanto podem não estar conformes com as obrigações internacionais dos Estados. Isto se aplica à legislação nacional assim como às decisões internas judiciais e administrativas”. (CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 410-412).

do labor exercido pelo Poder Judiciário no âmbito interno, os atos internos também são objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais quando se trata de verificar a sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos.

Discorrendo sobre a “compatibilização” das NIDH com o direito interno, Cançado Trindade (1997, p. 413-416) destaca que, além da supervisão internacional da compatibilidade das normas internas aos Direitos Humanos, é “o próprio direito interno que assume importância no processo legal internacional”, porquanto a natureza dos Direitos Humanos é de um “sistema de garantia coletiva”, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*). Não há dúvida de que cabe aos tribunais internos interpretar e aplicar as leis dos países respectivos, exercendo os órgãos internacionais, especificamente, a função de supervisão. Mas cabe, ademais,

aos tribunais internos, e outros órgãos dos Estados, assegurar a implementação em nível nacional das normas internacionais de proteção, o que realça a importância de seu papel em um sistema integrado como o da proteção dos direitos humanos, no qual as obrigações convencionais abrigam um interesse comum superior de todos os Estados-Partes, o da proteção do ser humano.

Percebe-se que Cançado Trindade vislumbrou a compatibilização como uma fiscalização ativa no plano internacional (órgãos competentes) e também no plano interno, pelo Poder Judiciário e por outros órgãos do Estado, numa ação conjunta para efetivamente garantir o cumprimento das obrigações convencionais. Para ele, as “obrigações convencionais de proteção vinculam os ‘Estados Partes’ e não só seus Governos”, cabendo ao Poder Executivo tomar as medidas administrativas e outras para cumprimento das obrigações convencionais. O descumprimento das normas convencionais acarreta imediata responsabilização internacional do Estado,

“por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário” (CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 442).

A tendência de responsabilização do Estado pela não observância, em seu plano interno, do pactuado em tratados internacionais nem sempre esteve presente nas decisões das Cortes Internacionais. Como exemplo notório, há o *Caso Linguístico Belga*,⁸ em que a Corte Europeia de Direitos Humanos julgou, em 1968, que:

... não poderia assumir a função das autoridades nacionais competentes, que permaneciam livres para escolher e tomar as providências que considerassem apropriadas nas matérias regidas pela Convenção Europeia: sua função de supervisão dizia respeito tão somente à conformidade dessas providências com os requisitos da Convenção. (CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 414)

Em contrapartida, ainda em contexto europeu, os *Casos Chipre versus Turquia* (1975) e *Irlanda versus Reino Unido* (1978) marcaram uma nova concepção sobre a obrigatoriedade no cumprimento das normas da Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, conforme sentido declarado pela Comissão e recepcionado pela Corte. O art. 1º da Convenção determina que as Partes contratantes assegurarão (*shall secure*) a qualquer pessoa sob sua jurisdição os direitos humanos nela garantidos. De tal forma, a presença de um imperativo, e não de um mero compromisso de assegurar, foi levada ao máximo em sua expressão. O imperativo de assegurar é o fundamento para responsabilizar um Estado por direitos humanos não garantidos em seu plano interno (CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 293-294).

Na América, o relatório anual de 1997 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos constatou que diversos países não efetivavam as normas da Convenção por total inoperância de seus

8 *European Court of Human Rights. Belgian Linguistic Case (Merits), judgment of 23 July 1968*, p. 35.

instrumentos internos de garantias administrativas e judiciais. No relatório de 1980 sobre a situação dos direitos humanos na Argentina, a Comissão Interamericana concluiu que se fazia necessária a atuação dos órgãos de supervisão internacionais. Posteriormente, a Comissão “relacionou a proteção dos direitos humanos com a própria organização política (interna) do Estado e o exercício efetivo da democracia”, pressionando para que os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) incorporassem a suas constituições os direitos humanos convencionalmente reconhecidos e garantidos (CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 415).⁹

Seguindo essa tendência, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos *Velásquez Rodríguez versus Honduras* (sentença de 29 de julho de 1988) e *Godínez Cruz versus Honduras* (sentença de 20 de janeiro de 1989), considerou o artigo 1º(1) da Convenção essencial para determinar a imputabilidade de violação dos direitos humanos, por ação ou omissão, ao Estado demandado.¹⁰

As decisões da Corte Interamericana passaram, então, a determinar o efetivo cumprimento das obrigações convencionais, sob pena de responsabilização do Estado violador. Para Guerra (2012, p. 348), “competem, portanto, ao Estado a responsabilidade primária e ao sistema internacional uma ação suplementar e subsidiária em relação aos direitos violados”. E a responsabilidade

9 Nos tratados e instrumentos de proteção internacional dos direitos da pessoa humana, a reciprocidade é suplantada pela noção de garantia coletiva e pelas considerações de *order public*. Tais tratados incorporam obrigações de caráter objetivo, que transcendem os meros compromissos recíprocos entre as partes. Voltam-se à salvaguarda dos direitos do ser humano e não dos direitos dos Estados, na qual exerce função-chave o elemento do “interesse público” comum ou geral superior. Toda evolução jurisprudencial quanto à interpretação própria dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontra-se orientada nesse sentido (CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 290).

10 Advertiu a Corte que os Estados-partes estão obrigados a “organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência desta obrigação os Estados devem prevenir, investigar e sancionar toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, se possível, do direito violado e, nesse caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos” (p. 68 e 72 das sentenças).

de do Estado é, agora, configurada de forma evidente quando a violação é contra *jus cogens*,¹¹ como são os Direitos Humanos (SHAW, 2010, p. 572-595).

Seguindo a doutrina jusinternacionalista no sentido de imperatividade no exercício de fiscalização dos Direitos Humanos pelos órgãos internos Estatais, além do Poder Judiciário, no *Caso Myrna Mack Chang versus Guatemala* (sentença de 25 de novembro de 2003), o Juiz Sérgio García Ramirez, em voto separado, referiu-se pela primeira vez à nomenclatura “controle de convencionalidade”. Mas foi em sentença proferida em 26 de setembro de 2006, no *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, que a Corte Interamericana iniciou tendência jurisprudencial sobre o tema. O caso em questão foi julgado na presidência do Juiz Sergio García Ramirez, contando com o Juiz Arilio Abreu Burelli como vice-presidente, e Antônio Augusto Cançado Trindade, Manuel Ventura Robles e Diego García-Sayan como os demais juízes integrantes desse colegiado. A Corte decidiu pela condenação do Estado Chileno, responsabilizado pela violação de direitos humanos do Sr. Luis Alfredo Almonacid Arellano, o qual fora assassinado em um contexto de perseguição política e cuja execução extrajudicial não foi alvo de investigação adequada nem de julgamento com base no devido processo legal, bem como o Estado Chileno manteve vigente em seu ordenamento interno o Decreto-Lei nº 2.191, o qual garantia anistia geral a diversos crimes contra a humanidade e dava a competência do julgamento à Justiça Militar daquele país. A CIDH concluiu que:

[...] considera que el asesinato del señor Almonacid Arellano formó parte de una política de Estado de represión a sectores de la sociedad civil, y representa sólo un ejemplo del gran conjunto de conductas ilícitas similares que se produjeron duran-

11 Conforme artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, “uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza”.

te esa época. El ilícito cometido en contra del señor Almonacid Arellano no puede amnistiarse conforme a las reglas básicas del derecho internacional, puesto que constituye un crimen de lesa humanidad. El Estado incumplió su obligación de adecuar su derecho interno a efectos de garantizar los derechos establecidos en la Convención Americana, porque mantuvo y mantiene en vigencia el Decreto Ley No. 2.191, el que no excluye a los crímenes de lesa humanidad de la amnistía general que otorga. Finalmente, el Estado violó el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, e incumplió con su deber de garantía, en perjuicio de los familiares del señor Almonacid Arellano, porque aplicó el Decreto Ley No. 2.191 al presente caso. [...] En vista de lo anterior, la Corte declara que el Estado violó el Artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunto con el artículo 1.1 de la misma, por otorgar competencia a la jurisdicción militar para que conozca el presente caso, ya que ésta no cumple con los estándares de competencia, independencia e imparcialidad anteriormente expuestos. (CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS, 2006a, p. 54, grifo nosso)¹²

Ao final, a CIDH declarou a imperatividade de fiscalização e controle aos órgãos internos dos Estados, e seus Poderes Judiciários, em garantir a elaboração legislativa interna de acordo com os direitos humanos reconhecidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos:

12 “[...] considera que o assassinato do Sr. Almonacid Arellano fez parte de uma política de Estado de repressão a setores da sociedade civil, e representou somente um exemplo do grande conjunto de condutas ilícitas similares que foram produzidas nessa época. O ilícito cometido contra o senhor Almonacid Arellano não pode ser anistiado conforme as regras básicas do direito internacional, posto que constitui um crime de lesa-humanidade. O Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno a efeitos de garantir os direitos estabelecidos na Convenção Americana, porque manteve e mantém em vigência o decreto-Lei nº 2.191, o qual não exclui os crimes de lesa-humanidade da anistia geral que outorga. Finalmente, o Estado violou o direito às garantias judiciais e à proteção judicial, e descumpriu com seu dever de garantia, em prejuízo aos familiares do senhor Almonacid Arellano, porque aplicou o decreto-Lei nº 2.191 ao presente caso. [...] Em visto do antes exposto, a Corte declara que o Estado violou o Artigo 8.1 da Convenção Americana, em conjunto com o artigo 1.1 da mesma, por outorgar competência à jurisdição militar para que conheça o presente caso, já que esta não cumpre com os postulados de competência, independência e imparcialidade anteriormente expostos” (tradução nossa).

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006a, p. 53, grifo nosso)¹³

Essa determinação da CIDH foi precedente no atual processo de consolidação da jurisprudência interamericana. Como exemplos, no *Caso de los Trabajadores Cesados del Congreso (Agua- do Alfaro y otros) versus Peru* (sentença de 24 de novembro de 2006), a Corte proferiu decisão semelhante ao do *Caso Almonacid Arellano y otros versus Chile*. No caso *Gomes Lund y otros versus Brasil* (sentença de 24 de novembro de 2010), a Corte consignou que todos os órgãos, incluindo juízes, de um Estado- parte estão obrigados a observar o controle de convencionalidade. No *Caso Cabrera García y Montiel Flores versus Mexico*

13 “A Corte é consciente de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas, quando um Estado ratificou um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparelho estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não sejam violados (minimizados) pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo fez a Corte Interamericana, intérprete última [principal] da Convenção Americana” (tradução nossa).

(sentença de 26 de novembro de 2010), a Corte, por unanimidade de votos, confirmou sua consolidada jurisprudência sobre o controle de convencionalidade.

Avançando ainda mais, no *Caso Gelman versus Uruguay* (sentença de 24 de fevereiro de 2011) e no *Caso Fontvecchia y D'Amico versus Argentina* (sentença de 29 de janeiro de 2011), a Corte proferiu que todos os órgãos dos Estados-membros, incluindo os juízes, devem exercitar *ex officio* o controle de convencionalidade, ou seja, a observância das normas internas e das normas internacionais de maneira concomitante, ao arrimo do artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos.¹⁴

Pelo exposto, todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por filtros de validade, ou, como entende Mazzuoli (2009, p. 114, grifo do autor) em seus estudos originários no Brasil:

dois níveis de aprovação: (1) a *Constituição e os tratados de direitos humanos* (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado; e (2) os *tratados internacionais comuns* também ratificados e em vigor no país. No primeiro caso, tem-se o controle de convencionalidade das leis; e no segundo, o seu controle de legalidade.

Extraí-se das decisões da Corte acima apresentadas que o Estado está obrigado a compatibilizar suas normas internas com os

14 Vale citar que em 2008, em estudos originários sobre o tema, o jurista mexicano Ernesto Reis Cantor (2008 apud GUERRA, 2012, p. 360), em sua tese *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, defendeu “a nova competência da Corte Interamericana para aplicar o controle de convencionalidade sobre o direito interno [...]”. Mas não apenas isso, também que o controle de convencionalidade distingue-se no *âmbito internacional e nacional*, sendo que este segundo âmbito constitui-se na atuação dos juízes internos em aplicar a Convenção ou outro tratado ao invés de utilizar o direito interno, mediante um exame de confrontação normativo (material) em um caso concreto, elaborando uma sentença judicial protetiva dos direitos da pessoa humana (CANTOR, 2008 apud GUERRA, 2012, p. 361). Para Cantor (2008 apud GUERRA, 2012, p. 361), “Este seria um controle de caráter difuso, em que cada juiz aplicará este controle de acordo com o caso concreto que será analisado”.

direitos assegurados na Convenção e que o efeito das normas internas contrárias acaba mitigando os efeitos da Convenção. *Numa melhor hermenêutica aplicada ao cenário brasileiro, os efeitos gerados por normas internas contrárias à Convenção são nulos e/ou anuláveis, já que violadores da força “supralegal” garantida pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, pode-se defender que a validade e eficácia das leis ordinárias brasileiras somente se concretizam, produzem efeitos, com a estreita observância das NIDH ratificadas por nosso país. A mera entrada em vigência (existência) da lei infraconstitucional, em que pese seu cumprimento ao processo legislativo adequado (aspecto formal), não é suficiente para sustentar sua validade (aspecto material), pois esta dependerá da análise jurídico-social após sua publicação, ou seja, sua aplicabilidade em casos concretos que determinarão os parâmetros do controle de convencionalidade na espécie em pauta.* A negativa dessa prática é o retorno ao positivismo fechado e meramente legalista, incompatível com a hermenêutica constitucional para os direitos humanos e fundamentais, bem como contrária aos princípios do Estado Democrático de Direito.¹⁵

De tal forma, o controle de convencionalidade consiste na fiscalização das leis ordinárias internas, em sentido *lato*, para adaptá-las ao teor normativo dos tratados internacionais que receberam garantia de compromisso pelo Estado-parte. Percebe-se que o controle de convencionalidade não indica requisitos para a titularidade de sua aplicação, compreendendo-se que todo o Estado, portanto, toda a Administração Pública (Poder Público), é responsável por essa observância.

15 A relação de eficácia entre NIDH, constituição e leis infraconstitucionais internas poderá resultar em duas situações: a) quando a lei infraconstitucional anterior confronta os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns), estes prevalecem pela força da supralegalidade e a lei interna conflitante é revogada, parcial ou totalmente; b) quando a lei infraconstitucional posterior é contrária aos tratados internacionais, estes prevalecem pelo controle de convencionalidade (para tratados de direitos humanos) e pelo controle de legalidade (para tratados que não sejam de direitos humanos), e a lei ordinária lesiva é, embora vigente, inválida e ineficaz.

O raciocínio de Mazzuoli (2009, p. 129) é convincente quando afirma que “para realizar o controle de convencionalidade ou de legalidade das normas infraconstitucionais, os tribunais locais não requerem qualquer autorização internacional”. Tal controle passa, doravante, a ter também caráter difuso, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode se manifestar a respeito. À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio, os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional – podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis internas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país.

*Entretanto, a evidente viabilidade de controle de convencionalidade no âmbito difuso não afasta a possibilidade do controle de convencionalidade no âmbito concentrado.*¹⁶

As próprias Cortes Internacionais são responsáveis originais pela interpretação dos tratados internacionais em que mantêm jurisdição. Em exemplo, o artigo 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos indica que a Corte Interamericana é competente para responder as consultas propostas por Estados-membros sobre a interpretação dessa Convenção ou de

16 E essa é a verdadeira e mais adequada interpretação do sentido do § 3º do artigo 5º da Constituição brasileira. A previsão de um procedimento para declarar *status* constitucional aos tratados internacionais não deve ser interpretada como óbice para a efetivação dos direitos humanos e internacionais, mas como a autorização aos legitimados para exercerem o controle de convencionalidade concentrado em relação a esses tratados. Nesse sentido, Mazzuoli (2009, p. 137) defende que os tratados de direitos humanos podem ter sido ou não aprovados com o quórum qualificado que o art. 5º, § 3º, da Constituição prevê. Caso não tenham sido aprovados com essa maioria qualificada, seus *status* serão de norma (apenas) materialmente constitucional, o que lhes garante serem paradigma de controle somente difuso de convencionalidade; caso tenham sido aprovados (e entrado em vigor no plano interno, após sua ratificação) pela sistemática do art. 5º, § 3º, tais tratados servirão também de paradigma do controle concentrado de convencionalidade.

A legitimidade de todos os órgãos do poder público em garantir a conformação das leis ordinárias nacionais com os tratados internacionais (direitos humanos e outros) em que o Brasil seja signatário não diz respeito apenas à observância do teor dos tratados, mas também à observância da interpretação dos tratados realizada pelas Cortes Internacionais, principalmente as Cortes de Direitos Humanos em seu exercício hermenêutico de competência originária.

outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos.¹⁷

Agregue-se, ainda, que as mesmas NIDH possuem determinações que impedem a interpretação de seu teor de forma lesiva ao que elas mesmas determinam. Esse é o caso do artigo 29 do *Pacto de San José da Costa Rica*.¹⁸

Pelo exposto, a não observância, pelo poder público (inclusive o poder judiciário), do teor das NIDH e da interpretação dessas normas pelas Cortes Internacionais acarretará em descumprimento dos direitos humanos, com a consequente responsabilização do Estado violador e sua obrigação de reparar ao máximo o dano produzido, tanto para o caso concreto específico quanto para o futuro.

Ademais, *a Corte Interamericana e a Convenção Americana de Direitos Humanos estão em similitude com os demais sistemas regionais (europeu e africano) e com o sistema universal de proteção internacional dos direitos humanos*. A essência dos direitos humanos e fundamentais não deve encontrar óbice em dissonâncias interpretativas entre as diferentes comunidades internacionais.¹⁹ Shaw (2010, p. 296) disserta com precisão que,

17 Nesse aspecto, argumenta Shaw (2010, p. 296) que o artigo 64 confere ao Tribunal uma jurisdição consultiva sobre a interpretação da Convenção Americana e de outras convenções que tratem da proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. A Corte, por meio de seus pareceres consultivos, tratou de diversas questões de relevância e adotou o ponto de vista de que o objetivo da Convenção é integrar os sistemas regional e universal de proteção aos direitos humanos, e que, portanto, qualquer tratado de direitos humanos de que os Estados americanos forem signatários pode ser tema de um parecer consultivo.

18 “Artigo 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.”

19 Não se trata aqui de afastar o sempre construtivo debate multiculturalista para os direitos humanos, mas, sim, de evidenciar a necessária existência de um núcleo mínimo de direitos humanos que gozam de valor universal.

numa declaração que manifesta a nítida influência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o *Tribunal Interamericano afirmou que os tratados de direitos humanos têm natureza diferente da dos demais tratados multilaterais, uma vez que não têm por foco um intercâmbio recíproco de direitos em vista do benefício mútuo dos Estados contratantes, mas sim a proteção dos direitos básicos dos indivíduos. Constituem obrigações erga omnes, e não referentes somente a alguns outros Estados.*

Portanto, nota-se um conflito de forças entre o entendimento do Tribunal Constitucional Brasileiro e as Cortes Internacionais de Direitos Humanos. No plano fundo, não há dúvida, reina um paradigma: a soberania estatal clássica, um dogma do absolutismo, algo a ser sabatinado, como será adiante.

3. Primórdios e pactuações da soberania

A instituição do Estado Democrático de Direito e o reconhecimento da construção democrática pela cidadania participativo-deliberativa (MacPhersson-Habermas) permitem a revisão de todos os elementos conceituais do “Estado”. O reconhecimento internacional de um Estado parte das concepções modernas fundantes de normatizações ilustradas nas disposições da *Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados* e da *Comissão de Arbitragem da Conferência Europeia sobre a Iugoslávia*.²⁰ Todavia, é a *Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados*, pactuada em Montevideu/Uruguai em 26 de dezembro de 1933, ainda vigente, o principal paradigma para o reconhecimento internacional dos estados no cenário internacional.²¹ Com efeito, no *first report* do Comitê

20 “A Comissão de Arbitragem da Conferência Europeia sobre a Iugoslávia, em seu Parecer nº 1, declarou que ‘o Estado é comumente definido como uma comunidade formada por um território e uma população sujeitos a uma autoridade política organizada’, e que ‘a característica de tal Estado é a soberania’.” (SHAW, 2010, p. 148).

21 “*Within the ambit of international law, a state is understood to be composed of four essential elements: a defined territory, a permanent population, a government, and a capacity to conduct international relations. These elements impart a certain mutual*

de Reconhecimento/Não Reconhecimento da Associação de Direito Internacional (ILA), Saliba²² (2012, p. 6) constata essa situação:

Despite the fact that only sixteen States have ratified the Montevideo Convention (1933), its formulation of the elements necessary to form a State are widely employed in diplomatic practice and referred to in academic works. The reports of Australia, Austria, Japan, South Africa, Tanzania and the United Kingdom - none of which is a party to the Montevideo Convention - all mentioned the Montevideo Convention and its four elements as relevant criteria for the recognition of States. It comes as no surprise that Brazil or the United States - which are parties to the Montevideo convention - also utilize it. As one looks into the responses presented by the national reporters, one may see that even in cases where there was no express mention of the Montevideo Convention, there was substantial overlap between the criteria used by different countries and the Montevideo formula.^{23 24}

exclusivity among states that we know as sovereignty, one of international law's most important principles." (JANIS, 1999, p. 183). "No âmbito do direito internacional, um Estado é entendido como composto por quatro elementos essenciais: um território definido, uma população permanente, um governo, e uma capacidade de conduzir as relações internacionais. Esses elementos conferem um certo consenso entre os Estados sobre a soberania, um dos mais importantes princípios do direito internacional." (tradução nossa).

22 Aziz Tuffi Saliba é *rapporteur* do Comitê *Recognition/Non Recognition in International Law* e autor de relatórios disponíveis em: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1032>. Aziz Tuffi Saliba também é mestre e doutor em Direito, autor de diversos artigos e livros, professor e pesquisador catedrático da Universidade Federal de Minas Gerais, foi professor e pesquisador da Universidade de Itáua.

23 "Apesar do fato de que apenas dezesseis membros ratificaram a Convenção de Montevideu (1933), a sua formulação dos elementos necessários para formar um Estado são amplamente utilizados na prática diplomática e referida nos trabalhos acadêmicos. Os relatórios da Austrália, Áustria, Japão, África do Sul, Tanzânia e Reino Unido – nenhum dos quais é signatário da Convenção de Montevideu – todos mencionaram a Convenção de Montevideu e seus quatro elementos como critérios relevantes para o reconhecimento dos Estados. Não é surpresa que o Brasil ou os Estados Unidos – que são partes na Convenção de Montevideu – também a utilizem. Quando se observam as respostas apresentadas pelos relatórios nacionais, pode-se ver que, mesmo nos casos em que não houve menção expressa da Convenção de Montevideu, houve sobreposição substancial entre os critérios utilizados por diferentes países e a fórmula Montevideu" (tradução nossa).

24 A Convenção de Montevideu foi originariamente assinada pelos Estados de Honduras, EUA, El Salvador, República Dominicana, Haiti, Argentina, Venezuela, Uruguai, Panamá, México, Paraguai, Guatemala, Brasil, Equador, Nicarágua, Colômbia, Chile, Peru e Cuba, sendo posteriormente ratificada por dezesseis países (Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba,

Em seu artigo 1º, a Convenção traça as características essenciais do Estado para seu reconhecimento como pessoa de Direito Internacional: população permanente, território definido, governo e a capacidade de entrar em relações com outros Estados. A interpretação desses elementos estatais é feita a partir dos princípios inscritos nos artigos subsequentes da Convenção: a igualdade jurídica (art. 4), a jurisdição territorial (art. 9), a conservação da paz (art. 10) e a soberania (art. 8). O princípio da soberania estatal é expresso na Convenção como *“ningún Estado tiene derecho de intervenir en los asuntos internos ni en los externos de outro.”* (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1933, art. 8, grifo nosso).²⁵ A reserva feita pelo governo dos EUA, sob a gestão do presidente Franklin Delano Roosevelt, quando da pactuação de Montevideu, indica, claramente, a então vigente concepção de soberania como um apriorístico poder “absoluto e intransponível”, pois, *“el gobierno de los Estados Unidos se opone, tanto como cualquier otro gobierno, a toda ingerencia en la libertad, la soberania u en otros asuntos internos o procedimientos de los gobiernos de otras naciones”* (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1933, on-line, grifo nosso).²⁶

Afirma Shaw (2010, p. 149) que essas disposições da Convenção “não são nem exaustivas nem imutáveis”, portanto a revisão histórica e sua releitura (hermenêutica renovada) são novamente imprescindíveis, pois é o transcurso temporal que permitirá constatar mutações, tanto restritivas quanto ampliativas, nas concepções de soberania da modernidade clássica e da contemporaneidade.

Equador, El Salvador, EUA, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, República Dominicana e Venezuela). Cf: Organização dos Estados Americanos (OEA). *Convención sobre Derechos y Deveres de los Estados (Convención de Montevideo de 1933)*. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-40.html>. Acesso em: 15 jan. 2015.

25 “No state has the right to intervene in the internal or external affairs of another.” “Nenhum Estado tem o direito de intervir nos assuntos internos ou externos de outro.” (tradução nossa).

26 “O governo dos Estados Unidos se opõe, tanto como qualquer outro governo, a toda ingerência na liberdade, na soberania ou em outros assuntos internos ou procedimentos dos governos de outras nações.” (tradução nossa).

A pactuação da *Carta Magna Inglesa*²⁷, no ano de 1215, costuma ser demarcada como a concepção ou como um primórdio da soberania clássica. A celebração da Carta Magna redefiniu a soberania daquele momento, em que um monarca feudal com poder ilimitado sobre condados e ducados passa a ter seu poder real limitado pela garantia de direitos individuais de liberdade, propriedade e devido processo legal. A pressão externa e a iminência de invasão francesa sofrida pelo Príncipe João obrigam o monarca inglês a proteger seu poder no plano internacional por meio da legitimação jurídica do poder interno. Com efeito, a reagregação dos barões feudais ingleses permitiu a resistência à invasão estrangeira. As duas faces, interna e externa, da soberania clássica estavam então forçadas.

A doutrina da soberania nacional teve grande contribuição de Hugo Grotius, influenciando as posições assumidas no congresso internacional que promoveu a Paz de Westfália em 1648 e que estabeleceu os princípios básicos das relações internacionais. Grotius sistematizou o Direito Internacional, desenvolvendo e ampliando o conteúdo do *jus gentium* de regras comuns aos povos em normas que regem a comunicação entre as nações, transformando o conceito. Para Grotius, a soberania é o poder político que é exercido por uma pessoa determinada, cujos atos são indiscutivelmente legais diante de qualquer vontade humana (DIAS, 2013, p. 126-137).

Grotius logrou separar a teologia do direito internacional, deixando claro que a concepção de uma lei divina era desnecessária para o estudo dessa área. Observou que a lei da natureza seria válida mesmo que Deus não existisse, voltando a basear-se exclusivamente na razão. Entretanto, é evidente que os conceitos

27 “Redigida em latim bárbaro, a *Magna Charta Libertatum seu Concordiam inter regem Jobannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae* (Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês) foi a declaração solene que o rei João da Inglaterra, também conhecido como João Sem Terra, assinou, em 15 de junho de 1215, perante o alto clero e os barões do reino.” (COMPARATO, 2003, p. 69). “O documento que a maioria dos autores considera o antecedente direto mais remoto, das Declarações de Direitos, é a Magna Carta da Inglaterra, de 1215.” (DALLARI, 2012, p. 206).

do direito, assim como os da política e de outras disciplinas, são representações no mundo da realidade e refletem preocupações da época em que são concebidos. Nenhuma teoria é elaborada no vácuo; pelo contrário, todas são concebidas e desenvolvidas num ambiente social e cultural definido (SHAW, 2010, p. 19-20).

Pois é nesse contexto histórico de formação dos Estados Modernos que surge a concepção clássica de soberania, um poder absoluto no âmbito territorial da jurisdição de um governo estatal, oponível, ao que parece, *a priori*, contra tudo e contra todos. Essa concepção ganha mais força quando é associada ao pensamento político dos Estados-nações, vinculado ao sentimento patriótico, proveniente das épocas revolucionárias do século XVIII.

4. Conceitos fundamentais de Estado

Para Azambuja (2008, p. 69), a soberania do Estado é considerada geralmente sob dois aspectos: interno e externo. A soberania interna corresponde ao poder do Estado, nas leis e nas ordens que edita para todos os indivíduos habitantes de seu território e para as sociedades formadas por esses cidadãos. A soberania externa significa que, nas relações recíprocas entre os Estados, não há subordinação nem dependência, e, sim, igualdade.

Segundo Kelsen (2000, p. 364-365), soberania é o “poder do Estado ao qual o povo está sujeito, e o poder estatal nada mais é que a validade e a eficácia da ordem jurídica”. Soberania é “uma qualidade desse poder, uma autoridade que é a fonte de obrigações e direitos”.

Para Janis (1999, p. 184), “*a sovereign state is one that is free to independently govern its own population in its own territory and set its own foreign policy*”.²⁸

28 “Um Estado soberano é aquele que é livre para governar de forma independente a sua própria população no seu próprio território e definir sua própria política externa.” (tradução nossa).

Conforme Bonavides (2010, p. 125), “soberania interna é a superioridade do poder político frente aos demais poderes sociais, que lhe ficam sujeitos, de forma mediata e imediata, enquanto soberania externa é a manifestação independente do poder do Estado perante outros Estados”.

Para Dallari (2012, p. 259), o mundo é uma sociedade de Estados, na qual a integração jurídica dos fatores políticos ainda se faz imperfeitamente. Do ponto de vista jurídico, o Estado é uma pessoa jurídica de direito público internacional, quando participa da sociedade mundial. Na prática, entretanto, apesar de todas as restrições dos teóricos e dos próprios líderes políticos, o reconhecimento de um Estado como tal não obedece a uma regulação jurídica precisa, ficando na dependência da comprovação de possuir soberania. Com efeito, independentemente de atos formais de reconhecimento, o que se exige é que a sociedade política tenha condições de assegurar o máximo de eficácia para sua ordenação num determinado território e que isso ocorra de maneira permanente, não bastando a supremacia eventual ou momentânea. Assim, pois, o que distingue o Estado das demais pessoas jurídicas de direito internacional público é a circunstância de que só ele tem soberania. Esta, do ponto de vista interno do Estado, é uma afirmação de poder superior a todas as demais; sob o ângulo externo, é uma afirmação de independência, significando a inexistência de uma ordem jurídica dotada de maior grau de eficácia.

Pela concepção clássica, então, um dos elementos de formação estatal, juntamente com uma população e com um território definido, é a soberania, a *summa potestas* das relações internacionais entre as nações. A soberania consiste na expressão de poder de um estado e seu povo, a qual não reconhece, *a priori*, outro poder acima, a soberania exprime o mais alto poder do Estado, a qualidade de poder supremo, e se apresenta com duas formas distintas: a interna e a externa. A soberania interna significa o *imperium* que o Estado exerce sobre o território e sobre a população; a soberania externa, por sua vez, consiste na independência do Estado de qualquer outro poder que lhe seja exterior.

A soberania clássica representa, assim, um poder originário de formação que é legitimado por uma supremacia jurídica para dentro e para fora de seus limites territoriais. A somatória desse poder supremo legitimado (soberania) à sua delimitada área geográfica é a pedra fundamental do Estado moderno. Assim, na soberania clássica, o poder do Estado não é delegado, não deriva de nenhum outro, origina-se em si mesmo, é independente, ou seja, é um poder supremo.

Atualmente, problematiza-se essa concepção; por um lado, pela existência de uma ordem internacional e que vem limitando os poderes dos Estados;²⁹ por outro lado, pela crescente importância no cenário global de outros atores políticos, como as cidades, as organizações não governamentais e as empresas. Estudos críticos sobre soberania se tornam cada vez mais necessários, principalmente por força do processo de globalização, assim como das mudanças na estrutura das relações internacionais. Como afirma Dias (2013, p. 137):

o fato é que, embora o Estado Nacional continue sendo a forma mais importante de organização política da sociedade internacional e o principal depositário do poder da lei, esse Estado nacional e sua principal característica simbólica, a soberania nacional, estão sendo cada vez mais questionados.

5. Soberania anacrônica do (obsoleto?) Estado Nacional

Há um desdobramento em duas vertentes do significado de “Estado Nacional”. No sentido tradicional, refere-se a um Estado territorial sobre o qual o povo que nele vive, a Nação, tem um poder soberano. Esse é o sentido do Estado Nacional que surgiu com a Revolução Francesa e, em parte, com a Revolução Americana.

29 “O direito internacional compõe-se de normas que, originadas de atos de Estado – isto é, de órgãos competentes para isso, conforme ordenamentos jurídicos únicos – para a produção de regras de relacionamento entre Estados, ou seja, através do costume. São as normas gerais de direito internacional, pois estabelecem direitos e obrigações para todos os Estados. Entre elas, a de significado mais especial, está a que comumente se designa pela fórmula *pacta sunt servanda*. Ela autoriza a comunidade jurídica internacional a regulamentar sua conduta, isto é, a conduta de seus órgãos e súditos, por meio de tratados.” (KELSEN, 2012, p. 181-182).

Trata-se de uma definição política, e não étnica ou linguística, do Estado: é um povo que escolhe seu governo e decide viver sob determinada Constituição e determinadas leis. O outro significado do termo é mais recente e consiste na ideia de que todo Estado territorial pertence a um povo específico, definido por determinadas características étnicas, linguísticas e culturais – e que isso constitui a Nação. Segundo essa ideia, apenas a Nação pertence ao Estado nacional, e todos os outros não passam de minorias que, embora vivam no mesmo local, não fazem parte dessa Nação. Para Hobsbawm (2000, p. 31), “ambos os tipos de Estado nacional estão em crise”.³⁰

O Estado tornou-se capaz de definir cada vez mais a área e a população sob seu controle, passou a acumular um volume crescente de informações relativas à sua soberania e ampliou cada vez mais sua eficiência em termos administrativos. Em outras palavras, o Estado acumulou conhecimento, conquistou poder, alargou suas ambições e o espectro de suas intervenções, e assumiu mais responsabilidades. Quando seu processo alcançou seu ápice em meados do “Século Breve” (século XX), muito pouco permaneceu fora do controle do Estado. Para Hobsbawm (2000, p. 39-42), “essa tendência parece ter chegado a seu limite. É preciso, no entanto, deixar algo bem claro: não é poder do Estado que foi restringido, pelo menos em teoria”. Na realidade, o grau de vigilância hoje possível é o maior e mais agressivo de toda a história, mas “o Estado de fato perdeu, em certa medida, seu monopólio sobre os meios de coerção. A mudança é que hoje os cidadãos estão menos dispostos do que antes a obedecer às leis do Estado”.

Nesse viés, defende Shaw (2010, p. 101) que, no mundo de hoje, o Estado cumpre uma função complexa. De acordo com a teo-

30 “Creio que estamos diante da inversão de um processo secular, a longa onda histórica de construção e fortalecimento gradual dos Estados territoriais ou Estados Nacionais no sentido político do termo. Essa tendência dominou o mundo desenvolvido pelo menos desde o séc. XVI e até por volta da década de 1960.” (HOBSBAWM, 2000, p. 38).

ria do direito, todos os Estados são soberanos e iguais. Mas, na realidade, “com a fabulosa expansão das comunicações e do conhecimento, e com o lembrete constante das rivalidades globais, nem mesmo o mais poderoso dos Estados pode ser completamente soberano”. A interdependência faz com que praticamente “qualquer ato de um Estado tenha profunda repercussão no sistema como um todo e nas decisões a serem tomadas por outros Estados”. A realidade limita, na prática, o conceito de soberania e intensifica a necessidade de “uma coordenação global de assuntos tão diversos quanto a política de combate aos problemas econômicos, os perigos ambientais e a ameaça do terrorismo”.

5.1. Estado Plurinacional e Cidadania Universal

A ideia de uma união nacional como fundamento do Estado, em que pese ser relevante para a unificação dos objetivos básicos de um povo que se autodetermina,³¹ vai de encontro à principal característica da democracia contemporânea real: sua pluralidade. O conceito de Estado Nacional está, gradualmente, sendo substituído pela evidente expansão multinacional, transferindo a ideia da união nacional para a constatação do “Estado Plurinacional”.

A aceitação do “Estado Plurinacional” é o reconhecimento da qualidade fundamental do Estado como sendo Democrático de Direito. Por consequência, impõe-se a tarefa de rever os institutos jurídicos internos para a reconstrução do Direito arrimado

31 “Não seria exagero, pois, afirmarmos que o nacionalismo tem sido um componente-chave da modernidade, um instrumental crucial para conferir sentido às sociedades contemporâneas, marcadas pela impessoalidade, grande heterogeneidade e em rápida transformação. Em uma primeira aproximação, pode-se caracterizar o nacionalismo, *grosso modo*, como um sentimento de identidade coletiva, ou de entendimento comum e partilha de valores, experimentado por pessoas que, como bem afirma Benedict Anderson (1991), talvez nunca se encontrem ou se conheçam, mas estão persuadidas de que pertencem todas a uma dada ‘comunidade de espíritos irmanados’. Sem este peculiar sentimento de identidade e pertença coletiva, dificilmente poder-se-ia começar a falar dos grandes Estados integrados cuja existência acompanhou o desenvolvimento da modernidade ocidental.” (PAMPLONA, 2005, p. 187-188).

no Estado Democrático. Ao mesmo passo, torna-se imprescindível a compreensão e a divulgação do Direito Internacional e suas relações político-jurídicas engendradas na atualidade. O Direito Internacional, ademais de ciência própria, busca a realização de um ideal categórico, um novo *ethos*, a civilidade máxima das gentes, a qual se pode denominar “cidadania universal”.³²

Nesse contexto, a “cidadania universal” constitui-se pela organização de um Direito criado, nas palavras de Hans Kelsen (2012, p. 140), pela “comunidade jurídica universal”.³³ Os ideais emergidos com Kant ainda perduram, pois se deseja ardorosamente a continuidade da paz internacional.³⁴

32 “*El actual reconocimiento de la centralidad de las condiciones de vida de todos los seres humanos en la agenda internacional del siglo XXI corresponde a un nuevo ethos de nuestros tiempos. Tal concepción, a su vez, corresponde, en nuestros días, a la búsqueda continuada de la realización del ideal de la civitas máxima gentium, visualizado y cultivado por los fundadores del Derecho Internacional. Con ésto, volvemos a los Orígenes del Estado nacional, el cual fue concebido y existe para el ser humano, y no vice-versa. [...] El Estado fue efectivamente concebido para la realización del bien común, y no se puede invocar su ‘soberanía’ para intentar justificar violaciones del derecho a la vida y del derecho a la integridad de la persona humana.*” (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 126). “O atual reconhecimento da centralidade das condições de vida de todos os seres humanos na agenda internacional do século XXI corresponde a um novo *ethos* dos nossos tempos. Tal concepção, por sua vez, corresponde, em nossos dias, à busca continuada da realização do ideal de *civitas máxima gentium*, visualizado e cultivado pelos fundadores do Direito Internacional. Com isto, voltamos às Origens do Estado nacional, o qual foi concebido e existe para o ser humano, e não vice-versa [...] O Estado foi efetivamente concebido para a realização do bem comum e não se pode invocar sua ‘soberania’ para tentar justificar violações do direito à vida e do direito à integridade da pessoa humana.” (tradução livre).

33 “Se se aceitar que não existe apenas um único ordenamento jurídico estatal, mas que existe uma pluralidade deles, coordenador e com a validade juridicamente delimitada, em plena vigência, reconhece-se que é o direito internacional positivo que realiza essa coordenação dos ordenamentos jurídicos únicos e a delimitação recíproca de seu âmbito de validade, então deve-se conceber o direito internacional como acima dos ordenamentos jurídicos pertencentes a uma comunidade jurídica universal; com isso, a unidade de todo o direito é assegurada num sistema escalonado consecutivo.” (KELSEN, 2012, p. 140).

34 “Kant defende, ainda, a ideia de confederação dos Estados livres como forma de alcançar a paz internacional. [...] É, pois, dever dos Estados pactuar entre si o fim das hostilidades de acordo com a razão, estabelecendo a comunidade jurídica internacional. Kant fala, então, em uma ‘liga das Nações para a paz’, algo bastante semelhante com a atual Organização das Nações Unidas.” (CASTILHO, 2012, p. 135).

Mas, em verdade, em que pese o ativismo jurídico internacional, movimentado por indivíduos e organizações,³⁵ que se faz perceber na atualidade, o ordenamento internacional ainda encontra diversas dificuldades, permanecendo, até o momento, um tanto quanto distante do desejado Estado mundial previsto por Hans Kelsen.³⁶ Com efeito, diversos são os Estados contemporâneos que ainda não desmitificaram as ideologias da modernidade e vivem a soberania estatal de uma época em que os direitos individuais e coletivos nem sequer haviam sido estudados e debatidos com a profundidade merecida. Ainda há Estados que vivem em regimes quase anárquicos ou totalitários, distantes da abertura política e jurídica para a consolidação democrática participativo-deliberativa por uma cidadania ética de construção continuada.³⁷

35 “Os direitos civis e políticos comportam o processo de reclamação ou petição individuais a um organismo internacional, que pode resultar de uma garantia-coletiva criada pelos Estados-Parte de uma convenção sobre direitos humanos. Já os direitos econômico-sociais e culturais, pelas suas características de ‘objetivos’ a serem realizados progressivamente por uma coletividade, através da ação estatal, são menos suscetíveis de aplicação imediata. Por isso, o acompanhamento de sua tutela, no plano internacional, não cuida normalmente da reparação ou do problema da violação individuais, como é o caso dos direitos civis e políticos, mas geralmente se faz através de relatórios sobre situações prevalentes que afetam grupos ou coletividades humanas e que são discutidos e examinados por um organismo internacional.” (LAFER, 1999, p. 129).

“Organizações Não Governamentais, frequentemente referidas como ‘ONG’, são entidades privadas que atuam de muitas formas, denunciando violações graves de Direitos Humanos, fazendo a divulgação dos documentos internacionais relacionados com esses direitos, promovendo estudos e pesquisas visando o aperfeiçoamento de sua proteção e promoção também apresentando sugestões às organizações oficiais especializadas, inclusive à ONU. Várias ONGs são formalmente reconhecidas pela ONU e já exercem influência nas decisões dessa entidade representativa dos Estados, o que significa que os povos, diretamente, estão atuando na ordem internacional, buscando suprir as deficiências da ação estatal e eliminar as injustiças e a violência que impedem a humanidade de viver em paz.” (DALLARI, 2012, p. 212).

36 “Todo o movimento técnico-jurídico aqui apontado tem como última tendência apagar a linha fronteira entre o direito internacional e o ordenamento jurídico estatal singular, de modo que apareça, como meto final da evolução jurídica real, dirigida à crescente centralização da unidade organizada de uma comunidade universal de direito mundial, ou seja, a formação de um Estado mundial. Atualmente, porém, não se pode falar disso ainda.” (KELSEN, 2012, p. 187).

37 “Técnicamente, os Estados vivem em situação de anarquia, pois, embora exista uma ordem jurídica em que todos se integram, não existe um órgão superior de poder, a que todos se submetam. Este aspecto, aliás, já foi percebido no começo deste século, e pelo reconhecimento dessa deficiência é que, nos últimos tempos, têm sido criadas muitas organizações internacionais dotadas de um órgão de poder. Esta é uma inovação importante, que modifica profundamente os termos do relacionamento entre os Estados.” (DALLARI, 2012, p. 260)

Embora haja, atualmente, reiteradas críticas às propostas científicas de Kelsen, mormente pelo seu alinhamento à escola positivista, seus estudos são, desde aquele momento, visionários para a construção do Direito Internacional, não como mero ordenamento de Estados, mas como uma normatização universal de toda a comunidade internacional. Kelsen já espancava o “dogma da soberania”.

O dogma da soberania estatal, com o primado do ordenamento jurídico estatal singular que dela resulta, corresponde inteiramente àquele conceito subjetivo que, em sua consequência última, cai na ótica do solipsismo, que quer conceituar o indivíduo singular, ou seja, o ‘eu’, como centro do mundo, e por isso, este último como vontade e representação do ‘eu’. Ao radical subjetivismo estatal se opõe o primado do ordenamento jurídico internacional, como expressão de uma ótica especificamente objetiva do mundo e do direito. [...] Na verdade, não são os Estados singulares, como se costuma acentuar, sob a influência do dogma da soberania, mas a comunidade dos Estados ou, mais exatamente, a comunidade de direito internacional que produz o direito originado de tratados internacionais; assim como é o Estado, que por meio de órgãos estatais produz o direito estatal. (KELSEN, 2012, p. 193 e 203)

Hans Kelsen (2012) afirma categoricamente que uma das mais importantes contribuições da Teoria Pura do Direito é “a relativização estatal” e, por consequência, o posicionamento do Estado como instância jurídica intermediária e a dissolução teórica do dogma da soberania como instrumento principal da ideologia imperialista e direcionado contra o direito internacional. Para Kelsen (2012), a soberania absoluta é fraco argumento político e não alcança a força de um argumento jurídico, já que não se apresenta logicamente válida.³⁸

38 “A Teoria Pura do Direito relativiza o Estado. Reconhece-o como grau jurídico intermediário e consegue assim seu entendimento de que, desde a comunidade de direito internacional universal, que abrange todos os Estados e as comunidades jurídicas neles incluídas, e numa sequência contínua conduz, gradualmente, as formações jurídicas transitórias umas às outras. A dissolução teórica do dogma da soberania desse instrumento principal da ideologia

5.2 Soberania absoluta é costume internacional?

Para Touscoz (1993, p. 140), os Estados não detêm um poder ilimitado ou absoluto, pois suas competências são condicionadas pelo Direito Internacional, além das numerosas convenções que limitam o exercício de sua competência.

As numerosas convenções a que se refere Touscoz constituem uma das fontes do Direito Internacional: os tratados. Porém, há outra fonte que necessita de observância nesta problemática da soberania estatal: o costume. Em síntese apresentada por Lupi (2009, p. 25): a) o costume se forma pela soma de dois elementos: um objetivo, a prática geral, e outro subjetivo, a *opinio juris*; b) a prática compõe-se de atos dos Estados e das Organizações Internacionais; c) a *opinio juris* diferencia o costume do uso, que não é obrigatório; d) a prova da norma costumeira incumbe a quem a alega em seu favor.³⁹

Ora, poder-se-ia inferir, considerando o consenso de diversas doutrinas sobre o traço de poder supremo da soberania estatal, que, na prática, é um incontestado costume o exercício da imunidade jurisdicional absoluta entre os Estados. Porém, na linha hermenêutica de desmitificação dos conceitos modernos, Sali-

imperialista, dirigida contra o direito internacional, é uma das mais importantes contribuições da Teoria Pura do Direito. Embora de maneira alguma o tenha obtido com intenção política, pode, não obstante, ter efeitos políticos, pois remove um obstáculo político que se opõe, de modo quase intransponível, a todo aperfeiçoamento técnico do direito internacional, a toda tentativa de uma centralização progressiva do ordenamento jurídico internacional. A Teoria Pura do Direito resiste a uma argumentação que esclarece uma evolução desse tipo como incompatível com a natureza do direito internacional ou com a essência do Estado, ou seja, com tudo o que deve expressar o conceito de soberania. Ela desmascara a tentativa de dar, com o auxílio desse conceito de argumento apenas político, a aparência de um argumento lógico, que não pode ser refutado a não ser com um argumento igualmente contrário, cuja natureza fosse irrefutável. [...] Nesse sentido, pode-se dizer que a Teoria Pura do Direito, ao assegurar a unidade gnoseológica a todo o direito pela relativização do conceito de Estado, cria um pressuposto significativo para a unidade da organização de um ordenamento jurídico universal centralizado." (KELSEN, 2012, p. 204-205).

39 "O costume é um dos temas centrais da Teoria do Direito Internacional. Fonte de importância na prática judiciária e das relações internacionais, destaca-se por sua abrangência. Com efeito, o costume pode ser e é, no mais das vezes, fonte do Direito Internacional Geral, isto é, daquele Direito obrigatório para todos os sujeitos de Direito Internacional." (LUPI, 2009, p. 23).

ba (2010, p. 30) esclarece com extrema precisão que o próprio “dogma da imunidade jurisdicional absoluta entre os Estados” jamais se apresentou, na verdade, como um costume, muito menos como uma “sólida norma costumeira”.

Saliba (2010, p. 30-32, grifo do autor) argumenta que

A origem da imunidade jurisdicional é objeto de controvérsia. Parte considerável da doutrina assevera que a imunidade teria suas raízes na independência e na igualdade dos Estados e que, em princípio, seria absoluta. Se os países são independentes e iguais, um Estado não poderia submeter, às suas cortes, outro país: *par in parem non habet imperium*. Atentaria-se contra “sua soberania e sua independência vê-lo como demandado”. A imunidade cobriria toda a atuação estatal, o que lhe conferiria caráter absoluto. Contudo, a maior participação do Estado em setores que haviam sido, até então, alocados primordialmente para a iniciativa privada, teria levado a um abrandamento da imunidade, já na primeira metade do século XX. Passou-se a distinguir entre os atos de império e os de gestão. Os atos de império seriam os próprios do ente soberano, enquanto os de gestão seriam aqueles de natureza comercial ou de direito privado.

Segundo Saliba (2010),

a dissonância desta versão é mais bem formulada pelo professor Michael Byers, da Duke University. Segundo Byers, é uma crença geral que quando a doutrina de imunidade relativa se tornou uma norma consuetudinária de Direito Internacional, na metade do século XX, alterou-se o costume preexistente em que se garantia imunidade absoluta de jurisdição aos Estados. No entanto, tal crença seria errônea e a existência de imunidade absoluta não passaria de um mito.

Conforme Saliba (2010, p. 31-32),

Para que se possa configurar uma norma costumeira de Direito Internacional, é necessário que se tenha uma “prática geral aceita

como sendo o Direito”, nos precisos termos do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Na primeira decisão proferida pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) no caso Haya de la Torre⁴⁰, em que contendiam Peru e Colômbia, em questão concernente ao asilo diplomático, afirmou-se que a prática revelava “tantas incertezas e contradições”, “flutuações e discordância” e “influências políticas” que se impossibilitava discernir um uso uniforme e uma aceitação constante, susceptível de servir de base ao costume. [...] resta patente que a imunidade absoluta de Estados não configurou costume, no sentido jus-internacionalista do termo, quanto mais uma “sólida regra costumeira” [...]. A suposta norma consuetudinária era, na verdade, um mito – uma crença equivocada que custou a vários indivíduos a adequada prestação jurisdicional.

Segundo Shaw (2010, p. 210), a norma básica de direito internacional, que nega aos Estados o direito de intervir nos assuntos internos de outros Estados, é uma consequência da igualdade e da soberania estatal e reflete-se no artigo 2º(7) da Carta das Nações Unidas. Porém, na seara dos direitos humanos, essa norma passou por um processo de reinterpretação. Os Estados já não podem invocar essa norma para obstar o exame crítico, por parte da comunidade internacional, de situações ligadas aos direitos humanos. No âmbito do costume como fonte de direito internacional, Saliba (2010) demonstra acima que a soberania ou imunidade absoluta de um Estado nem sequer se consolidou como de uso continuado. Nesse ponto, Shaw (2010, p. 212) argumenta que os direitos humanos, esses sim, são atualmente protegidos, além dos tratados internacionais e regionais, também pelo direito internacional consuetudinário, consolidado pela prática dos

40 O caso foi julgado em 1950 pelo Tribunal Internacional de Justiça. No ano anterior, um dirigente político peruano, Victor Raul Haya de la Torre, obteve asilo na embaixada da Colômbia em Lima, Peru. O embaixador colombiano solicitou ao governo do Peru que permitisse a saída de Haya de la Torre do país, justificando que a qualificação do asilado era de refugiado político. O governo peruano não aceitou o direito avocado pela Colômbia em tipificar unilateralmente a ofensa do asilado. Na Corte, a Colômbia argumentou ser um costume esse direito do Estado que concede asilo e, portanto, um dever do Estado territorial. Mas, como o ônus probatório recai sobre quem alega a prática costumeira, e não tendo sido suficientemente demonstrada pela Colômbia, a Corte deu razão ao governo peruano.

Estados, com ênfase na proibição da tortura, do genocídio, da escravidão e no princípio da não discriminação.

5.3 O Direito dos Tratados e a boa-fé objetiva

Nesse cenário de evolução do Direito Internacional, uma gigantesca conquista foi a pactuação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), 1969, a qual foi ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 2009, juntando-se aos outros 109 membros da comunidade internacional, na chamada “convenção sobre convenções”.

A CVDT é um dos mais relevantes instrumentos normativos de Direito Internacional (SALIBA, 2011, p. V)⁴¹. Todavia, a problemática para o futuro está, sem dúvida, na interpretação a ser efetuada quando da aplicação dessa Convenção aos casos concretos.⁴² A própria CVDT, em seu artigo 2º, definiu “tratado” como sendo “um

41 A ratificação brasileira veio acompanhada de duas reservas, relativas aos artigos 25 e 66 da CVDT. Sobre o tema, a reserva consiste, em regra, na possibilidade de os Estados, ao se tornarem parte num tratado, rejeitar as cláusulas pelas quais não desejam se obrigar. Tal procedimento permite a um maior número de Estados integrarem um instrumento convencional. Até a década de 1950, a posição predominante é que a reserva de um Estado deveria ser aceita de forma unânime pelos demais Estados-partes, mas a CVDT trouxe, em seus artigos 19 e 20, as definições de situações que impedem a formulação de reservas: a) quando a reserva é expressamente proibida pelo tratado; b) quando o tratado arrola quais as reservas podem ser feitas, entre as quais não figure a reserva em questão; c) quando a reserva é incompatível com o objeto e a finalidade do tratado (SALIBA, 2011, p. 107-117).

42 A seção 3 da CVDT ocupa-se em determinar o método interpretativo de tratados. O artigo 31 apresenta regras gerais de interpretação, o artigo 32 cuida de meios suplementares de interpretação e o artigo 33 normatiza a interpretação de tratados autenticados em dois ou mais idiomas.

“Um dos problemas permanentemente enfrentados por juízes, tribunais e advogados, tanto no âmbito do direito interno quanto na esfera do direito internacional, é a questão da interpretação. [...] No tocante ao direito internacional, há três abordagens básicas à interpretação de tratados. A primeira centra-se no próprio texto do acordo e enfatiza a análise dos termos utilizados. A segunda encara as intenções das partes que adotam o acordo como a solução para as cláusulas ambíguas, e pode ser denominada escola de interpretação subjetiva, em contraposição à abordagem objetiva da escola mencionada em primeiro lugar. A terceira abordagem adota uma perspectiva mais abrangente que as outras duas e propõe que o objeto e a finalidade do tratado sejam o pano de fundo mais importante em relação ao qual o significado de qualquer cláusula específica deve ser avaliado. Essa escola teleológica de pensamento acaba por colocar em evidência o papel do juiz ou árbitro.” (SHAW, 2010, p. 693).

acordo internacional concluído entre Estados sob a forma escrita e regido pelo direito internacional, quer consubstanciado num único instrumento, quer em dois ou mais instrumentos relacionados, e qualquer que seja sua designação específica”.⁴³ Assim sendo, as Convenções de Direitos Humanos, incluindo a Americana (*Pacto de San Jose da Costa Rica*), constituem-se em tratados multilaterais e estão sob os efeitos normativos do Direito dos Tratados.⁴⁴

Dois artigos da CVDT são essenciais para a superação da soberania estatal clássica da modernidade como poder absoluto: os artigos 26 e 27. Por primeiro, a regra costumeira do *pacta sunt servanda* foi expressamente reconhecida e se tornou orientadora na observância dos tratados internacionais; conforme artigo 26 da CVDT, “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”. O princípio da boa-fé é fundamental para todo o direito dos tratados,⁴⁵ e evidenciou-se, nas palavras de Macedo (2011, p. 181), na “condição de metanorma”. Para Macedo (2011, p. 183-189), a boa-fé foi reafirmada na CVDT, pois a Carta da ONU já a expressava em seu art. 2.2. A boa-fé consiste em um estado subjetivo de espírito (boa intenção), é sinônimo de razoabilidade para o exercício interpretativo e tem caráter objetivo como princípio geral do Direito. A boa-fé não é mero valor moral vago e desprovido de qualquer eficácia normativa, pois traduz normas de caráter mais geral e remete a outras provisões

43 “O próprio termo ‘tratado’ é o mais usado no contexto dos acordos internacionais, mas há diversas palavras que podem ser, e às vezes são, usadas para expressar o mesmo conceito: protocolo, ato, carta, convênio, pacto e concordata.” (SHAW, 2010, p. 672).

44 No cenário de autonomia procedimental para a celebração de tratado, dois elementos são mais nítidos e sólidos para a validade dos pactos: a representação do Estado por pessoa natural identificável com plenos poderes e o consentimento, este por meio de assinatura, intercâmbio de instrumentos, ratificação ou adesão. Não há dúvida de que os requisitos foram cumpridos no compromisso do Brasil com a CVDT e com as Convenções Internacionais de Direitos Humanos, inclusive a Americana.

45 “O princípio fundamental do direito dos tratados é sem dúvida a proposição de que são de cumprimento obrigatório para as partes envolvidas e devem ser celebrados de boa-fé. Essa norma é chamada de *pacta sunt servanda*, e pode-se afirmar que é o princípio mais antigo do direito internacional.” (SHAW, 2010, p. 671).

na própria CVDT e a outros documentos legislativos com obrigações bastante precisas. O artigo 26 incide sobre o momento da execução de um tratado, pois o texto está válido e em vigor, o que significa que se encontra apto a produzir efeitos jurídicos, ou seja, a boa-fé, que é um imperativo do direito internacional, quando aplicada no direito convencional para a execução de tratados, torna-se *pacta sunt servanda*, e este é aplicado a todos os tratados e a todo o tratado, inclusive anexos e apêndices.

Por segundo, o artigo 27 da CVDT dispõe que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”, positivando a solução para um dos mais antigos conflitos do direito internacional, sua aplicabilidade sobre o ordenamento interno dos Estados. Para Macedo (2011, p. 191-197), com essa norma, a parte de um tratado se obriga a assegurar que os seus órgãos de direito interno executem as provisões ali dispostas, aplicando-se até mesmo se as normas internas tiverem *status* constitucional. Ademais, em conjunto com o artigo 29,⁴⁶ o artigo 27 obriga um Estado federal a assegurar a observância do tratado em cada unidade constitutiva.

A normatização positiva da aplicabilidade do direito internacional sobre o ordenamento interno dos Estados é marco de superação da celeuma profundamente debatida entre teorias monistas e dualistas sobre a recepção das normas de direito internacional pelos países.⁴⁷ Em verdade, o artigo 27 é a efetiva gênese norma-

46 “Artigo 29. Aplicação Territorial de Tratados. A não ser que uma intenção diferente se evidencie do tratado, ou seja estabelecida de outra forma, um tratado obriga cada uma das partes em relação a todo o seu território.”

47 “Falar em nações monistas ou dualistas consiste, a rigor, num contra-senso. Em verdade, o que alguns Estados buscavam ao fazer esse tipo de escolha era a liberdade legislativa de poder emitir uma norma contrária a um compromisso internacional previamente assumido – visto que nenhum tratado internacional num país dualista poderia ser considerado *self-executing*. Ainda assim, para o artigo 27 da CVDT, não interessa qual a hierarquia que um tratado, depois de internalizado, recebe de um país; interessa apenas cumpri-lo. O referido dispositivo estabelece tão somente uma obrigação de resultado, e não importa o mecanismo que o direito interno irá utilizar para esse fim, quer exista ou não a incorporação automática” (MACEDO, 2011, p. 195).

tiva sobre a fiscalização exercida pela comunidade internacional, inclusive indivíduos, no cumprimento dos conteúdos pactuados pelos Estados. É este artigo que primordialmente fundamenta o atualmente debatido e praticado, nas academias e nas cortes, “controle de convencionalidade”.

Fato é que, na prática atual, “não há maiores oposições das populações contra o fenômeno multinacional dos Estados” (HOBBS-BAWM, 2000, p. 43), e “alguns Estados tentam, com todo afã, abrir mão de direitos soberanos para que sejam integrados em formações supra-estatais” (PAMPLONA, 2005, p. 203). Contudo, as violações de direitos humanos são também evidentes na prática, consumados, em sua grande maioria, pelos próprios Estados. Ao que parece, o cenário globalizante tem extrema pertinência com essa situação.

5.4 Soberania democrática e “cidadania integrativa”

Há, certamente, um descompasso entre os valores “além das fronteiras” trazidos pela globalização e os ideais políticos da modernidade clássica. Para Hobsbawm (2000, p. 70), a globalização, a despeito de seu êxito, ainda é limitada pela existência dos Estados e do poder estatal, isso porque a globalização não é um processo universal que atua da mesma forma em todos os campos da atividade humana. Ainda que se possa dizer que há uma tendência histórica natural para a globalização nas áreas da tecnologia, comunicação e economia, isto certamente não vale para a política. “São aspectos diferentes do mundo, aspectos que não se desenvolvem de maneira similar.”

Para Guimarães (2013, p. 87-92), o pensamento político moderno requer transformações imediatas para acompanhar a dinâmica do cenário mundial, a qual é impulsionada pelo fenômeno da “transnacionalidade”. Para ele, as transformações observadas na sociedade, especialmente a partir dos fins dos anos 80, tanto

na ciência e na tecnologia, como nas relações econômicas e de produção, além do fim da Guerra Fria, causaram

fissuras no paradigma de Estado moderno, que já não atenderá às demandas da contemporaneidade, seja porque sua estrutura organizacional colide com a dinâmica da economia e das regulamentações globalizadas, seja porque a pura e simples reivindicação de soberania (como poder total e incontestável) impõe entraves no relacionamento dos Estados. (GUIMARÃES, 2013, p. 93)

Nesse sentido, há debates emergindo no sentido de renovação do “contrato social”, mas agora no âmbito transnacional globalizado.

Contudo, adverte Touscoz (1993, p. 141) que, nessa sutil dialética entre política e Direito, o principal argumento válido da resistência dos Estados ao Direito Internacional consiste na habilidade das potências mundiais em invocar os nobres princípios de Direitos Humanos para interferirem nos assuntos internos dos Estados mais fracos e para influenciarem seus regimes de modo a poderem dominá-los.

Certo é que, se o Direito Internacional reconhece e protege os princípios da ordem democrática, não define com precisão esse regime político, admitindo indiferentemente as democracias meramente majoritárias ou populares. O primeiro passo foi dado pelo Conselho da Europa (Tratado de Maastricht), o qual se comprometeu a respeitar as regras da democracia pluralista, mas, ao mesmo tempo, a respeitar as regras da economia de mercado (TOUSCOZ, 1993, p. 142-143).⁴⁸

48 Chevallier (2009, p. 266-267) revela a importância da cidadania europeia para a superação do Estado Nacional, mas também aponta seus efeitos ainda *brandos e subsidiários*: “A implantação da cidadania europeia coloca em questão a concepção tradicional da cidadania, na medida em que ela questiona a exclusividade de sua vinculação ao Estado-Nação: ilustrando a passagem a uma cidadania plural, ela alimenta o processo de reavaliação precedentemente evocado [...] A importância de Maastricht é dupla; de uma parte, o Tratado dissipa qualquer incerteza, instituindo explicitamente ‘uma cidadania da União’; por outra parte, essa proclamação conduz ao reconhecimento de novos direitos, de natureza política. Entretanto, essa cidadania permanece uma cidadania mínima, na medida em que ela é apenas de superposição e se caracteriza por uma fraca densidade”.

Nesse imbricamento entre democracia e mercado, um prognóstico um tanto pessimista sobre o que o futuro reserva é apresentado por Hobsbawm (2000, p. 194), o qual defende que, do ponto de vista da tecnologia, o próximo século continuará a celebrar o triunfo do gênio humano; em termos econômicos, ele será mais rico; e talvez seja capaz de se adaptar ao novo ambiente e de aprender a usar as enormes forças a sua disposição sem se destruir. Porém, não vê com clareza o futuro das relações políticas e culturais entre os seres humanos, pois grande parte das soluções e das estruturas que foram herdadas do passado foi destruída pelo dinamismo extraordinário da economia na qual se vive. E isso está lançando um número crescente de homens e mulheres numa situação em que não podem mais recorrer a regras claras, perspectivas, senso comum; uma situação em que não se sabe mais o que fazer, tanto no plano individual como no coletivo. Isso vale para uma instituição como a família, mas também para todas as instituições políticas que constituíram os fundamentos do processo de civilização daquilo que Habermas chamou de “esfera pública”.⁴⁹ Política, partidos, jornais, organizações, assembleias representativas e Estados: nada mais funciona da maneira como costumava funcionar, e na qual se supunha que continuaria funcionando por um longo tempo. Para Hobsbawm, o futuro é obscuro.

Essa tendência pessimista de uma “tecnodemocracia” ou “democracia de mercado” poderá ser combatida pela reforma do aparato estatal e pela reforma institucional que garanta a existência de um espaço público democrático com a atuação, neste, de grupos de interesses representados. Conforme Barral (1992), um rápido diagnóstico demonstraria que estas reformas variam desde a exigência de legislação eleitoral até a adesão a tribunais internacionais que punam os atentados aos Direitos Humanos e aos

49 Singelamente, o princípio da democracia, segundo Habermas, supõe a legitimidade do processo de construção do direito a partir da participação racional de todos os concernidos no processo de normatização discursiva (HABERMAS, 2010b).

demais interesses difusos da sociedade. Ao lado disso, deve-se atentar para que a profissionalização política (cultura arraigada no cenário brasileiro) não impeça a construção de espaços políticos paraestatais. No âmbito externo, Shaw (2010) explicita os temas (reformas, mudanças, transições) mais comumente debatidos nas reuniões das principais comissões de direitos humanos:

Tentou-se resolver a questão da coerência entre um número cada vez maior de órgãos de direitos humanos na ONU através de um sistema de reuniões anuais entre os presidentes dos comitês criados por tratados. Temas preocupantes têm sido discutidos nessas reuniões: a necessidade de encorajar os Estados a ratificar todos os tratados de direitos humanos; o problema das reservas a esses tratados; a tentativa de estabelecer o princípio de que os Estados sucessores são, desde a data da independência e sem necessidade de confirmação, automaticamente vinculados pelas obrigações de direitos humanos assumidas por seus antecessores; a formulação de novas normas e instrumentos; a promoção da educação em direitos humanos. (SHAW, 2010, p. 256)

A tendência dos assuntos em debate demonstra a vontade unificada na promoção e proteção dos direitos humanos e fundamentais, sobrepondo-se ao dogma da soberania absoluta estatal, um conceito obsoleto a ser substituído pela soberania democrática.

Noutro giro, o conceito de “democracia” também mereceu a devida revisão nos últimos anos. A “democracia individualista” do Estado Liberal e a “democracia popular” do Estado-providência foram, paulatinamente, sendo ultrapassadas pelas soluções para a derrocada das “elites de poder”, por meio da comunidade participativa, e pela ideia de povo como comunidade linguística ativa, representada essencialmente pelo pensamento de Habermas sobre a “democracia deliberativa”. Na leitura de Habermas por Chevallier (2009, p. 224-225), os procedimentos formais próprios da democracia representativa tendem a ser reforçados por um *momento deliberativo*, situado em momento anterior: antes

que as orientações sejam decididas, conviria contornar as diferentes formulações dos problemas, explicitar as preferências e as rejeições dos atores sociais, evidenciar as zonas de aceitação e os terrenos de compromisso. Trata-se de explorar “a pluralidade de mundos”, previamente à “instituição de um mundo único”. O modelo deliberativo, em suma, é fundado sobre uma dupla crença: uma é nas virtudes da abertura do jogo político, outra é nas virtudes da discussão e sua racionalização da decisão, garantindo legitimidade no consenso.

O povo, hoje, deve representar a cidadania de participação ativa, por meio de representação compromissada e responsável, e pelo exercício direto deliberativo em um “espaço público” isento de relações de domínio e de poder excludente. Nesta pesquisa, opta-se, sem maiores pretensões e apenas para fins propedêuticos, pela qualificação integrativa para a democracia contemporânea. Explica-se: a) integratividade é a ação de integrar, de reunir, de tornar uno o que está fragmentado; b) se é ação, é atividade, portanto, é participar da construção; c) se a natureza é de integridade, o íntegro refere-se à postura ética renovada, firmada na dignidade do ser humano; d) se a busca é de integridade para o ser humano e para o mundo da humanização, necessário o esclarecimento, a conscientização e a educação nessa seara, tornando os cidadãos em atores da construção democrática deliberativa; e) a ideia de integridade não colide com o fato do pluralismo, mas distintamente, supera a ideia de democracia majoritária, pois integração leva implícito o imperativo de conduta na proteção das minorias, objetivando o equilíbrio sensato e benevolente na convivência humana.

6. Considerações Finais

O conceito clássico de soberania está atualmente submetido a um processo de questionamentos em duas frentes: uma de

âmbito supranacional e outra de âmbito infranacional. A soberania como qualidade de poder estatal absoluto foi mitigada e problematizada pela existência de uma ordem internacional que vem limitando os poderes dos Estados; e, por outro lado, pela crescente importância no cenário global de outros atores políticos, como as cidades, as organizações não governamentais e as empresas. Os fenômenos mundiais de globalização econômica, confrontos culturais, aproximação de fronteiras (distâncias e pessoas) pela tecnologia de comunicação e transporte, prevalência dos direitos humanos, internacionalização do direito interno estatal, abertura constitucional, superação de Estados Nacionais por Pluri ou Transnacionais; todos são elementares para a revisão da soberania estatal moderna. Essa somatória de dados fornece elementos para uma ponderação final crítica.

Ainda, aprofundou-se na força vinculante dos tratados internacionais para com o comportamento dos Estados em seus planos internos. O novo postulado jurídico de “controle de convencionalidade” é dever que se impõe a todas as esferas do poder público, incluindo o judiciário, de garantir a plena eficácia dos direitos humanos reconhecidos na Convenção Interamericana, mas não só ela como também todos os demais pactos internacionais de direitos humanos. Esse dever é obrigação de todos (*erga omnes*) e de eficácia imediata (concretização urgente). Uma interpretação coerente do § 3º, art. 5º, CR/88 aponta para o modo de exercício do controle de convencionalidade. Esse controle poderá ser exercido tanto em modo difuso, quanto concentrado, sendo que, para este último, as normas internacionais deverão ter recebido *status* de emendas constitucionais. O controle difuso pertence a todos, não apenas ao poder público, devendo iniciar-se nas assembleias, seminários, congressos, debates nos espaços políticos, na mídia eticamente comprometida, nas comunidades de bairro, nas audiências públicas promovidas por todos os entes federados, nas propostas de lei da iniciativa popular e da bancada legislativa, nas escolas, nas universidades etc.

É necessária a difusão contínua e proba das informações adequadas sobre a natureza e aplicabilidade dos direitos humanos e fundamentais. A cidadania necessita que o ser humano/pessoa humana não se compreenda apenas como destinatário(a) do direito e titular de direitos, mas autenticamente como ator e construtor do próprio direito e, assim, não sendo apenas beneficiário dele, mas também comprometido eticamente com ele.

Como argumento crítico final, construído pela historicidade e nova hermenêutica jurídica, segue. A soberania clássica ou moderna em seus moldes de valor absoluto, em verdade, nunca existiu. Embora cristalizada no art. 8 da Convenção de Montevideu, trata-se apenas de um parâmetro para a formação inicial de Estado e não de uma contínua característica de existência desse Estado. Shaw (2010) coloca que nada é imutável, e essa imutabilidade vem da historicidade, já que se falou de uma convenção de 1931 que serve apenas de parâmetro para a compreensão na formação de um novel Estado. Ademais, o costume é uma fonte de direito internacional, mas Saliba destrói por completo a ideia de que soberania absoluta seja um costume arraigado no cenário internacional. De tal forma, a nova soberania da contemporaneidade é a soberania democrática, constituída de uma cidadania integrativa, embasada em um Estado protetivo aos Direitos Fundamentais e receptor das Normas Internacionais de Direitos Humanos, estes na forma de *jus cogens*.

7. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. Os direitos ou interesses coletivos no Estado Democrático de Direito brasileiro. In: ALMEIDA, Gregório Assagra; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (org.). *Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores: Universidade de Itaúna, 2010, v. 2, p. 209-245. (Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos).

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito material coletivo*: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra. Teoria crítica do direito e o acesso à justiça como novo método de pensamento. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (org.). *Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores: Universidade de Itaúna, 2010, v. 1, p. 159-178. (Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos).

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A reconstrução do conceito liberal de cidadania: da cidadania moldada pela democracia à cidadania moldando a democracia*. In: ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Tradução: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

ARISTÓTELES. *Política*. Texto integral. Tradução: Pedro Constantim Tolens. São Paulo: Martins Claret, 2011.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.

BALLESTEROS, Jesús (org.). *Derechos Humanos*: conceptos, fundamentos, sujetos. Madri: Tecnos, 1992.

BANSAL, Ashish. *Globalization and human rights*: help or hindrance. Disponível em: <http://www.gedi.objectis.net/eventos-1/ilsabrazil2008/artigos/dheh/bansal.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2014.

BARRAL, Welber. Elegia por uma democracia desencantada. *Revista Sequência*: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, v. 13, n. 25, p. 51-59, dez. 1992a. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15985/14536>. Acesso em: 5 jan. 2015.

BARRAL, Welber. Tecnodemocracia: limites e perspectivas. *Revisita Seqüência*: estudos jurídicos e políticos, v. 13, n. 24, p. 102-111, dez. 1992b. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16144/14697>. Acesso em: 5 jan. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, ano 101, v. 919, p. 127-196, maio 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 58, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. Ética pós-moderna. Tradução: João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997. (Coleção Critérios Éticos).

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Qual democracia?*. Tradução: Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Poder Legislativo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 mai. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta De Inconstitucionalidade 4274 Distrito Federal*. Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de “interpretação conforme à constituição” do § 2º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, criminalizador das condutas de “induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga”. Relator: Min. Ayres Britto, 23 de novembro de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955301>. Acesso em: 12 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *AI 690841AgR/SP*. Liberdade de informação – Direito de crítica – Prerrogativa político-jurídica de índole constitucional – Matéria jornalística que expõe fatos e veicula opinião em tom de crítica – circunstância que exclui o intuito de ofender – As excludentes anímicas como fator de descaracterização do “animus injuriandi vel diffamandi” – Ausência de ilicitude no comportamento do profissional de imprensa – Inocorrência de abuso da liberdade de manifestação do pensamento – caracterização, na espécie, do regular exercício do direito de informação – O direito de crítica, quando motivado por razões de interesse coletivo, não se reduz, em sua expressão concreta, à dimensão do abuso da liberdade de imprensa – A questão da liberdade de informação (e do direito de crítica nela fundado) em face das figuras públicas ou notórias – Jurisprudência – Doutrina – Recurso de agravo improvido. Relator: Min. Celso de Mello, 21 de junho de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625303>. Acesso em: 17 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 82424/RS*. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Relator: Min. Moreira Alves, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 11 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 87585/TO*. Depositário infiel – prisão. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. Relator: Min. Marco Aurélio, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2887585%2E%2F%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/153rwb7>. Acesso em: 25 nov. 2014.

BRASIL. Supremo tribunal federal. *RE 466343/SP*. Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentação da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Relator: Min. Cezar Peluso, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343%2E%2F%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lnca26w>. Acesso em: 25 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 685493 RG/SP*. Agente político – ministro de estado – crime contra a honra – privatizações – grampo telefônico – ilicitude – atribuição de divulgação – responsabilidade afastada na segunda instância – recurso especial – provimento – acórdão – recurso extraordinário – admissão na origem – repercussão geral configurada. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da configuração de dano moral decorrente da manifestação de pensamento por agente político, considerando-se a liberdade de expressão e o dever do detentor de cargo público de informar. Recorrente: Luiz

Carlos Mendonça De Barros. Recorrido: Carlos Francisco Ribeiro Je-reissati. Relator: Min. Marco Aurélio, 10 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+685493+%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/lbsksrf>. Acesso em: 8 de out. 2014.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Apresentação. In: PIO-VESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Direito das organizações internacionais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>. Acesso em: 27 mai. 2014.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Reavaliação das fontes do direito internacional público ao início da década de oitenta. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 18, n. 69, jan./mar. 1981.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, v. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CASTILHO, Ricardo. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 26 set. 2006a. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 7 jul. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*: Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 26 nov. 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf. Acesso em: 27 dez. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*: Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença 19 set. 2006b. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf. Acesso em: 27 dez. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Escher y otros Vs. Brasil*: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 6 jul. 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf. Acesso em: 12 set. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Fonteviechia y D'Amico Vs. Argentina*: Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 29 nov. 2011. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf. Acesso em: 27 dez. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gelman Vs. Uruguay*: Fondo y Reparaciones. Sentença de 24 fev. 2011. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso em: 12 set. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*: Fondo. Sentença de 20 jan. 1989. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.pdf. Acesso em: 5 dez. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 24 nov. 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf. Acesso em: 27 dez. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 2 jul. 2004. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf. Acesso em: 27 dez. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*: Competencia. Sentença de 24 set. 1999. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_54_esp.pdf. Acesso em: 27 dez. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Kimmel Vs. Argentina*: Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 2 mai. 2008. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf. Acesso em: 13 ago. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*: Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 5 fev. 2001. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf. Acesso em: 13 ago. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*: Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 1 fev. 2006c. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf. Acesso em: 12 set. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*: Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 25 nov. 2003. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf. Acesso em: 12 set. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Palamará Iribarne Vs. Chile*: Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 22 nov. 2005. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf. Acesso em: 13 ago. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*: Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 31 ago. 2004. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf. Acesso em: 12 set. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*: Fondo. Sentença de 29 jul. 1988. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf. Acesso em: 30 dez. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982*: “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf. Acesso em: 17 nov. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985*: La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf. Acesso em: 10 jan. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989*: Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf. Acesso em: 15 ago. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993*: Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_13_esp.pdf. Acesso em: 12 dez. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Reinaldo. *Ciência política*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DONNELLY, Jack. *International human rights: dilemmas in world politics*. 4. ed. Denver/CO: Westview Press, 2013.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. 3. ed. Tradução: Márcio Pugliese. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DUTRA, Luiz Henrique de A. *introdução à teoria da ciência*. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando o direito à sério*. Tradução: Nelson Bolira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FATALA, Lucas Rogerio Sella. A (im)possibilidade de controle jurisdicional nas políticas públicas pertinentes ao direito fundamental à educação. *De Jure*: revista jurídica, Belo Horizonte, v. 13, n. 23, p. 269-296, jul./dez. 2014.

FATALA, Lucas Rogerio Sella; OLIVEIRA, Vanderlúcio. Soberania nacional pós-moderna e o controle de convencionalidade para os Direitos Humanos e Fundamentais. In: TOMAZ, Carlos Alberto Simões de (org.). *Democracia, direitos fundamentais e jurisdição*. Pará de Minas/MG: Virtual Books, 2014, v. 2, p. 17-51.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*: nascimento e crise do Estado nacional. Tradução: Carlo Cocchioli, Márcio Lauria Filho. Revisão da tradução: Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUERRA, Sidney. A proteção internacional dos direitos humanos no âmbito da corte interamericana e o controle de convencionalidade. *Nomos*: revista do programa de pós-graduação em direito da UFC, Fortaleza, v. 32, n. 2, p. 341-366, jul./dez. 2012.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Globalização, transnacionalidade e os contornos de uma democracia da pós-modernidade. *De Jure*: revista jurídica, Belo Horizonte, v. 12, n. 21, p. 68-96, jul./dez. 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Tradução: Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. Tradução: George Sperber Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010a, v. 1.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010b, v. 2.

HOBSBAWM, Eric J. *A era das revoluções*: 1789-1848. 10. ed. Tradução: Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

HOBSBAWM, Eric J. *A era do capital*: 1848-1875. 5. ed. Tradução: Luciano Costa Neto. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

HOBBSAWM, Eric J. *A era dos impérios: 1875-1914*. 3. ed. Tradução: Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

HOBBSAWM, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. 2. ed. 11. reimpressão. Tradução: Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOBBSAWM, Eric J. *O novo século: entrevista a Antonio Polito*. Tradução: Allan Cameron e Claudio Marcondes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

HOBBSAWM, Eric J. *Sobre história*. Tradução: Cid Kipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

JANIS, Mark W. *An introduction to international law*. 3. ed. New York: Aspen Law & Business, 1999.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Texto integral. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martins Claret, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática do direito*. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 3. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LAFER, Celso. Prefácio. In: BOBBIO, Norberto. *Qual democracia?*. Tradução: Marcelo Perine. São Paulo: Edição Loyola, 2013.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. A composição do mosaico: orientações doutrinárias sobre a identificação da norma consuetudinária no direito internacional. *Prolegómenos: derechos y valores*, Bogotá/Colômbia, v. 12, n. 24, p. 23-41, jul./dez. 2009.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Comentários ao artigo 26. In: SALIBA, Aziz Tuffi (org.). *Direito dos tratados: comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados* (1969). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 181-189.

MACPHERSON, C. B. *A democracia liberal: origens e evolução*. Tradução: Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 18, p. 113-139, jan./mar. 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Claret, 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados (Convención de Montevideo de 1933)*. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-40.html>. Acesso em: 15 jan. 2015.

PAMPLONA, Marco Antonio. A questão nacional no mundo contemporâneo. In: REIS FILHO, Daniel Aarão; FERREIRA, Jorge; ZENHA, Celeste (org.). *O século XX: o tempo das dúvidas: do declínio das utopias às globalizações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, v. 3, p. 184-204.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 45, out. 2013.

RAWLS, John. *O direito dos povos*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SALIBA, Aziz Tuffi. A imunidade absoluta de jurisdição de Estados: “sólida regra costumeira” ou mito?. In: ALMEIDA, Gregório Assis; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (org.). *Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores: Universidade de Itaúna, 2010, v. 2. (Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos).

SALIBA, Aziz Tuffi. *Direito dos tratados*: comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

SALIBA, Aziz Tuffi. Reciprocidade internacional e direitos humanos. *Diritto & Diritti*, nov. 2008. ISSN 1127-8579 versão *online*. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/26840-reciprocidade-internacional-e-direitos-humanos>. Acesso em: 30 dez. 2014.

SALIBA, Aziz Tuffi. Recognition/non-recognition in International Law: first report. *ILA Report*, v. 75, 2012. Disponível em: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1032>. Acesso em: 10 jan. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos Direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a.

SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia e efetividade de direitos fundamentais, controle judicial de políticas públicas e separação de poderes. *Revista dos Tribunais*, v. 921, p. 471-482, jul. 2012b.

SHAW, Malcolm N. *Direito internacional*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento, Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

TOUSCOZ, Jean. *Direito Internacional*. Tradução: Nuno Canas Mendes. Mem Martins – Portugal: Publicações Europa-América, 1993.

VIEIRA, Suzana Camargo. A inserção do Brasil nos Sistemas Internacional e Regional de proteção aos Direitos Humanos. *In*: ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (org.). *Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores: Universidade de Itaúna, 2010. v. 2, p. 483-514. (Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos).

VOLPINI SILVA, Carla Ribeiro. O universalismo e o relativismo cultural: impasse entre a efetivação dos direitos humanos internacionais e as práticas culturais permitidas pelos direitos fundamentais, mas abominadas pelo resto do mundo. *In*: ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (org.). *Direitos Fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores: Universidade de Itaúna, 2010, v. 1, p. 75-88. (Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos).

VOLTAIRE. *Dicionário filosófico*. Texto integral. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WOODCOCK, George. *Os grandes escritos anarquistas*. 4. ed. Tradução: Júlia Tettamanzi e Betina Becker. São Paulo: L&PM, 1990.

Artigo recebido em 19/11/2019.

Artigo aprovado em 31/01/2020.

DOI:

157 - 178

Artigo

**JUSTIÇA E WHATSAPP:
FUNÇÃO SOCIAL,
ASPECTOS CONSTITUCIONAIS,
PROCEDIMENTAIS E MATERIAIS**

MOISÉS EMIDIO DE PAIVA

JUSTIÇA E WHATSAPP: FUNÇÃO SOCIAL, ASPECTOS CONSTITUCIONAIS, PROCEDIMENTAIS E MATERIAIS

JUSTICE AND WHATSAPP:
SOCIAL ROLE, CONSTITUTIONAL, PROCEDURAL AND MATERIAL ASPECTS

MOISÉS EMIDIO DE PAIVA

Advogado
Centro Universitário do Distrito Federal, Brasil
advmoisespaiva@gmail.com

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar os impactos trazidos pelo *WhatsApp*, popular aplicativo de mensagens instantâneas, na Justiça brasileira. Por meio da técnica de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, documental e jornalística, partirá de conceitos elementares sobre a comunicação humana, avançando para uma breve contextualização sobre o crescimento da plataforma do *WhatsApp*. Em seguida, contempla o uso do referido aplicativo pelo Judiciário e pelos operadores do Direito no aspecto processual para intimações; no aspecto penal, para prova; no aspecto constitucional, como ferramenta concretizadora da justiça e sua função na sociedade. As análises legais e jurisprudenciais levam ao entendimento de que, apesar de necessitar de maiores reflexões advindas da doutrina e dos tribunais, o *WhatsApp* é relevante na prática judiciária e na realidade social.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Direito Civil. Direito Processual Civil. Direito Penal. Direito Digital.

ABSTRACT: This article has as objective to analyze the impacts brought by *WhatsApp*, popular instant messages app, to the Brazilian Justice. Through the research technique in literary books, court decisions, documented files and specialized journalistic sources, it has as start point the elementary concepts about human communication, heading to a summary contextualization about the growth of *WhatsApp* platform. Then, analysis will be made, contemplating the use of the referred app by the Judiciary branch and by the law operators: by the procedural aspect, the use for subpoenas; by the criminal aspect, its use as evidence; by the constitutional aspect, its use as a tool that materializes Justice and its function in society. The legal and court decision analysis will lead to the understanding that, despite it needs to be more studied by the doctrine and courts, the *WhatsApp* has relevant aspect in judiciary practice, as well in social reality.

KEYWORDS: Constitutional law. Civil law. Civil procedure. Criminal law. Digital law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A relevância do *WhatsApp* e sua função social. 2.1. Breves linhas sobre a comunicação humana. 2.2. O *WhatsApp* e sua relevância na sociedade. 3. O uso do *WhatsApp* e suas repercussões judiciais. 3.1. Intimações judiciais: modernização pelo Conselho Nacional de Justiça. 3.2. A (in)validade das provas obtidas por *WhatsApp* e a importância da Ata Notarial. 3.3. O uso do *WhatsApp* em audiências. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

Primordialmente se analisam as influências de determinados aplicativos de mensagens instantâneas do *WhatsApp* na prestação juris-

dicional brasileira, sobretudo casos práticos, sempre à luz dos princípios e preceitos constitucionais que regem a relação processual.

O estudo, que faz uso da técnica de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, documental e jornalística, não tem a pretensão de exaurir todo e qualquer caso onde se usou – ou se poderia usar – o aplicativo nas demandas judiciais, e sim certos casos emblemáticos de repercussões práticas na vida dos agentes que compõem a prestação jurisdicional – dos cidadãos aos advogados, dos servidores aos magistrados.

Feitas as considerações prévias sobre a teoria comunicacional humana e seu avanço em função da tecnologia e da internet, abordou-se um pouco o histórico e a ampla base de usuários do *WhatsApp*, e sua aquisição recente por uma das maiores empresas do Vale do Silício.

A capilaridade e função social do aplicativo de mensagens privilegia o aspecto prático, haja vista a insuficiência de normatização do *WhatsApp* na realidade judiciária estabelecida recentemente pelo Conselho Nacional de Justiça, e introduz noções de Direito Processual Civil úteis à análise e discussão na seara processual, ao verificar a validade ou não das provas obtidas por *WhatsApp* na esfera penal, bem como os meios de validá-las. Tais temas dialogarão com dados obtidos de fontes jornalísticas específicas, principalmente para facilitar a contextualização e trazer à teoria aspectos práticos. Na seara trabalhista, dois magistrados viram na tecnologia uma forma de contribuir para a celeridade processual, o que corrobora a importância do estudo para as discussões sobre a validade do uso ou não de tais tecnologias no cenário da Justiça no Brasil.

2. A relevância do WhatsApp e sua função social

2.1. Breves linhas sobre a comunicação humana

Desde o princípio, a raça humana tem consciência e racionalização do pensamento. Em virtude de tal racionalização, a orga-

nização de grupos sociais, inerente ao instinto natural do homem, depende de um fator-chave: a comunicação. Comunicar-se é, portanto, relacionar-se orientado a determinado fim, sempre ligado a um conteúdo que, a depender das várias formas como é transmitido, pode gerar a identificação ou o estranhamento entre os sujeitos. Conforme Camargo (2012):

Num processo de comunicação interpessoal, ocorre uma relação entre emissor e receptor na qual o primeiro, de forma intencional, veicula ao segundo uma mensagem, ideia ou informação. Portanto, é possível dizer que a finalidade desse processo é o compartilhamento de significados sobre um determinado objeto, mensagem, informação ou ideia.

A estrutura basilar da comunicação pressupõe três partes: o emissor da mensagem, o canal por onde esta mensagem percorre, o receptor daquilo que é passado. Essa estrutura, em proporções tecnológicas e científicas, vem desde as pinturas rupestres (marcos primitivos da existência e comunicação humana), mas também se faz presente na comunicação via correspondências escritas, digitais e, até mesmo, nas instantâneas mensagens virtuais.

Portanto, apesar de a estrutura comunicacional se manter a mesma, as pequenas mudanças começaram na forma. Em estudo que revisita a Teoria da Comunicação pelo viés matemático, o teórico C. E. Shannon (1948, p. 2) discorre justamente sobre o sistema comunicacional e os agentes de tal dinâmica, que ampliou, inclusive, para cinco partes:

It consists of essentially five parts:

1. An information source which produces a message or sequence of messages to be communicated to the receiving terminal. The message may be of various types: (a) A sequence of letters as in a telegraph or teletype system; (b) A single function of time $f(t)$ as in radio or telephony; (c) A function of time and other variables as in black and white television — here the message may be thought

of as a function $f(x; y; t)$ of two space coordinates and time, the light intensity at point $(x; y)$ and time t on a pickup tube plate; (d) Two or more functions of time, say $f(t)$, $g(t)$, $h(t)$ — this is the case in “threedimensional” sound transmission or if the system is intended to service several individual channels in multiplex; (e) Several functions of several variables — in color television the message consists of three functions $f(x; y; t)$, $g(x; y; t)$, $h(x; y; t)$ defined in a three-dimensional continuum — we may also think of these three functions as components of a vector field defined in the region — similarly, several black and white television sources would produce “messages” consisting of a number of functions of three variables; (f) Various combinations also occur, for example in television with an associated audio channel.

2. A transmitter which operates on the message in some way to produce a signal suitable for transmission over the channel. In telephony this operation consists merely of changing sound pressure into a proportional electrical current. In telegraphy we have an encoding operation which produces a sequence of dots, dashes and spaces on the channel corresponding to the message. In a multiplex PCM system the different speech functions must be sampled, compressed, quantized and encoded, and finally interleaved properly to construct the signal. Vocoder systems, television and frequency modulation are other examples of complex operations applied to the message to obtain the signal.

3. The channel is merely the medium used to transmit the signal from transmitter to receiver. It may be a pair of wires, a coaxial cable, a band of radio frequencies, a beam of light, etc.

4. The receiver ordinarily performs the inverse operation of that done by the transmitter, reconstructing the message from the signal.

5. The destination is the person (or thing) for whom the message is intended.

Enquanto na pintura rupestre o meio era estático, pois a pintura ficava em determinada parede no interior de alguma caverna e exigia o deslocamento do receptor até a mensagem (adotando postura ativa), as formas modernas de comunicação tornaram o receptor, na grande maioria dos casos, um sujeito de postu-

ra passiva. Em outras palavras, o avanço tecnológico teve como repercussão inicial a comodidade e conforto de o receptor receber suas mensagens na caixa de correio, que posteriormente foi substituída pela caixa de entrada e, por fim, pelo celular.

Além de facilitar a recepção da mensagem, houve modernidade e avanço tecnológico em relação ao tempo: o ser humano passou a ser imediatista, mais rápido na comunicação.

O avanço das tecnologias telefônicas, inicialmente obtido para fins militares, tornou-se importante para que a mensagem atravessasse longas distâncias em menor quantidade de tempo. Mas a implementação, o desenvolvimento e a popularização da rede mundial de computadores, instrumentalizada pela internet, foi marco transformador nesse quadro.

Foi nessa esteira de avanços tecnológicos que surgiram, depois de muitos anos, os aplicativos de mensagens instantâneas. Aptos a conectar, de forma imediata, pessoas em continentes longínquos, Loubak (2019) evidencia que o mercado elegeu o *WhatsApp* como o principal mensageiro de suas relações. Em 2019, inclusive, alcançou o primeiro lugar como aplicativo mais popular do mundo.

2.2. O WhatsApp e sua relevância na sociedade

Originado em 2009 da mente criativa de dois jovens estadunidenses, o *WhatsApp* teve exponencial crescimento em uso tanto no mercado ocidental quanto no mercado oriental. Em poucos anos, a empresa chegou a alguns bilhões de mensagens trocadas, fruto de sua base de usuários ativos. Em 2015, mais de 1 bilhão de pessoas trocavam 42 bilhões de mensagens por dia (PRADO, 2016).

O aplicativo, que é gratuito, tem como premissa facilitar a comunicação entre as pessoas. Para tanto, somente com uma conexão de internet, o usuário consegue realizar o envio de mensagens instantâneas escritas ou em áudio a seu destinatário, além de efe-

tuar chamadas de áudio e de vídeo, enviar documentos, arquivos multimídia, localizações geográficas e até cartões de contato. É o anseio humano por se organizar em sociedade, criar grupos e lista de receptores, para dinamizar a comunicação.

A empresa, contudo, foi adquirida em 2014 pelo bilionário Mark Zuckerberg, dono do *Facebook*, pelo montante de 16 bilhões de dólares. A partir daí, o aplicativo passou a integrar a popular vitrine da dona de outros dois famosos aplicativos: o próprio *Facebook* e o *Instagram*.

Sem dúvida, a aquisição deu ao *WhatsApp* penetração no mercado mundial, que se popularizou cada vez mais no seio social. Tal capilaridade, contudo, levanta a questão da segurança e da confidencialidade das mensagens trocadas.

Em resposta, a empresa adotou o que se chama criptografia de ponta a ponta, uma tecnologia em que somente as partes, e mais ninguém (nem mesmo a empresa), têm acesso ao que se envia e se recebe. Essa tecnologia sempre fica ativada e não pode ser desligada pelo usuário (*WHATSAPP*, 2019):

A criptografia de ponta a ponta do *WhatsApp* garante que somente você e a pessoa com que você está se comunicando podem ler o que é enviado. Ninguém mais terá acesso a elas – nem mesmo o *WhatsApp*. As suas mensagens estão seguras com cadeados e somente você e a pessoa que as recebe possuem as chaves especiais para destrancá-los e ler as mensagens. E para uma proteção ainda maior, cada mensagem que você envia tem um cadeado e uma chave. Tudo isso acontece automaticamente: não é preciso ativar configurações ou conversas secretas especiais para assegurar suas mensagens. Não é preciso ativar configurações ou conversas secretas especiais para deixar suas mensagens seguras.

Com todos esses caracteres, o *WhatsApp* conquistou um espaço nos celulares de muita gente. Do pobre ao rico, há grande chance de que significativa parte use o aplicativo. E por “uso” não se pode pensar que somente são feitas conversas descompromissadas.

A realidade é que, no bojo das conversas realizadas pelo aplicativo, são constituídas (ou quebradas) diversas relações jurídicas, sejam elas obrigacionais, contratuais, patrimoniais, afetivas e até mesmo criminais.

Nas interações realizadas, não se pode negar a possibilidade de que contratos sejam formados, pactos matrimoniais sejam quebrados e crimes, das mais diversas espécies, sejam cometidos.

Por ser a forma encontrada para se expressar na modernidade, o *WhatsApp* possui inegável função social como instrumento de comunicação entre as pessoas.

As relações jurídicas e fáticas que tomam forma pelas conversas no aplicativo tornam o *WhatsApp* objeto de estudo legislativo e jurídico, pois não se pode evitar que determinados conflitos que se desenvolvam na plataforma acabem por parar na esfera judicial a partir do momento em que a atividade social acontece dentro das mensagens.

Ressalve-se que a regulamentação positivada do aplicativo é batalha inútil. Não adianta que o Legislativo tenha a pretensão de pormenorizar, permitindo ou proibindo de forma radical, a maneira pela qual as pessoas ali se relacionam. Isso se deve ao fato de que, na corrida entre a norma e a tecnologia, aquela sempre perderá. Assim, melhor seria se guiar pelos princípios processuais e constitucionais, e, obviamente, pela própria boa-fé e razoabilidade do julgador.

3. O uso do WhatsApp e suas repercussões judiciais

3.1. Intimações judiciais: modernização pelo Conselho Nacional de Justiça

A intimação, em termos simples e na inteligência do art. 269 do CPC, é uma forma de o sujeito tomar conhecimento de determi-

nado ato ou processo que o obriga a comparecer em local e horário determinados. Conforme Montenegro Filho (2018, p. 285):

A intimação é a modalidade de comunicação mais frequente no processo, destinando-se a deixar a parte ou qualquer participante ciente de determinado acontecimento, com destaque para os pronunciamentos do magistrado (decisões interlocutórias, despachos de mero expediente e sentença), geralmente inaugurando o prazo para a prática de algum ato, como a interposição de recursos, a manifestação sobre laudo pericial etc. O processo é formado em relação ao réu a partir do momento em que a sua citação é aperfeiçoada. Após ela, todos os atos seguintes são comunicados às partes e aos auxiliares do juízo através do aperfeiçoamento de intimações.

Foi nesse sentido que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no âmbito do Procedimento de Controle Administrativo (PCA) 0003251-94.2016.2.00.0000, teve o lúcido entendimento de permitir o uso do *WhatsApp* para intimações judiciais.

O referido PCA se tornou paradigma para que os demais tribunais no País regulamentassem, via portaria, a possibilidade de se intimar via *WhatsApp*. Nos termos do acórdão dos autos citados, trecho do voto da conselheira Daldice Santana é enfático quanto à função social do aplicativo:

Desde a edição da Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, a qual dispôs sobre a informatização do processo judicial, passou-se a admitir a inovação tecnológica como relevante aliada do Poder Judiciário. Nessa esteira, o próprio Conselho Nacional de Justiça também regulamentou o uso do processo eletrônico por meio da Resolução n. 185, de 18 de dezembro de 2013.

Ocorre que, mesmo nos processos com trâmite integral em meio digital, as comunicações das partes pelo método convencional ainda não foram totalmente suprimidas. Vale dizer: a informatização dos processos não fez desaparecer as comunicações processuais por meio de oficial de justiça ou correio, a despeito de posteriormente serem digitalizadas e acostadas aos autos eletrônicos.

E é sobre esse aspecto que versa o projeto elaborado pelo magistrado requerente: a garantia da celeridade da comunicação mediante uso de ferramenta tecnológica gratuita difundida em diversas camadas sociais.

A intimação via aplicativo *whatsapp* foi oferecida como ferramenta facultativa, sem imposição alguma às partes. Sua utilização foi idealizada para a realização de intimações e não de citações. (CNJ, 2017, on-line)

Destaque-se, de pronto, que o voto deixa claro as vantagens em se aceitar a notificação via *WhatsApp* para lides que tramitem em âmbito de juizado especial, mas também abre margem interpretativa para a aplicação em outros juízos, desde que cumpra e respeite a liberdade negocial processual das partes, conforme voga o art. 190 do CPC.

Dessa forma, é latente a percepção de que o uso do referido aplicativo tem caráter facultativo e consensual, sendo mais um instrumento utilizado pelo Estado, por meio do Judiciário, para permitir que os conflitos sejam resolvidos de forma mais célere.

Depois do CNJ, diversos tribunais passaram a expedir portarias de notificação e intimação via *WhatsApp*. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), por exemplo, traz, no bojo da Portaria GPR 2266/2018, diversas disposições que ensejam intimações por meio do aplicativo. Destaque-se a adesão voluntária do interessado mediante a assinatura de termo específico:

Art. 3º A adesão ao procedimento de intimação por aplicativo de envio de mensagens eletrônicas é voluntária.

§1º Os interessados em aderir à modalidade de intimação por aplicativo de envio mensagens eletrônicas deverão preencher e assinar o documento a ser entregue pela Coordenadoria e informar o número de telefone respectivo.

§2º Se houver mudança do número do telefone, o aderente deverá informá-lo de imediato à Coordenadoria e assinar novo termo.

§3º Ao aderir ao procedimento de intimação por aplicativo de envio de mensagens eletrônicas, o aderente declarará que:

I - concorda com os termos da intimação por meio de aplicativo de envio de mensagens eletrônicas;

II - possui aplicativo de envio de mensagens eletrônicas instalado em seu celular, tablet ou computador, e que manterá ativa, nas opções de privacidade, a opção de recibo/confirmação de leitura;

III - foi informado do número que será utilizado pela Coordenadoria para o envio das intimações;

IV - foi cientificado de que o TJDF, em nenhuma hipótese, solicita dados pessoais, bancários ou qualquer outro de caráter sigiloso, limitando-se o procedimento para a realização de atos de intimação;

V - foi cientificado de que as dúvidas referentes à intimação deverão ser tratadas, exclusivamente, na Coordenadoria que expediu o ato, e que, na hipótese de intimação para comparecimento, deverá dirigir-se às dependências da COORPRE.

Mas a partir de que momento se considera realizada a intimação? De forma acertada, o art. 5º responde à Portaria do TJDF de 2018:

Art. 5º Considerar-se-á realizada a intimação no momento em que o ícone do aplicativo de envio de mensagens eletrônicas representante de mensagem entregue e lida for disponibilizado, ou quando, por qualquer outro meio idôneo, for possível identificar que a parte tomou ciência.

§ 1º A contagem dos prazos obedecerá ao estabelecido na legislação de regência.

§ 2º Se não houver a entrega e leitura da mensagem pela parte no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a Coordenadoria providenciará a intimação por outro meio idôneo, conforme o caso.

Assim, percebe-se a lucidez da Portaria em se adaptar ao sistema de sinalização típico do aplicativo, que graficamente demonstra que o usuário leu ou não a mensagem e prevê inclusive as repercussões caso não haja entrega e leitura do que se enviou.

Nessa esteira, é inegável que as notificações judiciais se podem adaptar à modernidade e se integrar ao que é possibilitado pelos aplicativos de mensagens instantâneas. Não se trata somente de adequar o direito à tecnologia, mas de concretizar os pressupostos de eficiência e celeridade que são basilares ao processo civil pátrio.

Aceitar, portanto, a inclusão de meios eficazes às notificações judiciais é entender que a Justiça pode ser prestada de forma não ortodoxa e de que a lei e o Código de Processo Civil ou Penal servem como normas abalizadoras e inspiradoras, sem excluir novos meios eficazes, caso não causem prejuízos às partes envolvidas.

3.2. A (in)validade das provas obtidas por WhatsApp e a importância da Ata Notarial

A suposta política de proteção e criptografia das mensagens trocadas pelos usuários inibe a confidencialidade e a intimidade do conteúdo da comunicação interpessoal e passa a se relacionar diretamente com a problemática jurídica sobre validade ou invalidade das conversas de *WhatsApp* como prova.

Recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no RHC 89.981/MG, a propósito, entendeu que a autoridade investigatória não pode acessar e analisar os dados armazenados nas conversas de *WhatsApp* sem que haja autorização judicial. Conforme se extrai do referido julgado, houve violação à intimidade, vida privada, honra e imagem do investigado, em direta afronta ao art. 5º, X e XII, da Constituição Federal de 1988:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO E QUADRILHA. APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. VISITAÇÃO REALIZADA PELA POLÍCIA MILITAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU DO PRÓPRIO INVESTIGADO. VERIFICAÇÃO DE MENSAGENS ARQUIVADAS. VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE. PROVA ILÍCITA. ART. 157 DO CPP. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.

1. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas - *WhatsApp*).

2. No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante dos aparelhos dos investigados, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP. Precedentes do STJ.

3. Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico dos investigados, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos. (STJ, 2017, on-line)

A máxima orientadora do Processo Penal é de que o réu protegido das arbitrariedades estatais ainda vige nesta seara. Em razão disso, orienta-se que a autoridade investigatória, depois de posse dos aparelhos celulares dos suspeitos, requisite à autoridade judicial competente a autorização para que, ao utilizar as ferramentas forenses de análise e investigação de dados, leia as informações que constam do aparelho apreendido.

O *WhatsApp* tem ligação direta com a esfera existencial do sujeito, integra efetivamente o cabedal jurídico das prerrogativas inerentes à intimidade e à dignidade humana, razão pela qual usá-lo como meio de prova tem proteção constitucional e legal, justamente com a finalidade de evitar discricionariedades que possam interferir no mais íntimo do sujeito.

É importante deixar claro que, por força do art. 5.º, LVI, da Constituição Federal c/c art. 369 e seguintes do Código de

Processo Civil, há de se admitir que as conversas de *WhatsApp* sejam utilizadas como meio de prova, inclusive na esfera penal, desde que para a defesa do réu e, caso seja para acusação, com a autorização da autoridade judiciária.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; (Brasil, 1988).

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. (Brasil, 2015)

Assim, é facilmente possível se vislumbrar o uso dessas conversas como prova de um serviço ou produto cuja contratação se deu por *WhatsApp*, bem como por ajustes entre empregado e empregador, principalmente no tocante à necessidade de realizar horas extras.

Se um consumidor troca mensagens com um vendedor acerca de determinado produto ou se o empregado se comunica com o chefe imediato dele, pode haver irradiação da responsabilidade da empresa por tudo aquilo que é combinado e dito.

A comunicação escrita e documentada no *WhatsApp* pode tornar-se a forma mais segura e estável de se acordarem fatos, principalmente os de repercussão jurídica. Há de se indagar, contudo, da segurança jurídica entre aquilo que é alegado em sede processual e a correspondência fática.

Um *print* - termo em inglês para uma foto da tela do aparelho - anexado ao processo como prova pode ser facilmente alterado por meio de instrumentos tecnológicos e, para completar, a outra parte pode não ter as mensagens em seu celular por diferentes motivos (limpou a memória, trocou o aparelho, apagou as conversas etc.).

Nesse caso, recomenda-se que, além de anexar os *prints* da conversa, a parte leve as conversas para serem registradas em Ata Notarial. Por meio desse instrumento público, o tabelião pode atestar a situação fática, ou seja, provar que, de fato, as referidas mensagens existem. Conforme definição que consta no sítio eletrônico da Associação dos Notários e Registradores do Brasil (ANOREG/BR, 2018):

A ata notarial é um instrumento público no qual o tabelião documenta, de forma imparcial, um fato, uma situação ou uma circunstância presenciada por ele, perpetuando-os no tempo. A ata notarial tem eficácia probatória, presumindo-se verdadeiros os fatos nela contidos. É um importante meio de prova na esfera judicial, conforme disposto no artigo 384 do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).

Ela pode ser utilizada, por exemplo, para comprovar a existência e o conteúdo de sites na internet, conversas de *WhatsApp*, realização de assembleias de pessoas jurídicas, o estado de imóveis na entrega de chaves ou atestar a presença de uma pessoa em determinado lugar ou a ocorrência de qualquer fato.

O interessado poderá solicitar a lavratura da ata notarial, bem como a realização de diligências dentro da circunscrição a qual pertence o cartório, para certificação de qualquer fato.

Uma boa estratégia para mitigar o pedido da parte contrária à nulidade ou à invalidação das provas apresentadas é lançar mão desse serviço notarial, pois a alegação trazida pelo autor deixa de ser algo abstrato e passa a ser certificado, factualmente, por autoridade com fé pública. Depois disso, uma das poucas formas de

se desqualificar a prova produzida via *WhatsApp* seria por meio de análise técnica pericial, com o escopo de verificar a autenticidade do conteúdo das mensagens.

3.3. O uso do WhatsApp em audiências

Recentemente, o juiz Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho, da 32.^a Vara do Trabalho de Salvador, tomou as principais páginas de sítios de notícias comuns e jurídicas. De renomada reputação acadêmica e profissional, o magistrado ganhou atenção e elogio de muitos ao se utilizar de uma chamada de vídeo, feita via *WhatsApp*, para homologar acordo trabalhista extrajudicial em que a requerente, por meio de procuradora, alegava ter recebido os valores e os documentos para realizar curso de pós-graduação no exterior.

Em entrevista à Rádio Justiça, em 24 de maio de 2019, o juiz Pamplona esclareceu:

Existem diversas modalidades em que se pode utilizar este aplicativo para a atividade jurisdicional. Há colegas que têm utilizado o *WhatsApp* no próprio modo de mensagens de texto, criando grupos temporários para negociar, por exemplo, propostas de conciliação, né? [...] Outros colegas têm utilizado o *WhatsApp* e outros modos de comunicação para ter o contato com partes e testemunhas que não tenham conseguido se deslocar para a audiência, e que possam apresentar ali o seu depoimento ou algum outro tipo de manifestação de vontade. Isto é algo que não está regulado, mas é algo que pode ser objeto de livre investigação dentro dos poderes que o magistrado tem para tentar obter a verdade.

Pamplona ressaltou que o juiz deve ser cauteloso, para verificar que não há abuso. No caso em tela, as partes já tinham transacionado o valor, a requerente estava fora do Brasil, e desejavam homologar a transação. Mas o magistrado gostaria de ter a certeza de que a requerente estaria de acordo com os termos. Assim, os

advogados sugeriram videoconferência com a requerente, que confirmou o recebimento dos valores e do objeto do acordo.

O magistrado vê o *WhatsApp* como verdadeiro mecanismo facilitador dos tantos meios de desburocratização do Judiciário, desde que garantidor da lisura. É algo, portanto, que deve ser visto em situações nas quais não haja qualquer fundada suspeita no contexto fático, pois a regra geral é a boa-fé.

Justamente por ter a boa-fé como premissa, sob o espírito colaborativo das partes, é necessário dar garantias para que, se algum indivíduo alegar manipulação ou enganação, possa reclamar ao Judiciário. A segurança, assim, deve ser observada, mas não pode ser pretexto para que se evite a modernização da Justiça.

Inclusive, o Direito Processual Civil moderno vem buscando compatibilizar a solução dos conflitos com o avanço tecnológico, respeitando os direitos e as prerrogativas das partes da lide e permitindo, como finalidade comum, a melhor e a mais célere prestação jurisdicional.

Semelhante caso ocorreu na Vara de Trabalho de Mirassol D'Oeste, em Mato Grosso, onde a juíza do Trabalho Claudirene Ribeiro permitiu a participação da reclamante por chamada de vídeo via *WhatsApp*. Todo o procedimento foi descrito, com explicações da própria juíza, pelo site MIGALHAS (2019):

O advogado da trabalhadora fez a chamada e segurou o telefone no alto, de modo que todos pudessem se ver e conversar. Com o apoio da tecnologia, a instrução foi realizada sem a necessidade de resignação de audiência ou aplicação de pena pela falta.

A juíza explica que a decisão pelo uso do *WhatsApp* foi tomada com base no CPC, que admite a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outros recursos tecnológicos de transmissão de sons e imagens em tempo real.

“Nada impede que o juiz possa se valer dessas tecnologias para alcançar o objetivo constitucional que é a celeridade processual.

O processo não tem um fim em si mesmo e deve alcançar aquilo que se deseja, que é a resolução dos conflitos.”

A magistrada registra, no entanto, que a utilização deste meio não é um direito da parte, mas cabe ao juiz, como condutor do processo, analisar o caso concreto e decidir pela utilização ou não dessa tecnologia.

Ao adotar a perspectiva teleológica de que o processo deverá buscar a resolução dos conflitos, a magistrada se resguarda no objetivo constitucional da celeridade processual para justificar o uso da tecnologia, que foi feita com transparência e deu oportunidade de ambas as partes chegarem a um acordo. Não se privou alguém de direito algum. Pelo contrário, proporcionou que todos tivessem seus direitos exercitados da melhor forma possível.

Por estarem ambas as partes de acordo com a integração tecnológica, é consenso que a tecnologia pode – e deve – ser utilizada para o efetivo provimento jurisdicional. Assim, a cooperação pela marcha célere processual, principalmente no que toca à melhor composição e resolução da lide, é trilhada das partes ao magistrado.

4. Conclusão

Diante do exposto, fica evidenciado que a comunicação e a humanidade são fatores indissociáveis, pois se comunicar é intrínseco ao homem. A estrutura comunicacional padrão é composta de três elementos: o emissor, o receptor e a mensagem em si. A finalidade da comunicação, portanto, é o compartilhamento de signos.

O avanço tecnológico propiciou novos meios de comunicação, e a internet tornou tudo ainda mais dinâmico e acessível, sedimentando o terreno para que posteriormente surgissem os primeiros aplicativos e *softwares* de mensagens instantâneas, como o *WhatsApp*, atualmente o aplicativo mais popular do mundo.

A popularidade desse aplicativo alcançou o mercado ocidental e oriental, conectou pessoas em distâncias continentais, ampliou o meio comunicacional do texto para os áudios e os vídeos. Além disso, serviu como instrumento socializador ao permitir a criação de grupos e listas de transmissões. Por meio de mensagens, contratos são firmados, casamentos constituídos e dissolvidos, patrimônios negociados.

A partir disso, tornou-se claro que tais repercussões iriam resultar em lides judiciais, e se recomenda ao legislador que não corra atrás das tecnologias, pois no embate entre o tecnológico e o legal, o tecnológico sempre há de perder. Restam, portanto, ao julgador o bom-senso e a técnica de ser guiado pelos princípios constitucionais e processuais que regem a instrução da lide.

Uma das primeiras repercussões do *WhatsApp* na Justiça se deu graças à admissibilidade, pelo CNJ, de se utilizar do aplicativo como ferramenta facultativa apta a realizar intimações judiciais. Esse marco serviu para que outros tribunais, como o TJDF, emitem portarias regulamentando as intimações feitas pelo aplicativo, sempre de adesão voluntária.

Na esfera penal, trazendo julgado do STJ que vedava à autoridade investigatória o acesso aos dados e às conversas constantes no *WhatsApp* do investigado, mostrou-se que o conteúdo das conversas constitui patrimônio existencial do sujeito, sendo protegido pelas prerrogativas da intimidade e dignidade da pessoa humana.

Ainda na seara processual, foi indagado sobre a segurança dos *prints* como prova. Entendeu-se que a melhor saída seria fazer uso da ata notarial, pois a imagem seria certificada por autoridade com fé pública de que ela realmente existe, nos termos representados. Não se afasta, contudo, a prova técnico-pericial posterior para verificar se a mensagem atestada em ata é verídica, que de fato não foi adulterada.

Por fim, foi trazido à baila o caso de dois magistrados que fizeram uso da chamada de vídeo em *WhatsApp* para realizarem audiências na seara trabalhista. No primeiro caso, a tecnologia serviu para homologação de acordo. No segundo, foi útil para a instrução.

Ressalte-se, contudo, que em ambos os casos os magistrados contaram com a concordância e a compreensão das partes e advogados para que o procedimento fosse feito de maneira transparente e respeitando os princípios processuais de cooperação inerentes à instrução ou à homologação de acordos.

Conclui-se que o *WhatsApp* é objeto da expressão humana apto a transmitir os significados essenciais para a comunicação escrita, oral e/ou visual. Além disso, justamente por viabilizar o contato humano, não se lhe afasta a repercussão na seara judicial, motivo pelo qual cabe aos julgadores adotar postura principiológica de admitir o uso de aplicativos como meios de concretização da justiça, desde que não firam – e isso é digno de friso – os direitos e as prerrogativas individuais. Assim, mais do que um aplicativo, o *WhatsApp* pode ser visto como ferramenta concretizadora da jurisdição.

5. Referências

ANOREG/BR. *Atas notariais*. Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br/site/atos-extrajudiciais/tabelionato-de-notas/atas-notariais/>>. Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Art. 5º, LVI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL, *Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015*, Art. 369. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

CAMARGO, EP. Saberes docentes para a inclusão do aluno com deficiência visual em aulas de física [online]. São Paulo: Editora UNESP, 2012. *A comunicação e os contextos comunicativos como categorias de análise*. p. 40. ISBN 978-85-3930-353-3. Disponível em SciELO Books <<http://books.scielo.org>>. Acesso em: 18 set. 2019.

CNJ. *PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO: PCA 0003251-94.2016.2.00.0000*. Relatora: Daldice Maria Santana de Almeida. DJ: 26/06/2017. Conjur, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-cnj-intimacao-WhatsApp.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2019.

LOUBAK, Ana Letícia. *WhatsApp e Messenger são apps mais baixados do segundo trimestre de 2019*. *Techtudo*. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/07/WhatsApp-e-messenger-sao-apps-mais-baixados-do-segundo-trimestre-de-2019.ghml>>. Acesso em: 18 set. 2019.

MIGALHAS. *WhatsApp possibilita audiência com partes que moram em cidades distintas*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17, MI302640,21048-WhatsApp+possibilita+audiencia+com+partes+que+moram+em+cidades>>. Acesso em: 18 set. 2019.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. ver. e atual. – São Paulo: Atlas, 2018.

PAMPLONA, Rodolfo. *24 de maio Rádio Justiça*. 2019. (8m38s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=2ejpE9T-mIK8>>. Acesso em: 16 set. 2019.

PRADO, Jean. Os números gigantes do *WhatsApp*: 1 bilhão de usuários, 42 bilhões de mensagens por dia. *Tecnoblog*. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/191024/numeros-WhatsApp-1-bi-usuarios/>>. Acesso em: 16 set. 2019.

SHANNON, C. E. A mathematical theory of communication. The Bell System Technical Journal. Vol. 27, pp. 379-423, 623-656, 1948. Disponível em: <<http://www.math.harvard.edu/~ctm/home/text/others/shannon/entropy/entropy.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2019.

STJ. *RECURSO EM HABEAS CORPUS: RHC 89.981/MG 2017/0250966-3*. Relator: ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJ: 5.12.2017. InternetLab, 2018. Disponível em: <<http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2018/03/rhc-89981.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2019.

TJDFT. *PORTARIA GABINETE DA PRESIDÊNCIA: GPR 2266 de novembro de 2018*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-gpr/2018/portaria-gpr-2266-de-09-11-2018>>. Acesso em: 16 set. 2019.

WHATSAPP. *Criptografia de ponta-a-ponta*. Disponível em: <https://faq.WhatsApp.com/pt_br/android/28030015/>. Acesso em: 15 set. 2019.

Artigo recebido em 19/09/2019.

Artigo aprovado em 02/12/2019.

DOI:

179 - 202

Artigo

**NULIDADES NO PROCESSO PENAL:
A DESCONFORMIDADE DOS
PARÂMETROS, O PROJETO DE NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A
MUDANÇA NECESSÁRIA**

FELIPE MARQUES SALGADO

NULIDADES NO PROCESSO PENAL: A DESCONFORMIDADE DOS PARÂMETROS, O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A MUDANÇA NECESSÁRIA

NULLITY OF PROCEDURE
THE INCOMPATIBLE PARAMETERS, THE DESING OF A NEW CODE OF CRIMINAL
PROCEDURE AND THE NECESSARY CHANGE

FELIPE MARQUES SALGADO

Pós-graduado em Ciências Penais e em Direito Público
Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
felipemarquessalgado@gmail.com

RESUMO: A Constituição da República de 1988 elevou a proteção das garantias individuais à prateleira mais alta do ordenamento, proteção que não tem sido implementada na prática, haja vista que a teoria das nulidades processuais adotada pelo nosso Código de Processo Penal, que é impulsionada ainda pela interpretação feita pelos tribunais país afora sobre o tema, tem sido um dos pontos de desrespeito ao vetor neoconstitucional principalmente em face dos pilares que sustentam a teoria das nulidades, os quais dão palco ao decisionismo e à insegurança jurídica, o que demonstra a necessidade da formulação de novo texto processual que dê vida às garantias constitucionais ainda não alcançadas pelo projeto do novo Código de Processo Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo. Garantias. Nulidade. Código de Processo Penal.

ABSTRACT: The Constitution of the Republic of 1988 raised the protection of individual guarantees to the highest shelf of the order, protection that has not been implemented in practice, given that the theory of procedural nullities adopted by our Code of Criminal Procedure, which is further driven by the interpretation made by the courts across the country on the subject, has been one of the points of disrespect to the neoconstitutional vector mainly in view of the pillars that support the theory of nullities, which give rise to decisionism and legal uncertainty, which demonstrates the need for the formulation of a new procedural text that gives life to the constitutional guarantees not yet achieved by the draft of the new Code of Criminal Procedure.

KEYWORDS: Neoconstitutionalism. Guarantees. Nullity. Code of Criminal Procedure.

1. Introdução

As nulidades processuais já se notabilizaram como polêmico tema no campo da teoria do direito e, mais ainda, na seara processual penal. Isso decorre da pouca objetividade inserta nas bases teóricas eleitas para amparar o estudo e a aplicação do tema nas cortes país afora. O esteio teórico das nulidades aplicadas no ordenamento brasileiro emana do direito civil e traz consigo as

incompatibilidades inerentes a searas tão díspares, além de abrir espaço para casuísmos e relativizações que são perpetradas na prática. (PAULA, 2013)

As tentativas de melhorar essa matéria e outros pontos ultrapassados do nosso Código de Processo Penal têm sido ineficazes. O fato é que reformas e remendos no texto do código processual dificilmente vão conseguir tornar clara, objetiva e pertinente a teoria em torno do tema. (LOPES JR., 2018)

Esse horizonte tem impulsionado a adesão à ideia de que somente um novo Código de Processo Penal seria capaz de prover uma teoria das nulidades processuais em conformidade com o modelo constitucional de processo estabelecido pela Carta de 1988. (FIORATTO, 2013)

A doutrina costuma conceituar as nulidades nas irregularidades de mínima relevância; atos processuais praticados com defeito, os quais se repartem em relativos e absolutos; e plano de inexistência, hipótese em que há a falta de elemento essencial para o ato ser impedido de ingressar no mundo jurídico. (LOPES JR., 2018)

As nulidades são encaradas como absolutas quando há violação a princípio constitucional de norma cogente que tutela interesse público bem como prejuízo presumido e insanável. Já na nulidade relativa, parte-se da ideia de que o defeito no ato não é tão grave. Via de regra, tutela interesse essencialmente da parte. Esta deve postular a declaração da nulidade e demonstrar o prejuízo sofrido, conforme o famigerado princípio do *pas de nullité sans grief*, assentado e reafirmado no nosso ordenamento a partir de seguidas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - vide HC 81.510 -, ocorrendo preclusão se não alegado no tempo e oportunidade corretos. (LOPES JR., 2018)

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL.
DIREITO DE REPERGUNTAS PELO DEFENSOR DO RÉU AOS

DEMAIS CORRÉUS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 188 DO CPP. NULIDADE ABSOLUTA. EFETIVO PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. NECESSIDADE. EXCESSO DE PRAZO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. COMPLEXIDADE DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE INÉRCIA OU DESÍDIA DO PODER JUDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. I. O art. 188 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 10.792/2003, passou a dispor que, após as perguntas formuladas pelo juiz ao réu, podem as partes, por intermédio do magistrado, requerer esclarecimentos ao acusado. II. O indeferimento de reperguntas pelo defensor de um dos réus aos demais corréus ofende os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da isonomia, gerando nulidade absoluta. Precedentes. III. Contudo, o entendimento desta Corte também é de que, para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do efetivo prejuízo, o que não ocorre na espécie. Precedentes. [...]. (STF - HC: 116132 PE, Relator: min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 17.9.2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-194 DI-VULG 2.10.2013 PUBLIC 3.10.2013).

Fato é que a teoria das nulidades eleita possui baixíssimo grau de objetividade em seus parâmetros, colocando nas mãos do julgador extremo poder decisório. Em um primeiro olhar, isso não significaria necessariamente um problema. Bastaria que a jurisprudência se alinhasse à já estabelecida ordem garantista constitucional brasileira. Contudo, na prática, não é isso que se tem visto nos tribunais. Pelo contrário, constata-se que essa área cinzenta de discricionariedade do julgador acabou por se tornar instrumento gerador de insegurança, sendo mais do que comum a manipulação discursiva com o intuito de desconstituir o prejuízo sofrido pela parte em favor do aproveitamento do ato.

Decorre dessa fonte uma relevante confusão jurisprudencial, na qual situações similares são entendidas como nulidades por alguns julgadores e por outros não, restando sempre incerta a possibilidade de comprovação do prejuízo sofrido.

Nesse contexto, aventa-se a hipótese de que os parâmetros eleitos pela legislação e jurisprudência no tocante à teoria das nulidades no processo penal, em face da pouca objetividade, gerariam insegurança jurídica e, por conseguinte, originariam violações a garantias individuais.

Para se debruçar na conjectura posta à mesa, entende-se pertinente, como referencial, a obra de Luigi Ferrajoli (2002), na concepção de que, como garantia individual em face da sede punitiva estatal, o recorte a ser problematizado repousa justamente no critério do prejuízo como ponto central para o reconhecimento das nulidades no processo penal.

2. O código de processo penal e a aplicação jurisprudencial

2.1. As atuais bases teóricas por trás da teoria das nulidades

O diploma processual penal pátrio traz em seu Livro III, Título I, a sistemática adotada no tocante à teoria das nulidades processuais. De início, o texto estabelece o preceito do prejuízo como pedra basilar para a constatação de uma nulidade. (BRASIL, 1941)¹

Esse preceito determina que se o ato processual, ainda que produzido sem observância à lei, ou seja, não trouxer prejuízo à parte, não há que se falar em nulidade do ato. (WAMBIER, 1998)

Trata-se do brocado *pas de nullité sans grief* já citado e que, em uma tradução livre, significa que “não há nulidade sem prejuízo”. Esse instituto foi importado do ordenamento francês, mais especificamente da época do Código Napoleônico, que, como sabido, se trata de texto legal de direito privado. (DEZAN & CARMONA, 2016)

1 Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo à acusação ou à defesa.

O estabelecimento do prejuízo como filtro para ponderação das nulidades nada mais é do que a elevação do princípio da instrumentalidade das formas dentro da matéria das nulidades processuais. Esse princípio traz à baila a preponderância da ideia de que o ato irregular praticado deve ser aproveitado caso atinja sua finalidade, elemento demasiado perigoso quando se leva em conta o fato estar sendo aplicado na seara penal.

O Código de Processo Penal continua em seu art. 564 um rol exemplificativo de nulidades, que parte da doutrina e da jurisprudência tem encarado como de caráter absoluto e, por conseguinte, aquilo que não está ali citado como nulidade relativa, distinção que vem perdendo relevância diante de entendimentos recentes das cortes superiores. O dispositivo homenageia o princípio da tipicidade das formas ao priorizar a eleição de formas específicas para o aperfeiçoamento do ato processual. Trata-se de uma busca pela padronização legal, princípio que se coloca de forma contraposta ao da instrumentalidade das formas, já citado, e que é reafirmado pelo legislador no art. 566 do diploma processual penal².

Mais adiante, nos artigos 571, 572 e 573, o legislador brasileiro inseriu o instituto da preclusão no seio da matéria em comento. Este é mais um elemento importado da sistemática processual civil que significa a perda da capacidade de praticar os atos processuais por não os ter feito na oportunidade devida ou na forma prevista. No caso, consiste na perda da prerrogativa de arguir nulidade ocorrida no processo pela consumação dos marcos citados nos incisos dos dispositivos expostos, instituto somente aplicável às nulidades tidas por relativas, uma vez que as absolutas seriam de ordem pública, podendo ser conhecidas a qualquer tempo. (LOPES JR., 2018)

2 Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

São esses *pas nullite sans grief*, finalidade do ato, distinção entre nulidades relativas e absolutas e o brocado da preclusão os esteios basilares que orientam o estudo e a aplicação da teoria das nulidades processuais penais no ordenamento brasileiro.

Ocorre que a mistura desses espectros teóricos se tem revelado incompatível com o ramo do direito que pondera justamente a hipótese de supressão de direitos e garantias individuais. E uma investigação acerca das fontes por trás dos princípios eleitos pelo legislador expõe a razão dessa incompatibilidade.

Acredita-se que falte ao legislador e aos pensadores que dão suporte às propostas legislativas a coragem e disposição para se pensar e discutir o direito processual penal como a seara única e independente que de fato é. Nosso ordenamento é uma simples transposição de conceitos do processo civil para o processo penal e, em certos casos, uma leve adaptação. É exatamente o que ocorre na teoria das nulidades processuais penais. (LOPES JR., 2018)

O brocado da *pas nullite sans grief*, que já nasceu no direito francês voltado ao direito civil, nada mais é do que uma releitura do princípio da instrumentalidade das formas. No Brasil, a inserção desse princípio foi ainda influenciada pelas Ordenações Filipinas. Nelas, a meta era o alcance da verdade, inexistindo possibilidade de anulação do processo caso esse intento fosse alcançado, tendência ainda seguida pelo Código de Processo Criminal do Império. (PAULA, 2013)

Elevar tais elementos civilistas dentro da teoria da nulidade processual penal resulta num simples instrumento a serviço de uma finalidade. Nesse prisma, o instituto da preclusão, igualmente oriundo do processo civil, insere-se como o último ingrediente para tornar mais forte o caráter instrumental do procedimento. A inércia da parte gerará o aproveitamento de atos que facilitem a finalização do processo e o alcance de seu resultado.

O processo civil é de fato visto como meio para se alcançar um fim, no caso a resolução de conflitos relacionados a direitos privados. Via de regra, pela natureza dos direitos em debate bem como pela contraposição de sujeitos processuais cujas forças se equivalem, ter-se-á um processo de natureza instrumental acentuada. Trata-se realmente de um meio no qual se visa à resolução de conflitos, o que é compatível com a natureza dos direitos envolvidos. (CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO, 2006)

O mesmo não deveria ocorrer – mas ocorre – na seara processual penal que tutela garantia individual fundamental do cidadão. Tudo isso acaba por desvirtuar exatamente o gatilho que originou a implementação de um devido processo legal como pressuposto para o Estado punir indivíduos. O processo penal e seus regramentos, no contexto de um Estado democrático de direito de matriz neoconstitucional, significam resposta à exigência de previsibilidade e racionalidade para que a punição se justifique, portanto, como garantia. (CASARA, 2004)

Assim, o devido processo legal insere-se na malha principiológica constitucional como meta-regra substantiva do Estado democrático de direitos, impondo ao Estado o dever de cumprir as regras preestabelecidas pelo ordenamento. Sob esse prisma, o processo penal consiste justamente num fim em si mesmo de levantar freios em relação à sede punitiva estatal, protegendo, por conseguinte, indivíduos hipossuficientes em face de exageros e injustiças punitivas. (PAULA, 2013)

Entendimentos jurisprudenciais e legislativos que ponderam o processo penal como um meio e não como um fim deturpam de forma grave o cerne da teoria originária dessa seara do direito. E a pedra basilar a partir da qual emana toda a deficiência constatada é justamente a colocação do errante e subjetivo conceito de prejuízo como pressuposto para a decretação de nulidade. Como dito, enxerga-se incompatibilidade em todos os conceitos importados do direito civil.

A teoria do prejuízo como a varinha mágica capaz de reciclar qualquer ato, por mais nulo que seja, é um verdadeiro contrasenso, principalmente quando se puxa à mente o fato de que o direito penal evoluiu em torno da ideia de legalidade, de conceitos bem definidos, de segurança jurídica e clareza tanto ao Estado quanto ao cidadão, provendo a ambos a correta informação acerca dos limites de suas atuações. (BRANDÃO, 2014)

Esse é o caminho que o processo penal deveria percorrer. Contudo, a eleição de parâmetros extremamente abertos, como a ideia de prejuízo, abre espaço para o subjetivismo, o que gera insegurança jurídica e, por consequência, viola garantias.

Mas em face da punição estatal, segurança jurídica é garantia individual caríssima ao ser humano, tornando imprescindível a efetivação da concepção de processo como garantia constitucional por meio da “consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana.” (BARACHO, 2006)

2.2. A jurisprudência e a insegurança jurídica

Quando se afirma que a teoria do prejuízo é uma varinha de condão nas mãos do magistrado, faz-se uma crítica à completa ausência de objetividade no critério eleito. O que seria prejuízo? A resposta pode variar de acordo com os vetores teóricos que guiam a atuação de cada julgador. A título de exemplo, instrumentalistas dirão que a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir à invalidade quando a própria finalidade do ato pela qual a forma foi instituída for atingida. Tal resposta gera nova pergunta: qual seria a finalidade do ato? Aury Lopes Jr. (2018) entende que a finalidade do ato, cuja lei prevê uma forma, é dar eficácia a algum princípio constitucional que ali se efetiva. Logo, forma seria garantia de que haverá condições de efetivação do princípio constitucional previsto no ato.

Entretanto, o caminho argumentativo eleito geralmente não tem origem no fato – violação do ato processual – mas sim na visão de processo do julgador. Nisso, o art. 566 do Código de Processo Penal deu incisiva contribuição à insegurança ao instituir que “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa” (BRASIL, 1941). É que a antiquada expressão “verdade substancial” acaba de escancarar a porta ao subjetivismo e decisionismo, antes levemente aberta pela teoria do prejuízo.

Luigi Ferrajoli (2002) acentua que o decisionismo é um dos traços mais marcantes da epistemologia antigarantista. Para o autor, o decisionismo é efeito justamente da falta de fundamentos empíricos precisos e da consequente subjetividade dos pressupostos da sanção. Esta acaba por se manifestar no caráter subjetivo do juízo, que, na ausência de referências fáticas determinadas com exatidão, se vale mais de valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas do que de provas de fato.

E na prática esse subjetivismo é facilmente constatado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça ao tentar unificar os confusos entendimentos exarados nas instâncias ordinárias. Situações questionavelmente reconhecidas como nulidade relativa sob a alegação simplista de que se não há prejuízo não há nulidade; e situações em que a nulidade deveria ter sido decretada, mas não o foi, desaguando no aproveitamento do ato e deixando clara a insegurança jurídica que atualmente paira sobre o jurisdicionado.

Como exemplo desse comportamento, cite-se o Embargos de Declaração no HC 265.102/RR, DJe 7.4.2017, no qual a 5.^a turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que “não se evidencia nulidade no julgamento da apelação interposta pelo Ministério Público se a defesa técnica, regularmente intimada para apresentação de contrarrazões, permanece inerte”. Em outras palavras, a ausência de

ampla defesa e contraditório não significa nulidade, um desrespeito ao processo penal constitucional ante a inobservância das garantias constantes no art. 5.º da Constituição de 1988³.

De modo similar, a 1.ª turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que “a participação de julgador impedido, quando do julgamento do recurso no órgão colegiado do tribunal, não acarreta automática nulidade da decisão proferida se, excluindo-se o voto do referido magistrado, o resultado da votação permanecesse incólume”. Nesse HC 125.610/PR, DJe 5.8.2016, segundo o STF, não houve prejuízo, pois o resultado já seria desfavorável ao réu de qualquer forma.

Contudo, o Tribunal acaba por ignorar que o voto nulo proferido por julgador impedido em desfavor do réu tem sim o condão de influenciar a opinião dos demais julgadores sobre o caso. Assim como qualquer prova ilegal, deve ser desentranhado dos autos e, por ter influenciado no resultado do processo, obviamente há prejuízo, o que reclamaria novo julgamento.

Em outro julgado, desta feita emanado da 2.ª turma do Supremo Tribunal Federal (RO em HC 122.467/SP, DJe 4.8.2014), a corte entendeu que “a inobservância do procedimento previsto no parágrafo único do art. 212 do CPP pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita”.

O dispositivo citado limita justamente a participação do juízo na inquirição das testemunhas, demasiada quando se elege como parâmetro do sistema acusatório, mas de forma tímida consegue a interferência do julgador que deveria permanecer inerte e imparcial. Conforme se nota, nem mesmo a inclusão de inúmeras garantias em favor do acusado no sistema acusatório eleito pelo Constituição de 1988 é capaz de prevalecer sobre o subjetivismo argumentativo em prol do aproveitamento do ato nulo.

3 Art.5.º, IV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente.

Tais exemplos indicam o quão subvertido se tornou o entendimento jurisprudencial ante a completa ausência de parâmetros objetivos da teoria das nulidades. Nota-se que parte da jurisprudência tem encarado a condenação como o fim buscado pelo processo penal. Quando alcançado, todo o esforço argumentativo pode ser implementado para fazer valer aquele resultado.

Entretanto, não para por aí. Revisitando a distinção entre nulidades relativas e absolutas, a doutrina por muito tempo defendeu que nos casos de nulidade relativa caberia à parte prejudicada arguir a irregularidade bem como demonstrar o prejuízo sustentado. (FIORATTO, 2013)

Já em hipóteses de nulidade absoluta, a violação a interesse público vicia a própria aplicação do direito, resultando na decretação de ofício da nulidade no momento em que notada pelo juízo. (GRINOVER, GOMES FILHO, & FERNANDES, 2009)

Em que pese as críticas em face da *pas nullite sans grief*, compreende-se a aplicação desse instituto como principal parâmetro para diferenciar nulidades relativas de absolutas. Esta última, por significar grave violação às regras processuais, carrega consigo a presunção de que a parte restou prejudicada pela não prática ou prática do ato de forma irregular.

Foi dessa forma que por muito tempo o processo penal foi trabalhado pela jurisprudência, ainda que fossem comuns decisões que colocassem como relativas nulidades claramente absolutas tão somente para cobrar a prova do prejuízo e negar a decretação de nulidade do ato.

Recentemente, a jurisprudência dos tribunais superiores passou a entender que a prova do prejuízo deveria ser feita, inclusive, nos casos de nulidade absoluta (HC 110.160/DF, STF, DJe 27.2.2013; HC 116.132/PE, STF, DJe 2.10.2013). Em outras palavras, em que pese ser considerada absoluta a nulidade, o prejuízo não mais se

presume. Nesse contexto, até mesmo a possibilidade de o juiz reconhecer a nulidade absoluta de ofício resta enfraquecida, uma vez que necessária a contribuição da parte por meio da prova acerca do prejuízo. E dessa forma a jurisprudência vai-se aproveitando de cada brecha na lei para se movimentar em direção a um posicionamento cada vez mais punitivista e, ao mesmo tempo, errante.

A exigência de que a parte demonstre o prejuízo, por si só, já consiste em um contrassenso quando se leva em conta se tratar de processo penal. Um Estado democrático de direito de matriz neoconstitucional deve encarar o devido processo penal a partir do axioma *nulla accusatio sine probatione*, ou seja, o ônus da prova deve permanecer com a acusação. (FERRAJOLI, 2002)

Constata-se a completa subversão desse pilar quando se exige do réu, parte hipossuficiente, produzir prova acerca do prejuízo que foi gerado por outrem se o Estado, responsável pela condução do procedimento, não o conduz de maneira diligente. Nada mais dissonante ao devido processo legal constitucional o ônus de comprovar as consequências de o erro de nulidade recair sobre o réu.

Assim, a mais recente exigência de demonstração do prejuízo também quanto às nulidades absolutas acabou por sepultar o último recanto de objetividade contido na teoria das nulidades, cenário em que a insegurança jurídica já patente promete reinar sem ser incomodada.

Diante do exposto, infere-se que a jurisprudência pátria não possui maturidade para lidar com a discricionariedade a ela dotada pelo Código de Processo Penal, ainda que a Constituição Federal claramente indique os vetores e a postura hermenêutica a ser adotada.

3. O projeto de novo código de processo penal

A jurisprudência já demonstrou que se aproveitará de qualquer mínima abertura ao punitivismo, o que indica a necessidade de

projeto de um novo Código Penal que harmonize a legislação processual aos vetores garantistas da Constituição de 1988.

No Congresso Nacional, o PL 8.045/2010 expõe o claro descompasso em relação à Constituição vigente: “o Código de Processo Penal em vigor data do Estado Novo, estado autoritário, indissociavelmente ligado ao ideário fascista”. O deputado João Campos (CAMPOS, 2018) relembra a influência da legislação processual penal italiana, promulgada sob a batuta de um regime autoritário, sobre o nosso texto de 1941, e as quatro constituições que se sucederam em nosso país. Consequentemente, a lei processual penal tornou-se, cada vez mais, descompassada dos preceitos constitucionais.

O relatório elogia a inicial busca pela efetivação do sistema acusatório puro no seio do projeto, ressaltando, contudo, que alterações feitas durante a tramitação já mitigaram essa tentativa. No capítulo das nulidades, o elogio é justamente o alvo da crítica ao descompasso com a Constituição mas, ao que tudo indica, será mantido na legislação processual penal. Conforme o relator, foram feitas alterações no texto para aproximar-se do novo Código de Processo Civil, preservando-se o princípio de que a decretação de nulidade depende da ocorrência de prejuízo *pas de nullité sans grief*. E não para por aí. Não bastasse a manutenção do parâmetro do prejuízo, reafirma-se a relevância da instrumentalidade das formas e termos do processo. Assim, evita-se o culto do formalismo estéril, prestigiando a busca da verdade. (CAMPOS, 2018)

A famigerada verdade insistentemente sobrevive, em que pese a clara desarmonia desse dito princípio com qualquer ordenamento que se pretende democrático. Nos novos dispositivos, constata-se a tão somente simplificação do texto legal para torná-lo mais claro bem como efetivar de vez o que já era interpretado pela jurisprudência.

O artigo 157 do novo dispositivo não encontra correspondência no código atual. Conforme o texto, a decretação da nulidade e a

invalidação de ato irregular dependerão de manifestação específica e oportuna do interessado, mas nenhum ato será declarado nulo se da irregularidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. Não bastasse, não se invalidará o ato quando, realizado de outro modo, alcance a mesma finalidade da lei⁴.

Resta claro, portanto, que o novo texto processual simplesmente tornou lei todos os terríveis vícios jurisprudenciais que desaguaram em entendimentos completamente contrários à Constituição, em especial a exigência de demonstração de prejuízo, qualquer que seja o tipo de nulidade, e a prioridade ao brocado da finalidade do ato.

O artigo 157 e o conhecido entendimento jurisprudencial acabam por sepultar, antes mesmo de sua concepção, a redação do dispositivo introduzido no artigo 158 de estabelecer absolutamente nulos e insanáveis os atos de cuja irregularidade resulte violação dos direitos e garantias fundamentais do processo penal⁵. Nobre e correta a tentativa de balizas intransponíveis à instrumentalidade das formas, contudo inócua diante da imposição de prova do prejuízo quanto a qualquer ato.

Ressalte-se que a leitura e correta interpretação aos vetores constitucionais conduz à conclusão de que as nulidades ali previstas são insanáveis e, portanto, dispensariam a demonstração de prejuízo. Contudo, o legislador e os estudiosos por trás do projeto não observaram de forma diligente todas as variáveis envolvidas nessa equação. A mudança de um texto de lei não se deve pausar tão somente na correção do anterior, mas também e, princi-

4 Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/outros-documentos/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-2/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-1>> acesso em 17.10.2018.

5 Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/outros-documentos/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-2/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-1>> acesso em 17.10.2018.

palmente, no movimento interpretativo que os tribunais fazem na tentativa de adequar a legislação ultrapassada à realidade social. No caso, esse movimento hermenêutico buscou desprendimento ao sistema acusatório puro, caminhando em direção ao punitivismo. No momento em que se contrapõe um dispositivo claramente punitivista a um timidamente garantista, o único resultado que se espera é a preponderância do primeiro artigo no seio da visão já viciada ostentada pelos julgadores pátrios.

Sob esse prisma, entende-se que o artigo 158 do projeto do novo Código de Processo Penal já nasce morto. E não só ele, mas também qualquer esperança de que o novo texto possa finalmente alinhar a legislação infraconstitucional aos preceitos constitucionais. Acaba por se dissipar porque os dois dispositivos esmiuçados são justamente aqueles que se propõem como pilares da matéria, já que os subsequentes se limitam a abordar regramentos secundários e situações específicas. Se o pilar principal carrega consigo as mesmas deficiências já diagnosticadas, a previsão sensata indica a manutenção do *status quo*.

4. A forma do ato e a garantia de efetivação do princípio que o motiva

Os parâmetros provavelmente a serem mantidos pelo novo Código de Processo Penal estão em completo descompasso com o plexo de garantias apresentado e implementado pela Constituição da República de 1988, o que aduz a um debate de ideias capaz de extirpar tal descompasso dentro do ordenamento.

O ponto comum a guiar novas ideias reside na assertiva de que o processo não consiste em instrumento da busca da verdade, mas sim o meio pelo qual se efetiva a garantia do acusado ao contraditório, com a possibilidade de desconstituir a tese acusatória. (PAULA, 2013)

A necessidade de se extirpar o preceito verdade substancial de nosso ordenamento é patente. Em pleno século XXI, manter esse termo no código só serve para comprovar o compromisso do legislador com o modelo punitivista.

Segundo Ferrajoli (2002), a verdade substancial ou material quer dizer uma verdade absoluta e incompreensiva em relação às pessoas investigadas carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais. Obviamente, o debate em sentido oposto ao vigente parte do pressuposto garantista já estabelecido.

O devido processo legal, considerada a principiologia metodológica constitucional, deve ser entendido como um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis, ostentados pelas pessoas do povo (partes), quando deduzem pretensão à tutela jurídica nos processos perante os órgãos jurisdicionais. A partir dele, a ideia de devido processo legal é a que melhor se encaixa à efetivação do viés garantista. (BRETAS C. DIAS, 2010)

Nesse cenário, Flaviane de Magalhães Barros (2006) propõe modelo que venha superar a concepção instrumentalista que se constitua a partir dos princípios processuais insculpidos na própria Constituição de 1988.

A Constituição e seu plexo de garantias deve servir de base à estrutura legal e interpretativa. Nesse contexto, a ideia de forma como garantia se apresenta como alinhamento inicial aos preceitos garantistas elencados. (LOPES JR., 2018)

Contudo, em que pese a forma ser o ponto de partida à concretização dos princípios do processo, no resultado da interpretação o que se busca é a garantia e a efetividade de todos os princípios do modelo constitucional. (GUIMARÃES, 2013)

À vista disso, a forma do ato deve sim constituir limite inicial cuja violação, por conseguinte, deve significar presunção de desrespeito a determinada garantia constitucional porquanto a efetivação do princípio não se deve limitar à análise da forma. Se de um lado a completa ausência de parâmetros objetivos produz insegurança jurídica e punitivismo, um excesso de formalismo pode pender a balança para o extremo contrário, mitigando a efetividade da jurisdição, resultado que também não interessa.

Luigi Ferrajoli estabeleceu dez axiomas⁶ nos quais um sistema penal garantista se deve basear. O princípio da legalidade estrita ocupa papel central no sistema de garantias e se distingue da mera legalidade (segundo axioma), uma vez que enquanto a mera legalidade se limita a exigir lei como condição necessária à pena, a legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições necessárias à legalidade penal. Nas exatas palavras do jurista italiano, “graças ao primeiro princípio, a lei é condicionante; graças ao segundo, é condicionada.”

A legalidade estrita – também entendida como taxatividade dos conteúdos – é, portanto, condição de validade e/ou legitimidade das leis vigentes como parâmetro à efetivação dos preceitos constitucionais no seio do procedimento penal. Dessa forma, o legislador prescreve que o sistema legal seja composto por pressupostos típicos dotados de significado preciso por meio do qual se torna possível o emprego de proposições judiciais verdadeiras ou falsas aos demais axiomas. (FERRAJOLI, 2002)

Disso resulta a vedação ao arbítrio, abusos e restrições às liberdades que não as prescritas em lei, parâmetro capaz de prover

6 1) *Nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade); 2) *Nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito); 3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade ou da economia); 4) *Nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade); 5) *Nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade); 6) *Nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade); 7) *Nulla culpa sine judicio* (princípio da jurisdiccionariedade); 8) *Nulla judicium sine accustione* (princípio acusatório); 9) *Nulla accusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova); 10) *Nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório).

justamente a segurança jurídica que falta ao ordenamento pátrio. (PAULA, 2013)

E essa segurança jurídica só será alcançada se deslocado o foco do processo penal. Há que se abandonar a retrógrada ideia de verdade substancial em busca da valorização das formas consubstanciadas nas garantias como pressupostos de validade do resultado do processo. “A invalidade não exsurge apenas da formalidade desobedecida. Há algo protegido por detrás das formalidades.” (FERNANDES & FERNANDES, 2002)

Justamente aqui a ideia de legalidade estrita de Ferrajoli se encaixa como parâmetro a partir do qual se deve construir um sistema legal de proteção às demais garantias que estão no seio e fundamento de cada formalidade existente no processo penal. Formalidades processuais não devem existir por mero capricho. Pelo contrário, devem ser impostas sempre que necessária a proteção de determinada garantia. Somente a partir de um modelo de processo penal como esse é que será possível a superação da preponderância do binômio prejuízo-finalidade que age a serviço da verdade substancial.

Propõe-se delinear de forma cuidadosa um sistema de nulidades conectado às garantias da Constituição. O processo penal de viés neoconstitucional deve ser visto como instrumento de limitação do poder punitivo estatal e, por consequência, uma garantia ao acusado.

Binder (2000) elucida que a nulidade nunca ocorrerá a favor da lei, já que possui o caráter de proteger interesse particular e, no espectro do processo penal, o interesse do particular significa interesse do acusado.

O sistema de nulidades estará finalmente a serviço das garantias individuais, pois emana do sistema de garantias constitucional que assim se estrutura. (LOPES JR., 2018)

A dicotomia entre nulidade absoluta e relativa em nada se coaduna com um modelo constitucional do processo, e reclama, portanto, sua extinção porque o único parâmetro relevante diz respeito à análise em torno do ato, ponderando se este se encontra ou não em consonância com o conjunto principiológico do processo penal constitucional, já que o papel do ato é justamente a concretização de tais princípios.

Assim, torna-se irrelevante a busca pela distinção acerca do interesse da parte (privado) ou do processo (público) tutelado por determinado ato, uma vez que, a partir do modelo constitucional, todo o processo é regulado por normas de conteúdo cogente. (GUIMARÃES, 2013)

As nulidades não mais podem ser vistas como sanção, entendimento predominante entre os estudiosos do assunto, mas sim como forma de controle dos atos processuais, de sua regularidade e conformidade com o modelo constitucional de processo (BARROS & MACHADO, 2011). Em outras palavras, a finalidade da nulidade é garantir o processo, os princípios, o que difere de um intento de castigo.

5. Conclusão

Um Estado que se pretende democrático de direito deve ter como atributo principal a proteção das garantias individuais em face de qualquer abuso. E, mais do que proteção, os direitos fundamentais devem ser elevados à prateleira mais alta do ordenamento jurídico, servindo de fonte interpretativa aos julgadores.

O Estado brasileiro se pretende democrático de direito ante a análise do conjunto de garantias presentes na Constituição da República de 1988. Torna-se, portanto, imperativo que a legislação infraconstitucional e a interpretação jurisprudencial se alinhem aos vetores constitucionais eleitos. (BARROSO, 2005)

Contudo, essa pretensão não tem sido implementada na prática, encontrando óbice tanto na legislação infraconstitucional, muitas vezes anterior à promulgação da Carta Magna, quanto na postura interpretativa dos julgadores.

O aqui exposto demonstra que um dos óbices impostos pelo texto infraconstitucional reside na teoria das nulidades processuais adotada pelo Código de Processo Penal, que é impulsionada ainda pela interpretação feita pelos tribunais país afora sobre o tema.

Os pilares teóricos que sustentam as nulidades no processo penal brasileiro são o principal problema diagnosticado. O brocardo da *pas nullite sans grief* definitivamente não se harmoniza a um processo de espectro garantista, na medida em que dota o julgador de extrema discricionariedade, abrindo espaço para o subjetivismo, o que, conforme ensina Ferrajoli (2002), acaba por desaguar em decisionismo e insegurança jurídica. E, não bastasse dotar o julgador de tanto poder na hora de proferir sua decisão, a teoria adotada no Código de Processo Penal ainda preconiza o alcance à finalidade do ato como forma de superação da nulidade, trabalho ainda facilitado pelo espaço de protagonismo ocupado pelo princípio da verdade substancial, igualmente eleito como algo a ser buscado pelo juiz em suas decisões.

Essa receita auxiliou a formação de uma jurisprudência que caminha em sentido oposto ao garantismo penal e processual estampado na Constituição de 1988, cenário que reclama uma mudança legislativa que vem sendo gestada pelos congressistas.

Contudo, o novo Código de Processo Penal não carrega consigo nenhuma alteração efetiva no que tange às nulidades processuais. O projeto prevê tão somente a manutenção do *status quo*, além de tornar letra de lei os vícios jurisprudenciais atuais.

Os problemas permanecem e com eles a necessidade de mudança. Busca-se um processo pelo qual se implemente a garantia do

acusado ao efetivo contraditório (PAULA, 2013), que deve passar respeito à forma do ato (LOPES JR., 2018) como transportadora da garantia (GUIMARÃES, 2013). A inobservância à forma deve servir como indício da nulidade do ato, que somente será aproveitado caso se comprove a não violação à garantia, aliada ao alcance da finalidade.

Prega-se a formulação de texto que dê vida à legalidade estrita. Esta terá o condão de fornecer previsibilidade ao processo e, por conseguinte, segurança jurídica, certificando a valorização das garantias individuais sem que isso signifique mitigação da efetividade da jurisdição. (FERRAJOLI, 2002)

6. Referências

BARACHO, J. A. (2006). *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum.

BARROS, F. M., & MACHADO, F. (2011). *Processo Penal, Constituição e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

BARROSO, L. R. (2005). Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, 240, 1.42.

BARROSO, L. R. (2016). *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva.

BINDER, A. B. (2000). *El Incumplimiento de las Formas Procesales*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

BRANDÃO, C. (2014). *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método etinêmico*. Coimbra: Almedina.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*.

BRÊTAS C. DIAS, R. (2010). *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey.

CAMPOS, J. (18 de abril de 2018). *Portal da Câmara dos Deputados*. Acesso em 16 out. 2018, disponível em <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776&filename=Tramitacao-PL+8045/2010>.

CASARA, R. (2004). *Interceptação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CINTRA, A. C., GRINOVER, A. P., & DINAMARCO, C. R. (2006). *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros.

DEZAN, S. L., & CARMONA, P. A. (out./dez. de 2016). O princípio *pas nulté sans grief* e os limites da convalidação no processo disciplinar. *Revista de Informação: RIL*, v. 53, n. 212, 121-137.

FERNANDES, B. G. (2019). *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm.

FERNANDES, P. S., & FERNANDES, G. B. (2002). *Nulidades no processo penal*. São Paulo: Malheiros.

FERRAJOLI, L. (2002). *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FIORATTO, D. C. (2013). *Teoria das nulidades processuais: interpretação conforme a Constituição*. Belo Horizonte: D'plácido.

GRINOVER, A. P., GOMES FILHO, A. M., & FERNANDES, A. S. (2009). *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GUIMARÃES, L. A. (2013). *As nulidades no direito processual penal e a sua (des)conformidade com o processo constitucional*. Belo Horizonte.

LAMAS, L. P. (2011). *Aplicação da pena nos Estados Democráticos de Direito à luz do garantismo: Aspectos polêmicos do Código Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: PUC-Rio.

LOPES JR., A. (2018). *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva.

MAGALHÃES BARROS, F. d. (2006). Ensaio de uma teoria geral do processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, executivo e jurisdicional. Em M. C. GALLUPO, *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito* (p. 227-238). Belo Horizonte: PUC Minas.

PAULA, L. C. (2013). *As nulidades no processo penal: sua compreensão por meio da afirmação do direito como controle ao poder de punir*. Curitiba: Juruá.

WAMBIER, T. A. (1998). *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Artigo recebido em 22/07/2019.

Artigo aprovado em 15/04/2021.

DOI:

203 - 232

Artigo

**O CINEMA COMO FERRAMENTA DO
DIREITO DE INFORMAÇÃO
E LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

RAFFAEL HENRIQUE COSTA DINIZ
WELLYSON MEDEIROS LUCENA

O CINEMA COMO FERRAMENTA DO DIREITO DE INFORMAÇÃO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

THE CINEMA AS AN INSTRUMENT OF THE
INFORMATION LAW AND FREEDOM OF EXPRESSION

RAFFAEL HENRIQUE COSTA DINIZ

Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente
Centro Universitário de João Pessoa, Brasil
raffaelcostadiniz@hotmail.com

WELLYSON MEDEIROS LUCENA

Bacharel em Direito
Centro Universitário de João Pessoa, Brasil
wellysonm16@gmail.com

RESUMO: O presente artigo analisa criticamente a censura imposta principalmente pelos governos ditatoriais e autoritários à indústria cinematográfica bem como aos demais meios de comunicação. No Brasil, a censura foi característica marcante na época da Ditadura Militar iniciada em 1964, período de retrocesso e de grandes transtornos à liberdade de expressão e ao livre pensamento artístico e ao acesso à informação, preceitos preconizados e assegurados à vigência de um Estado democrático de direito na atual Constituição Cidadã. O cinema, historicamente, foi censurado por amarras ideológicas de governantes antidemocráticos.

PALAVRAS-CHAVE: Cinema. Liberdade de expressão. Censura. Cultura. Memória histórica.

ABSTRACT: This article critically analyzes the censorship imposed mainly by dictatorial and authoritarian governments on the film industry as well as other media. In Brazil, censorship was a remarkable feature at the time of the Military Dictatorship initiated in 1964, a period of setback and major disorders to freedom of expression and free artistic thought and access to information, precepts recommended and guaranteed to the validity of a Democratic State of Law in the current Citizen Constitution. Cinema has historically been censored by ideological ties from undemocratic rulers.

KEYWORDS: Cinema. Freedom of expression. Censorship. Culture. Historical memory.

1. Introdução

No cenário contemporâneo, os direitos fundamentais, dentre eles o da liberdade de expressão, vem ganhando cada vez mais destaque, especificamente nos art. 5.^o e 220, que tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana entabulado no art. 1.^o, inciso III, da Carta Maior.

No Brasil da Ditadura Militar, período de retrocesso e de grandes transtornos ao livre pensamento, às livres expressões artísticas e ao acesso à informação, o cinema, assim como muitos gêneros e ferramentas da arte, teve suas liberdades mitigadas pela censura, uma vez que muitos filmes abordavam em seu contexto temáticas extremamente consideradas tabu.

Nessa perspectiva, filmes como “Laranja Mecânica” de Stanley Kubrick (1971), que trouxe cenas de nudismo; “Iracema” de Jorge Bodanzky (1976), que criticou a exploração de crianças e de adolescentes nas margens de estradas, índios no trabalho escravo e o desmatamento das florestas na Amazônia, fizeram jus à falta de políticas do governo na época; e “Pra frente Brasil” de Roberto Farias (1982), o qual tece críticas à ditadura, tiveram apagados seus significados de acordo com a *Memória da Censura no Cinema Brasileiro*.

Sob esse prisma, é de extrema importância o estudo trazer a lume a discussão sobre a manutenção e proteção das liberdades individuais, para que a repressão perpetrada no regime ditatorial continue sendo apenas uma triste lembrança de tempos sombrios.

Enfatize-se ainda a pertinência de se focar a responsabilidade do Estado na preservação da história e da memória, já que o Brasil foi palco de grandes desastres culturais por descuido administrativo no caso dos incêndios no Memorial da América Latina (2013), Museu da Língua Portuguesa (2015), Museu Nacional do Rio de Janeiro (2018), bloqueio de repasses para obras cinematográficas determinado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) à Agência Nacional do Cinema (Ancine), além dos cortes de patrocínio da Petrobras.

No que concerne aos procedimentos metodológicos, esta pesquisa tem natureza qualitativa sem o uso de dados percentuais ou numéricos. Trata-se de um estudo bibliográfico de autores como Leonor Souza Pinto, Edgar Morin e Nielson Ribeiro Modro, além de subsídio documental do Acervo Nacional.

O predomínio histórico-comparativo traz à baila fatos sociais e notícias que contribuem para o debate. No tocante à abordagem, o método jurídico é constitucionalista, humanístico, histórico, sociológico e filosófico, vertentes que alicerçam todo o embasamento social elaborativo das leis.

Para ratificar a importância da liberdade para o Estado democrático de direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988, o cinema é uma ferramenta inserida nos meios de comunicação para a propagação e o exercício da expressão, difusor do pensamento crítico e das liberdades historicamente objeto de censura durante o regime autoritário ocorrido no país na década de 1960.

A análise reflexiva tem por fulcro a doutrina dos direitos humanos e constitucional acerca dos limites das liberdades de expressão e informação, bem como a responsabilidade estatal à proteção do patrimônio e memória cultural e cinematográfica por meio de políticas públicas advindas de órgãos como Ancine ou Arquivo Nacional.

2. Produções cinematográficas e audiovisuais: ferramentas de acesso à informação e à manifestação artístico-cultural

Desde os primórdios, o cinema foi moldado como forma de comunicação a partir de imagens pelo movimento, dando forte impressão da realidade, como no filme *A saída dos operários da fábrica Lumière*¹ dos irmãos Auguste Marie Louis Nicholas e Louis Jean, conhecidos mundialmente como irmãos Lumière, em 1895.

Como forma de comunicação, o cinema pode demonstrar fatos ou metáforas da ficção. De uma maneira ou de outra, a indústria da co-

1 Considerado o primeiro filme a ser produzido em público com duração de 45 segundos, retratou vários trabalhadores saindo da Fábrica Lumière, na França, e celebrado até os dias atuais como registro histórico.

municação audiovisual tem um efeito de “memória” que evidencia o passado e a própria história humana. (SANTOS, 2002, p. 33)

Castellano (2013, p. 5) esclarece que na identificação o sujeito absorve o mundo ao se projetar nele, incorporando o meio ambiente no próprio eu. Ou seja, identificar-se com algo significa trazer as nuances observadas no meio em que vive para si próprio.

Segundo Morin (2014), a inserção do espectador no contexto social do filme assistido tem um efeito de ressignificação explicada pela teoria da identificação e projeção de maneira que o espectador, ao assistir a tais conteúdos audiovisuais, vai gerar questionamentos sobre as situações que o cercam.

Trata-se, portanto, de captar aspectos de fora e relacioná-los a outros do próprio eu, num processo que ocorre de fora para dentro. A projeção se dá de dentro para fora quando o indivíduo se coloca no lugar, imaginando como seria tal situação vivenciada por ele mesmo.

2.1. A Sétima Arte e sua importância para o Estado democrático de direito

A “sétima arte”, “arte total”, “arte do movimento” ou “a alma da modernidade” foi conceituada de antemão pelo crítico de cinema Ricciotto Canudo no intelectual artístico *The Birth of the Sixth Art* (O nascimento da Sétima Arte) e deu origem ao movimento expressionista. (ABEL, 1993)

A comunicação audiovisual-cinematográfica se expandiu significativamente nos anos de 1960, quando se tinha tanto a divindade dos atores quanto o “culto” ao estilo americano de vida (*american way of life*), criado pela indústria cinematográfica de Hollywood no pós-segunda guerra mundial tanto pela análise dos direitos humanos (na película *Horizontes de glória*, do dire-

tor Lewis Milestone, 1951) como na análise dos valores sociológicos e psicológicos, importante veículo de propaganda e informação. (FERREIRA, 2009, p. 186)

Conforme Leonor Sousa Pinto (2006), o patriotismo e o desenvolvimentismo no Brasil dos anos 1950, com a política dos “cinquenta anos em cinco” do então presidente da República Juscelino Kubitschek, trouxe o desenvolvimento e a efervescência de vários setores, entre eles o da arte como um todo.

As pessoas estavam abertas a criações artísticas, a exemplo da bossa nova, e no cinema não foi diferente. O “Cinema Novo” surgiu com o conceito de transformar aquilo que já era tido como usual nos filmes americanos e europeus, a fim de mostrar a realidade e o próprio dia a dia dos brasileiros com teor crítico em favor de diminuir as desigualdades sociais. Enfim, o país vivia uma época de liberdade e positivismo político. (PINTO, 2006, p. 1)

Os meios de comunicação – o cinema, em especial, por possuir imagens que evidenciavam ao olho humano a representação da realidade – possuíam algo grandioso: o poder de informação. Refletia-se, assim, o direito de o cidadão ficar a par do que acontecia em seu país acerca, por exemplo, das políticas públicas desenvolvidas pelo governo e propagadas nos noticiários em geral.

Conforme o art. 5.º, XIV, da Constituição Federal, é assegurado a todos o acesso à informação, resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional, direito inerente a qualquer cidadão, principalmente com as descobertas crescentes de novas tecnologias de comunicação. Também no mesmo artigo, inc. IX, é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (BRASIL, 1988). É, portanto, assegurado o desenvolvimento de projetos de fontes intelectuais e artísticas, os expressionismos, em favor da história cultural nacional, pondo limites ao Estado quanto ao poder de intervir em produções artístico-culturais.

A manutenção de preceitos fundamentais e constitucionais – como o direito à liberdade de expressão e opinião artística, religiosa e ao acesso à informação – é de suma importância para a democracia que, afinal, não se resume apenas a eleger representantes. Todos devem participar das diversidades e adversidades do jogo democrático, assim como é dever do Estado inserir o cidadão no cotidiano de suas ações por meio da transparência e da informação.

O cinema desempenha papel importante como meio de comunicação para o Direito, uma vez que é possível constatar a perspectiva audiovisual de um processo em questões relativas ao cotidiano do mundo jurídico.

Conforme Nielson Ribeiro Modro (2009, p. 10), um olhar que envolve a interdisciplinaridade no meio didático – obras acadêmicas que utilizam as “imagens de movimento” – proporciona uma visão acerca do cotidiano do mundo. Contudo, é bastante acentuada a distância entre o sistema jurídico brasileiro e o americano, como na minissérie *Justiça*, de Manuela Dias (2016), vs. *How to get away with murder*, de Peter Nowalk e Shonda Rhimes (2014), e até mesmo em obras que se utilizam do clichê da figura do advogado como estereótipo do profissional de Direito.

2.2. Cinema: instrumento para formação de opinião e reflexão da realidade social

Em que pese o antagonismo existente entre realismo e ficcionismo, ambas as vertentes exigem do espectador uma interpretação da realidade social. Na sala de aula, como ferramenta importante para o professor, o cinema repassa a percepção da imagem sem que tire o sentido do próprio conteúdo, pois este será feito para estimular o imaginário do espectador – ou do próprio aluno –, podendo explorar períodos históricos, valores educacionais etc., exigindo crítica interpretativa da realidade que o cerca. (MODRO, 2009)

Como exemplo, os documentários “Cortina de Fumaça” do diretor Rodrigo Mac Niven (2010) – que aborda a política de drogas vigente no Brasil e no mundo bem como questões do discurso proibicionista – e “Carregadores de Sonhos” do diretor Deivisson Fiúza (2010) – que enfoca o transporte público, a pobreza, o abandono familiar – geram questionamentos no meio acadêmico-jurídico por serem assuntos pertinentes às mais diversas áreas do Direito.

O cinema norteia lembrar causas do passado para que estas jamais venham a se repetir (ROSENSTONE, 2010), como as películas que enfocam as relações insalubres no trabalho retratadas em *Tempos Modernos* (1936); a II Guerra Mundial, em *O diário de Anne Frank* (1959), *Operação Valquíria* (2008), *Dunkirk* (2017), ou *O destino de uma Nação* (2018) e suas relações com os direitos humanos; a Ditadura Militar no Brasil em 1964, retratada no documentário *Em Busca da Verdade* (2005) e no filme *Zuzu Angel* (2006) e suas relações tanto com a história quanto com a democracia.

Para o cineasta Mohsen Makhmalbaf (2015), “o cinema é como um espelho em que a sociedade se vê refletida e tem o poder de inverter a direção do olho focado no lado de fora, trazendo de volta para dentro, gerando questionamentos e mudanças”. Makhmalbaf ressalta que no mundo cinematográfico ou audiovisual o espectador passa, a partir do contato visual e psicológico sobre determinados assuntos, a sentir e a refletir acerca de realidades por ele não vividas. A propósito, Christian Metz explica que “a tela seria como um espelho onde o espectador, mesmo não vendo o seu próprio corpo, consegue assimilar identificações pontuais em seu imaginário”. (CARVALHO et. al., 2015, p. 393)

Grandes obras audiovisuais e cinematográficas, principalmente dos estúdios norte-americanos, utilizam-se dos aspectos jurídicos, que obviamente seguem as amarras de suas próprias legislações. Nessa linha, filmes que abordem questões como legalização das drogas, pena de morte e casamento homoafetivo no

âmbito norteamericano estão embasados na realidade local. Mas, por mais que se verifiquem diferenças entre o sistema jurídico brasileiro e o estadunidense, há de se notar que a concepção de “justiça” é universal. Quando o espectador estabelece contato com as telas, o julgamento de consciência sobre certos assuntos virá à tona em conformidade com o próprio Direito.

No Brasil, a proibição da pena de morte, por exemplo, é cláusula pétrea (art. 5.º, inciso XLVII, da Constituição Federal de 1988), o que gera uma linha de análise comparativa das discussões tanto do espectador individual quanto de grupos de estudos acerca de tais assuntos. (MODRO, 2009)

Obras como *The Handmaid's Tale*, de Margaret Atwood, expõem uma sociedade sem Estado democrático de direito e a ascensão de um governo teômano, a exemplo do Vaticano e do Irã, e totalitário. O filme retrata uma verdadeira caça às bruxas, em que as mulheres são agredidas e inferiorizadas sem o menor aparato judicial ou estatal. Punidas e culpadas pela infertilidade ou por doenças sexualmente transmissíveis, elas se veem obrigadas a deixar seus empregos, a mudarem os nomes, a obedecerem a seus maridos e a serem escravizadas sexualmente. (FREITAS, 2017)

A série *Traidores de gênero* aborda o tratamento aos homossexuais e os aspectos relacionados à reorientação sexual, temática mundialmente discutida no âmbito jurídico e psicológico. O cinema, como qualquer obra artística, depende das relações psicológicas do espectador. Young (2004, p. 198), autor do livro *A psicologia vai ao cinema*, salienta:

Os filmes educam e divertem, mas também são formas de poesia narrativa e visual. Eles podem ser perturbadores e belos e têm a capacidade de instruir e inspirar. Como toda arte, os filmes podem ser perigosos, mas também são uma dádiva - uma dádiva perigosa que é potencialmente destrutiva e potencialmente edificante.

É evidente que há pontos negativos e pontos positivos em qualquer ângulo da interação de obras cinematográficas e audiovisuais com o público em geral. O ponto central é que tais obras levam à reflexão negativa ou positiva sem se preocuparem com a aceitação ou a rejeição do próprio público.

O cinema é testemunho singular do seu tempo, pois está fora de qualquer instância de produção até mesmo do Estado, que no caso brasileiro é laico, como reza o art. 19 da Constituição Federal. Logo, a visualização e a discussão de assuntos não podem sofrer retrocessos quanto aos direitos adquiridos.

Marc Ferro (1992) questiona se o cinema seria uma espécie de contra-análise da sociedade, uma vez que é notória a força de tal meio de comunicação, mesmo frente a regimes totalitários, onde a censura é inevitável.

3. Censura na Ditadura de 1964 versus liberdade de expressão e informação da Constituição de 1988

Desde o Império, há uma preocupação acerca das liberdades individuais e de imprensa, a exemplo do Decreto promulgado em 2 de março de 1821 por Dom Pedro I, o qual aboliu qualquer censura nos meios de comunicação daquela época, mas que cento e cinquenta anos depois seria revogado pela Ditadura Militar em 6 de setembro de 1972 com a seguinte ordem do Departamento de Polícia Federal: “Está proibida a publicação do decreto de d. Pedro I, datado do século passado, abolindo a censura no Brasil. Também está proibido qualquer comentário a respeito.” (GOUVÊA, 2019)

No Brasil, a censura já era alarmante às “ideias perniciosas”, tanto que se criou em 1939 durante o governo Getúlio Vargas o Departamento de Imprensa e Propaganda (DOP), a fim de divulgar notícias que convinhassem ao governo, e em 1945 o Serviço de Cen-

sura às Diversões Públicas (SCDP), para atingir principalmente o cinema, tendo em vista que já havia um foco em questões morais para atender a sociedade conservadora daquela época. Aliás, o Decreto-lei 1.949, de 30 de dezembro de 1939, instaurara uma série de censuras à imprensa, ao cinema, ao teatro ou a quaisquer meios artístico-culturais que ousassem atentar contra a moral e os bons costumes. Porém, tais limitações à liberdade de informação não teriam sido esgotadas. Em 1964, a censura voltaria, de forma sistemática, com força multiplicada. (GOUVÊA, 2019)

Os “anos de chumbo” iniciaram-se em 1.º de abril de 1964, quando o presidente da Câmara declarou vacância na presidência da República e o general Humberto Castello Branco assumiu. Era a consumação do golpe de Estado originado das passeatas de cunho conservador que tomaram conta do país, conhecidas como “Marcha da Família com Deus, pela liberdade”. (PINTO, 2006, p. 159)

Com projetos e discursos nacionalistas, a censura na ditadura veio com teor desarticulador dos meios culturais e de comunicação no plano político. No início, a justificativa moralista se prendia aos palavrões, ao nudismo ou a questões de infidelidade, como no filme *A falecida*, do diretor Leon Hirszman, cujo tema era a “infidelidade da esposa”, o “cinismo do marido” em documentos intitulados Ficha da Censura, em 1965. (PINTO, 2006, p. 161)

O embate da sociedade civil foi inevitável. Com passeatas e resistência ao golpe que pairou no país, o perfil da censura muda e se torna oficial em perseguições de cunho político. Palavras como “subversão”, “ditadura”, “governo popular” e “revolução” se tornam comuns para conter as palavras de “baixo calão de cunho subversivo” ou “antirrevolucionárias” dos militares. O tempo de falso otimismo pairou dentro do golpe em 1968 sob a perspectiva cinematográfica e de garantias de liberdades quando alguns filmes lançados tiveram o direito de informação sistematicamente dilacerado pelos próprios militares que estavam no comando

das obras, alterando fatos e formulando ou permitindo o que convinha ao governo. (PINTO, 2006, p. 162)

Com o início do AI-5, o governo suspende todas as garantias constitucionais, e a censura (antes somente no cinema e no teatro) perpassa todas as produções culturais e de informação. O presidente, a partir daí, tinha plenos poderes de censurar previamente qualquer obra considerada “subversiva” ao governo, e os veículos de comunicação tiveram de se adaptar à lista dos censores do que não se deveria falar, por exemplo, a respeito de denúncia de presos, torturas ou qualquer alarde sobre crises institucionais que incluíssem o governo. (GOUVÊA, 2019)

Na manchete do *Jornal do Brasil* (1968) um dia depois da publicação do AI-5 eis a metáfora

Previsão do tempo:

Tempo negro.

Temperatura sufocante.

O ar está irrespirável.

O país está sendo varrido por fortes ventos.

Máx.: 38°, em Brasília. Mín. 5°, nas Laranjeiras.

A censura é ferramenta usual nos regimes antidemocráticos, e especialmente na ditadura militar do Brasil permitiu a interdição de obras a fim de modelar a produção cultural a vender verdades para manutenção de um Estado ditatorial, fazendo com que o direito de informação e de expressão da população exterminasse a identidade cultural nacional. (PINTO, 2006, p. 163)

A ditadura militar que se iniciara em 1964 e teve fim 21 anos depois (1985), em 5 de outubro de 1988 foi desarticulada imediatamente com a promulgação da atual Constituição Federal, também conhecida por “Carta Magna” ou “Constituição Cidadã”,

por ter sido concebida no processo de redemocratização. Nas palavras do deputado federal Ulysses Guimarães (2012, p. 122), “a Assembleia Constituinte se reuniu sob o intento imperativo de promover a grande mudança exigida pelo nosso povo. Ecoam nesta sala as reivindicações das ruas. A nação quer mudar. A nação deve mudar. A nação vai mudar”.

3.1. Dos direitos e garantias individuais e veto a censura

A Constituição Federal de 1988 barrou veementemente qualquer forma de censura e de abuso de poder do Estado sob a óptica das liberdades individuais e do livre pensamento quando se tornou o símbolo da redemocratização em um processo que começou em 1985 graças a sugestões de cidadãos, constituintes e entidades representativas. A CF preconiza que:

Art. 5.^o - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à **liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Tal dispositivo assegura, além de outras prerrogativas, a liberdade, primordial à concretização dos direitos individuais, sem a qual não haveria manifestação de pensamento (inciso IV), consciência de crença (inciso VI), expressões intelectuais, artísticas e culturais (inciso IX), trabalho (inciso XII), acesso à informação (inciso XIV).

Fazendo jus à significação de “Constituição Cidadã”, representa um projeto de liberdade e de igualdade entre todos os cidadãos. (SOARES, 1989)

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e

a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerá qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1.º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV).

§ 2.º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo inspirações da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), principalmente quando frisa o princípio da dignidade humana e, em sequência, os valores sociais do trabalho e do pluralismo político. (ARAÚJO; FONSECA, 2012)

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão. Esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras (art. 220 da CF/1988), e uma concepção contemporânea dos direitos marcados pela universalidade e indivisibilidade (art. 19 da DUDH, 1948).

A significação de liberdade de expressão (um direito de primeira geração) e o acesso à informação (um direito de quarta geração) foi atrelada à *liberté, égalité et fraternité* que faz jus à Revolução Francesa. Essa teoria geracional dos direitos humanos foi desenvolvida por Karel Vasak em 1979 e por Norberto Bobbio em 1992 no livro *A era dos direitos*. (TORRANO, 2015)

Todos esses movimentos, teorias e tratados entre o direito interno e o direito internacional fortalecem os direitos fundamentais da Constituição Cidadã dos dias atuais, tanto pelas liberdades da Declaração Universal dos Direitos Humanos quanto pelas teorias geracionais do explícito conjunto das liberdades individuais de informação religiosa, expressão artística, cultural, patrimonial, entre outras. (PIOVESAN, 1996, p. 104)

4. Responsabilidade do Estado brasileiro no fomento artístico-cultural

Cultura e desenvolvimento socioeconômico se tornaram pautas de políticas públicas por abordarem historicamente aspectos materiais ou imateriais da vida humana, sendo um caracterizador de comportamentos humanos ligados à identidade, aos costumes, às memórias e aos valores que devem ser preservados pela sociedade. (PORDEUS SILVA, 2010, p. 106)

Inseridos em um campo democrático, é um direito do cidadão exercer sua liberdade para expressar a visão de mundo nos meios artísticos, culturais, jornalísticos ou nas redes sociais. Portanto, é necessário que o Estado, por meio de incentivo ou de leis, preserve todo o processo patrimonial e cultural do histórico de luta principalmente do cinema, alvo de censura durante o regime militar autoritário, até a promulgação da Constituição de 1988. (SIMIS, 2007)

Historicamente, o Brasil tem-se tornado omissor, por exemplo, nas políticas públicas culturais. Registre-se o caso da Agência Nacional de Cinema (Ancine), instituição que vem sofrendo corte de verbas do Tribunal de Contas da União (TCU) e teve de paralisar toda a prestação de serviços à indústria audiovisual, provocando pausa de algumas obras em andamento e um prejuízo à arte no país. (BRASIL, 2019)

Segundo o jornal *Folha de S. Paulo* (2019), o BNDES, maior parceiro do cinema nacional, cortou 40% das verbas de patrocínio da Petrobras em quase todas as áreas culturais, afetando a Mostra de Cinema de São Paulo, o Festival de Teatro de Curitiba, o Prêmio da Música Brasileira e o Teatro Poeira, no Rio de Janeiro. “São cortes do governo federal em função da reavaliação de contratos. O Estado tem maiores prioridades”, disse o presidente Jair Bolsonaro via Twitter.²

2 “Reconheço o valor da cultura e a necessidade de incentivá-la, mas isso não deve estar a cargo de uma petrolífera estatal. A soma dos patrocínios dos últimos anos passa de R\$ 3 bilhões. Determinei a reavaliação dos contratos. O Estado tem maiores prioridades.”

O fato é que em 2011, conforme investigação do jornal *Estadão* (2019), a Petrobras patrocinou R\$ 350 milhões por meio do Programa Petrobras Cultural, que caiu para apenas R\$ 38 milhões em 2018. A discrepância é maior quando o governo federal aumenta em 63% os repasses à área publicitária do próprio governo alegando o “enxugamento da máquina pública”.

Incentivar a cultura e os seus devidos expressionismos é retirar jovens da marginalização por um processo de integração principalmente daqueles que estão fora do mercado de trabalho, pois é notável que os espaços culturais apontam alternativas de crescimento pessoal e espiritual.

Na economia, um impacto positivo às obras cinematográficas gera empregos e renda bem como a valorização urbana de políticas públicas que protejam os patrimônios culturais materiais. (PORDEUS SILVA, 2010, p. 110)

4.1. Liberdade de expressão e informação: limites

A liberdade de expressão e o acesso à informação são imprescritíveis no Estado democrático de direito, pois são questões pertinentes ao desenvolvimento humano e aos preceitos de liberdades fundamentais de qualquer cidadão.

A capacidade de comunicação por meio da arte, da tecnologia ou da ciência consiste no uso da linguagem, do diálogo e da persuasão. O pensamento crítico viabiliza a livre circulação de ideias, instrumento para defesa de direitos como liberdade de reunião, associação, participação política, religiosa, étnica, entre outros. (BENTO, 2016, p. 96)

Porém, há de se ater ao fato de que liberdade de expressão e de informação encontra limite na própria Constituição Federal de 1988, como os direitos da personalidade, honra, intimidade,

vida privada e imagem (art. 5.º, X, e art. 220, §1.º), a segurança da sociedade e do Estado (art. 5.º, XIII), a proteção da infância e da adolescência (art. 21, inc. XVI, 63). (BARROSO, 2004, p. 22)

O art. 221 da CF/1988 também traz um rol de preceitos que as emissoras de rádio e TV devem atender, visando justamente a bloquear qualquer programação que não transmita a preferência de questões educativas e que não promova a cultura nacional.

No mundo cinematográfico, em 1998, *A última tentação de Cristo*, do diretor Martin Scorsese, foi proibido pelo *Consejo de Calificación Cinematografica* – conselho de classificação cinematográfica do Chile. Órgão ainda preponderante da ditadura havida naquele país, o CCC alegou à Suprema Corte do Chile questões de “honra religiosa” ou “ofensivas à imagem de Jesus Cristo”. Denunciado pela *Corte Interamericana de Derechos Humanos* de que houve censura prévia, o Estado do Chile foi condenado a mudar seu ordenamento jurídico bem como a efetuar o pagamento às vítimas que demandaram a Corte. (BENTO, 2016, p. 97)

No Brasil, ganhou manchete em todos os jornais a exibição de *1964: o Brasil entre armas e livros* (2019), dos diretores Filipe Valerim e Lucas Ferrugem, que defendia a Ditadura Militar instaurada no Brasil como positiva à história nacional. Tamanha polêmica nas salas em que o filme seria projetado pela rede de cinemas Cinemark obrigou a própria companhia a cancelá-lo sob a justificativa de não ter qualquer envolvimento com aquela produção, trazendo à tona, mais uma vez, a questão dos limites da liberdade de expressão e informação. (CORREIO BRASILIENSE, Jornal, 2019)

Em tempos em que o chefe de Estado brasileiro determina que se façam “comemorações devidas à Ditadura Militar”, na Alemanha o nazismo é tratado como crime por pena de prisão ou de multa tanto no uso de propagandas como em obras e opiniões, mesmo virtuais, que possam negar a história do holocausto. Desde a fase escolar, as crianças alemãs são informadas das atrocidades ocorri-

das contra judeus, negros e homossexuais no seu país, tanto por meio de livros como por meio de documentários, com cenas reais que mostram as câmaras de gás e os corpos sendo arrastados pelos campos de concentração. (CARTA CAPITAL, Revista, 2019)

Importante salientar que o holocausto e a ditadura configuram chagas na história dos dois países (Brasil e Alemanha), pelas atrocidades cometidas, resguardadas as suas diferenças.

4.1.1. Classificação indicativa nas produções audiovisuais

A classificação indicativa não se confunde com censura, pois é uma recomendação dada pela Secretaria Nacional de Justiça (SNJ) do Ministério da Justiça às produções audiovisuais lançadas no país tanto para a TV aberta como para a TV fechada, bem como para o mercado de cinema e vídeo, jogos eletrônicos ou de interpretação. O Conselho de Classificação Indicativa (Concid) é composto por um grupo de 30 pessoas, que analisa o material dentro dos parâmetros da seguinte tabela:

CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA	
L	LIVRE PARA TODOS OS PÚBLICOS Histórias sem conteúdos potencialmente prejudiciais para qualquer faixa etária
10	NÃO RECOMENDADO PARA MENORES DE 10 ANOS Histórias de conteúdo violento e linguagem imprópria de nível leve
12	NÃO RECOMENDADO PARA MENORES DE 12 ANOS Histórias com cenas de agressão física, insinuação de consumo de drogas e insinuação leve de sexo
14	NÃO RECOMENDADO PARA MENORES DE 14 ANOS Histórias com agressão física média, consumo de drogas explícito e insinuação de sexo moderada
16	NÃO RECOMENDADO PARA MENORES DE 16 ANOS Histórias com consumo de drogas explícito, agressão física acentuada e insinuação de sexo acentuada
18	NÃO RECOMENDADO PARA MENORES DE 18 ANOS Histórias com consumo e indução ao consumo de drogas, violência extrema, suicídio, cenas de sexo explícitas e distúrbios psicossomáticos
FONTE: SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA - MINISTÉRIO DA JUSTIÇA	

De acordo com o Arquivo Nacional (2018), essas classificações são fundadas no Direito de Informação que ajudam tanto no combate de programas prejudiciais às crianças e aos adolescentes em fase de desenvolvimento quanto no alerta a assuntos danosos ao espectador sem conhecimento do conteúdo audiovisual. Igualmente é útil aos pais no controle do material destinado a seus filhos menores de idade.

Portanto, a regulamentação da informação passada ao telespectador é uma das políticas públicas desempenhadas pelo Estado na proteção dos mais vulneráveis, a exemplo da campanha “Não se engane”, lançada em 2012 com o intuito de alertar os pais sobre a influência que obras audiovisuais pode ter na formação das crianças. Informar a classificação indicativa é, pois, uma forma de selecionar os melhores programas para o filho. (LIMA, 2012)

Nessa campanha, emissoras de TV públicas e privadas, salas de cinema e meio virtual divulgaram filmes em *toy art* sobre violência e drogas, mostrando como as crianças tendem a repetir o que veem na televisão. (BRASIL, 2018)

4.2. A importância da Agência Nacional de Cinema (Ancine) para a consagração do cinema nacional

A Ancine, autarquia especial vinculada ao Ministério da Cidadania e instituída pelo art. 5.º da Medida Provisória 2228-1/2001, conforme o art. 6.º dessa Medida Provisória regulamenta e fiscaliza o mercado do cinema e do audiovisual em favor da sociedade brasileira, incentivando produções nacionais e independentes. Também executa a política do Conselho Superior de Cinema de cumprimento da cota de tela³, combate à pirataria, fomento e proteção à indústria cinematográfica, resguardando a livre manifestação de pensamento, criação, expressão e informação. (BRASIL, 2001)

3 Obrigação de as empresas exibidoras incluir em sua programação obras cinematográficas brasileiras de longa-metragem.

Além de ser apoio técnico e administrativo do Conselho Superior de Cinema, fornece dados e registros das obras nacionais que serão comercializadas, protege a cultura, a memória e a identidade nacionais. Em termos econômicos, gera empregos, luta pelo crescimento do mercado interno bem como pela inserção no mercado externo em festivais internacionais. (BRASIL, 2001)

Os apoios indiretos centram-se na polêmica *Lei Rouanet* (Lei 8.313/1991), na *Lei do Audiovisual* (Lei 8.685/1993) e na *Medida Provisória 2.228-1/2001*, que permite a pessoas físicas ou jurídicas ser patrocinadoras e receberem incentivos fiscais desde que apoiem financeiramente a cultura nacional e as produções cinematográficas ou audiovisuais.

Em 2019, o Tribunal de Contas da União (TCU) suspendeu o repasse de recursos públicos para o setor audiovisual, o que acarretou a paralisação de obras nacionais em andamento, programas televisivos. Tal suspensão foi alvo de muitas críticas de produtores, cineastas e diretores que se sentiram prejudicados. (PORTAL G1, 2019)

4.3. A importância do Arquivo Nacional e da memória cultural e cinematográfica do país

Memória cultural é um conjunto de traços espirituais e materiais que abrange artes, letras, modos de vida, sistema de valores, tradições, crenças, entre outros, a exemplo das bibliotecas nacionais, instituições que reúnem um conjunto de tradições tanto de memória como de produção intelectual. (SEVERO, 2017)

A memória não está presa apenas ao passado. Ela compreende três dimensões temporais: ao ser evocada no presente, ao reportar-se ao passado, ao ter em vista sempre o futuro (DOURADO, 2013). Essa memória cultural é constituída por documentos, ritos,

celebrações, objetos, textos, escritas e quaisquer símbolos que remeterem aos acontecimentos históricos do país. (BRASIL, 2016)

As “memórias culturais” podem ser resguardadas em acervos, que servem para proteger arquivos, a exemplo do Arquivo Público do Império, instituído durante o Brasil Império, conforme a Constituição de 1824, mas que em 1838 recebe o nome de Arquivo Nacional a fim de preservar a memória documental da administração pública, patrimonial, cultural e histórica do país. Este órgão serve como garantidor do pleno acesso à informação do cidadão, assim como incentivador da produção artística. (BRASIL, 2016)

De acordo com o art. 51 do Decreto 9.662/2019, compete ao Arquivo Nacional:

I - orientar os órgãos e as entidades do Poder Executivo federal na implementação de programas de gestão de documentos, em qualquer suporte;

II - fiscalizar a aplicação dos procedimentos e das operações técnicas referentes à produção, ao registro, à classificação, ao controle da tramitação, ao uso e à avaliação de documentos, com vistas à modernização dos serviços arquivísticos governamentais;

III - promover o recolhimento dos documentos de guarda permanente para tratamento técnico, preservação e divulgação, de forma a garantir acesso pleno à informação, em apoio às decisões governamentais de caráter político-administrativo e ao cidadão na defesa de seus direitos, com vistas a incentivar a produção de conhecimento científico e cultural;

IV - acompanhar e implementar a política nacional de arquivos, definida pelo Conselho Nacional de Arquivos; e

V - instruir e analisar as solicitações de registro de empresas que executem serviços de microfilmagem. (BRASIL, 2019)

Os arquivos estão disponíveis em forma documental na sua sede no Rio de Janeiro (RJ) ou *online* no Sistema Nacional do Arquivo Nacional (Sian), que pode ser acessado em todo o mundo por meio

de busca na internet. O Arquivo Nacional é importante instrumento de propagação da memória cultural também em exposições como o Arquivo em Cartaz, a Revista Acervo, a Semana Nacional de Arquivos, o Centro de Referências Memórias Reveladas, entre outras.

O Arquivo em Cartaz, festival internacional de cinema apoiado pelo Arquivo Nacional na difusão do patrimônio audiovisual e na recuperação da memória cinematográfica do país, tem o intuito de incentivar filmes produzidos com imagens de arquivo, exibir películas restauradas, além de oferecer oficinas e projetos que visem à preservação e ao tratamento de arquivos cinematográficos cujas imagens de movimento possuem expressivos registros da história e da cultura brasileira. (BRASIL, 2012)

Como proposta de “expor para melhor guardar” a censura histórica sofrida pelo cinema, o *Memória da censura no cinema brasileiro* disponibilizou gratuitamente, em 2005, seis mil documentos relativos a processos de censura de 175 filmes brasileiros, documentos da Deops-SP e material de imprensa, bem como películas que não tiveram seus processos de censura localizados. Em 2007, mais 269 filmes de 35 cineastas representantes do “cinema marginal, da pornochanchada e do cinema independente”, alguns dos gêneros censurados na época da Ditadura Militar no Brasil. Em 2016, mais 283 filmes dos Estúdios Cinematográficos Brasileiros e de cineastas independentes. (PINTO, 2016, p. s/n)

Por conseguinte, Vilela (2015) elucida que as memórias culturais são resquícios de monumentos, bibliotecas e acervos que comprovem que um fato histórico aconteceu, sendo benéficas ao demonstrar casos do passado para que não voltem a se repetir. No pós-segunda guerra mundial na Alemanha, há uma cultural aversão ao tempo no qual o nazismo era dominante, bem como intenso respeito aos judeus, negros e homossexuais assassinados nos campos de concentração.

Em contrapartida, podem ser maléficas quando grupos que desprezam as liberdades individuais e os direitos humanos idealiz-

zem um “revanchismo”. Assmann (2011) afirma que “a memória pode ser perigosa e destrutiva se desenterrar raiva e a vontade de revisar a história”, como os *skinheads*⁴, que se dizem neonazistas e seguem toda a teoria ariana difundida pelo nazismo, e os grupos pró-ditadura no Brasil.

5. Conclusão

As liberdades são imprescritíveis num Estado democrático de direito. Daí a importância do cinema para o fortalecimento e o exercício da liberdade de expressão e do pensamento crítico da realidade social, sobretudo acerca das opressões e do nefasto desrespeito aos direitos humanos ocorridos durante a Ditadura Militar (1964-1985) e suas consequências para a democracia.

A história do cinema, conhecido como “sétima arte” no Brasil e no mundo, seguiu eras de alguns governantes antes e depois da ditadura. Mesmo com a promulgação da Constituição Federal em 1988, que aboliu de vez a Ditadura Militar, deixou-se um ranço até hoje nas mais diversas estruturas do Estado. Naquela época, censurava-se qualquer meio artístico que ousasse criticar o governo ou falar sobre temas tabus tão necessários à sociedade.

Reafirma-se que um Estado democrático deve combater autoritarismo, censura, cerceamento e limitação de liberdade, a fim de rechaçar qualquer tipo de discurso de ódio e preconceito contra grupos vulneráveis, e fomentar uma sociedade pensante, reflexiva e participativa. Cabe neste ponto uma crítica à omissão do Estado no que concerne à proteção cultural e memória histórica, haja vista a diminuição de investimentos nesses setores além da suspensão de verbas imposta pelo TCU à Agência Nacional do Cinema (Ancine).

⁴ Subcultura originária dos jovens da classe operária no Reino Unido no final dos anos 1960 e, mais tarde, espalhada para o resto do mundo. O termo *skinhead* é constantemente associado a grupos neonazistas, nacionalistas e de extrema direita.

Se se considerar que os investimentos do Estado devem estar pautados no incentivo a políticas públicas de inclusão cultural que refletem o exercício da cidadania, tais medidas são altamente prejudiciais e negativas, principalmente em um contexto de reconhecimento internacional do cinema brasileiro, que tem vários filmes premiados no Festival de Berlim, no Festival de Cannes, entre outros.

Destaque-se que o Arquivo Nacional, além de proteger documentos da administração pública, divulgou centenas de títulos censurados durante a Ditadura Militar, como a *Memória da censura no cinema brasileiro* da diretora Leonor Souza Pinto.

No meio acadêmico, o uso interdisciplinar do cinema para fomentar o pensamento crítico às consequências da censura, à promulgação da atual Constituição da República e ao dever do Estado em resguardar todo órgão de proteção às instituições que prezem a memória cultural deve ser pauta para que situações de autoritarismo não sejam repetidas e sim repelidas.

6. Referências

ARAÚJO, Luis Felipe; FONSECA, Charlie Rodrigues. *A influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos no Direito brasileiro*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3200, 5 abr. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21440>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/>>. Acesso em: 24 Abr. 2019.

BENTO, Leonardo Valles. *Parâmetros internacionais do direito à liberdade de expressão*. Revista de informação legislativa: RIL, v. 53, n. 210, p. 93-115, abr./jun. 2016. Disponível em: <[http://www12.ril_v53_n210_p93](http://www12.ril.v53_n210_p93)>. Acesso em: 17 abr. 2019.

BOLSONARO, Jair. *Twitter @jairbolsonaro*. Disponível em: <<https://twitter.com/jairbolsonaro/status/1093570960404434945>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

BRASIL. *Constituição 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão n. 721/2019 - TCU - 1ª Câmara. Diário Oficial da União (DOU) de 19 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Arquivo Nacional. *Patrimônio Audiovisual*. 2018. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/arquivo-nacional-patrimonio>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

BRASIL. *Medida Provisória 2.228-1/2001*. Brasília, 6 de setembro de 2001.

BRASIL. *Decreto 9.662*, de 1.º de janeiro de 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Arquivo Nacional*. Institucional, Histórico. 2016. Disponível em: <<http://www.arquivonacional.gov.br/br/institucional.html>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Arquivo Nacional*. Festival Internacional de Cinema de Arquivo. 2012. Disponível em: <<http://www.arquivonacional.de-cinema-de-arquivo.html>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

GOUVÊA, Viviane. *Censura no Brasil: o que podemos saber?* In: Portal Arquivo Nacional. Fevereiro de 2019. Disponível em: <<http://brasilrepublicano.an.gov-censura-no-brasil.html>>. Acesso em: 8 abr. 2019.

GUIMARÃES, Ulysses, 1916–1992. *Seleção de textos, introdução e comentários de Luiz Gutemberg*. [recurso eletrônico] – 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

FOLHA DE S. PAULO, Jornal. *Petrobras corta patrocínio de festivais de cinema, música e teatro*. Reportagem de Maurício Meireles. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/petrobras-corta-patrocínio-de-festivais-de-cinema>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

ESTADÃO, Jornal. *Petrobras avalia cortar patrocínios culturais* – Política. 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,petrobras-avalia-cortar-patrocínios-culturais,70002711112> Acesso em: 8 abr. 2019.

LIMA, Luciana. *Classificação indicativa não pode ser confundida com censura, diz ministro da Justiça*. In: Portal Agência Brasil, 2012. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-03-19/classificacao-indicativa-nao-pode-ser-confundida-com-censura-diz-ministro-da-justica>> Acesso em: 14 abr. 2019.

MAKHMALBA, Mohsen. *O poder do cinema*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=mtv54edolco>> Acesso em: 18 abr. 2019.

MODRO, Nielson Ribeiro. *O mundo jurídico no cinema*. Santa Catarina: Nova Letra Gráfica & Editora, 2009.

MORETTIN, E. V. *O cinema como fonte histórica na obra*. História: questões & debates, Curitiba, n. 38, p. 11-42, 2003.

MORIN, Edgar. *O cinema ou o homem imaginário*. Tradução: Luciano Loprete. São Paulo: É realizações, 2014.

NOCKLEBY, John T. *Hate Speech*. In: Encyclopedia of the American Constitution, ed. Leonard W. Levy and Kenneth L. Karst, vol. 3. Detroit: Macmillan Reference USA, pp. 1277-1279. 2000.

PIOVESAN, Flavia C. *A Constituição Brasileira de 1988 e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. 1996. 583 f. *Tese de doutorado em Direito*, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1996.

PINTO, Leonor Souza. *Cinema brasileiro e censura durante a Ditadura Militar*. 2006. Disponível em: <<http://www.memoria-cinebr.com.br/>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

PINTO, Leonor E. Souza. *Memória da Censura no Cinema Brasileiro: o projeto*. 2016. In: Portal MemóriaCine.br. Disponível em: <<http://memoriacinebr.com.br/o-projeto.asp>> Acesso em: 17 abr. 2019.

PORTAL G1. *TCU pede que Ancine explique suspensão de novos repasses para produção de filmes e séries*. Reportagem de Laís Lis. 4 abr. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/04/30/tcu-pede-que-ancine-explique-suspensao-de-novos-repasses-para-producao-de-filmes-e-series.ghtml>> Acesso em: 22 abr. 2019.

ROCHA, Maria Vital da; LOPES, Lidianie Moura. *A aplicação da teoria do Hate Speech nas decisões do STF: um estudo de casos*. R. Jur. FA7, Fortaleza, v. 13, n. 2, p. 71-82, jul./dez. 2016. Disponível em: <<file:///C:/Users/Felippe/Downloads/64-Texto%20do%20artigo-153-1-10-20161230.pdf>> Acesso em: 19 abr. 2019.

SEVERO, Helena. *Memória cultural do país*. In: Portal da Biblioteca Nacional. Fevereiro, 2017. Disponível em: <<https://bn.gov.br/producao/documentos/memoria-cultural-pais>> Acesso em: 10 abr. 2019.

SILVA, Eduardo Pordeus. *Cultura e desenvolvido humano: o papel do Estado e da sociedade civil na consolidação da cidadania*. Revista de informação legislativa: v. 47, n. 185, jan./mar. 2010. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198661>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

SOARES, Glaucio Ary Dillon. *A Censura durante o regime autoritário*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, n. 10, v. 4, junho de 1989. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/266022803_A_Censura_durante_o_regime_autoritario> Acesso em: 10 abr. 2019.

PEDROSA, Leonardo Bomfim. *Moderno descoberto por filmes que pensam o cinema de Lumière ao pós-guerra*. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4483/1/437014.pdf>> Acesso em: 11 abr. 2019.

REVISTA CARTA CAPITAL. *Entenda as origens ideológicas do nazismo*. 2019. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/entenda-as-origens-ideologicas-do-nazismo/>> Acesso em: 18 abr. 2019.

ROSENSTONE, Robert A. *A história nos filmes, os filmes na história*. Tradução de Marcello Lino. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

SANTOS, Alex. *Cinema e televisão: uma relação antropofágica*. João Pessoa: União, 2003.

SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech"*. In: Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SIMIS, Anita. *A política cultural como política pública*. Trabalho apresentado no III ENECULT – Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura, realizado entre 23 e 25 de maio de 2007. Disponível em: <<http://www.cult.ufba.br/enecult2007/AnitaSimis.pdf>> Acesso em: 16 abr. 2019.

TORRANO, Marco Antonio Valencio. *Quantas dimensões (ou gerações) dos direitos humanos existem?*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4247, 16 fev. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31948>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

YOUNG, Skipe Dine. *A psicologia vai ao cinema: o impacto psicológico da Sétima Arte em nossa vida e na sociedade moderna*. São Paulo: Cultrix, 2014.

VILELA, Soraia. *Cultura da lembrança: a memória cultural*. In: Portal Goethe-Institut, 2019. Disponível em: <<https://www.goethe.de/ins/br/pt/kul=1>> Acesso em: 26 abr. 2019.

Artigo recebido em 21/08/2019.

Artigo aprovado em 11/03/2020.

DOI:

