

FLÁVIO ROMERO GUIMARÃES
MILENA BARBOSA DE MELO
ORGS.

MÚLTIPLAS ABORDAGENS DO DIREITO: POR QUEM FAZ O JUDICIÁRIO





Universidade Estadual da Paraíba

Prof^a. Célia Regina Diniz | *Reitora*

Prof^a. Ivonildes da Silva Fonseca | *Vice-Reitora*



Editora da Universidade Estadual da Paraíba

Cidoval Morais de Sousa | *Diretor*

Conselho Editorial

Alessandra Ximenes da Silva (UEPB)

Alberto Soares de Melo (UEPB)

Antonio Roberto Faustino da Costa (UEPB)

José Etham de Lucena Barbosa (UEPB)

José Luciano Albino Barbosa (UEPB)

Melânia Nóbrega Pereira de Farias (UEPB)

Patrícia Cristina de Aragão (UEPB)



Editora indexada no SciELO desde 2012



Editora filiada a ABEU

EDITORA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

Rua Baraúnas, 351 - Bairro Universitário - Campina Grande-PB - CEP 58429-500

Fone: (83) 3315-3381 - <http://eduepb.uepb.edu.br> - email: eduepb@uepb.edu.br

FLÁVIO ROMERO GUIMARÃES
MILENA BARBOSA DE MELO
ORGANIZADORES

MÚTIPLAS ABORDAGENS DO DIREITO:

POR QUEM FAZ O JUDICIÁRIO



Campina Grande - PB | 2024



Editora da Universidade Estadual da Paraíba

Cidoval Morais de Sousa (*Diretor*)

Expediente EDUEPB

Design Gráfico e Editoração

Erick Ferreira Cabral
Jefferson Ricardo Lima A. Nunes
Leonardo Ramos Araujo

Revisão Linguística e Normalização

Antonio de Brito Freire
Elizete Amaral de Medeiros

Assessoria Técnica

Carlos Alberto de Araujo Nacre
Thaise Cabral Arruda
Walter Vasconcelos

Divulgação

Danielle Correia Gomes

Comunicação

Efigênio Moura

Depósito legal na Câmara Brasileira do Livro - CDL

M961 Múltiplas abordagens do direito [recurso eletrônico] : por quem faz o judiciário / organizadores, Flávio Romero Guimarães e Milena Barbosa de Melo. - Campina Grande : EDUEPB, 2024.
266p. ; il. color. ; 15 x 21 cm ; 2.000 KB.

ISBN: 978-85-7879-939-7 (Impresso)
ISBN: 978-85-7879-938-0 (E-book)

1. Direito. 2. Poder Judiciário. 3. Decisões Judiciais. I. Flávio Romero Guimarães. II. Milena Barbosa de Melo. III. Título.

21. ed. CDD 340

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Mirelle de Almeida Silva – CRB-15/483

Copyright © EDUEPB

A reprodução não-autorizada desta publicação, por qualquer meio, seja total ou parcial, constitui violação da Lei nº 9.610/98.

Dedicamos esse livro aos autores e às autoras
dos artigos que atenderam ao chamado da
ESMA e contribuíram para essa ação inédita
em parceria com a EDUEPB.

“O livro é um mestre que fala,
mas que não responde”.

Platão.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	11
-----------------------	-----------

Antonieta Lúcia Maroja Arcoverde Nóbrega

A CRISE DE LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E O SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS: A CONCILIAÇÃO EM UMA NOVA PERSPECTIVA DE ACESSO À JUSTIÇA PARA A RESOLUÇÃO ADEQUADA DOS CONFLITOS	13
--	-----------

Ascione Alencar Linhares

EQUILÍBRIO ENTRE A ATIVIDADE PROBATÓRIA DAS PARTES E O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ: ESSENCIAL PARA UM JULGAMENTO JUSTO	33
---	-----------

Deborah Cavalcanti Figueiredo

AS QUATRO LINHAS DA CONSTITUIÇÃO: UM MEMORIAL SOBRE SEPARAÇÃO DE PODERES, PLURALISMO E MINORIAS	55
--	-----------

Diego Fernandes Guimarães

EXAMES DE EDUCAÇÃO DE JOVENS E ADULTOS (SUPLETIVOS): REFLEXÕES SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA OFERTA EXCLUSIVA PELO PODER PÚBLICO	81
--	-----------

Flávio Romero Guimarães

Bianca Nóbrega Meireles

**DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO ANTE A DIGNIDADE DO
TRABALHO: UMA ANÁLISE ENTRE A LIVRE INICIATIVA E
O DECRESCIMENTO NO CONTEXTO DO SERTÃO DO RIO
GRANDE DO NORTE 107**

Ivanoska Maria Esperia Gomes dos Santos

Rodrigo Cavalcanti

**SUSTENTABILIDADE FINANCEIRA E DECISÕES JUDICIAIS
QUE DETERMINAM BLOQUEIO DE RECEITAS PÚBLICAS NO
CONTEXTO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL 129**

José Célio de Lacerda Sá

Pedro Filipe Araújo de Albuquerque

**PROCEDIMENTO DE USUCAPIÃO E A SUA CONSOLIDAÇÃO
NO CÓDIGO NACIONAL DE NORMAS DO FORO
EXTRAJUDICIAL: INSTRUMENTO EXTRAPROCESSUAL DE
DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO IMOBILIÁRIO 159**

José Herbert Luna Lisboa

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR INCUMPRIMENTO DAS
RESPONSABILIDADES PARENTAIS 185**

Juliana Duarte Maroja

**O DEVER DE SOLIARIEDADE INTERNACIONAL E O *HARD*
LAW 211**

Milena Barbosa de Melo

**ENTRE ACUSAR E JULGAR: UMA ANÁLISE DA
CONSTRUÇÃO DA GARANTIA DA IMPARCIALIDADE
JUDICIAL 233**

Nilson Dias de Assis Neto

PREFÁCIO

Árdua é a tarefa de julgar, dizer o direito para transformar realidades múltiplas e contribuir para a pacificação social.

A rotina forense exige de magistrados e servidores constante aprofundamento e atualização de conhecimentos jurídicos e interseccionais para apreciação das demandas que lhes são postas, visando solução que guarde coerência com a dinâmica da sociedade e com a realização de efetiva justiça.

Fruto de imersão acadêmica, por quem faz o Poder Judiciário, este livro traz à luz as inquietações acerca da atividade jurisdicional, seus limites e impacto socioeconômico, além da discussão de temas relacionados aos direitos humanos, proteção de vulneráveis, sustentabilidade nas relações econômicas e regularização fundiária, dentre outros.

Nesta coletânea inaugural de contribuição para as ciências jurídicas, a Escola Superior da Magistratura da Paraíba propõe aos operadores do direito um olhar atual acerca da complexa relação entre fato e normatividade, sob o prisma da articulação dos saberes científicos que promovem soluções adequadas ao presente, com vista no futuro, deixando no passado os conceitos que já não servem à sociedade contemporânea.

Boa leitura e até a próxima edição!

Antonieta Lúcia Maroja Arcoverde Nóbrega

Diretora-Adjunta da ESMA

A CRISE DE LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E O SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS: A CONCILIAÇÃO EM UMA NOVA PERSPECTIVA DE ACESSO À JUSTIÇA PARA A RESOLUÇÃO ADEQUADA DOS CONFLITOS

Ascione Alencar Linhares¹

INTRODUÇÃO

O conflito é ínsito da natureza humana e se materializa sempre que, em relação à pretensão de uma pessoa por um bem da vida, houver a resistência de outra pessoa pelo mesmo bem. Nesse contexto, para evitar a imposição da “lei do mais forte”, o Estado passou a assumir o monopólio de solucionar os embates dos casos postos à sua apreciação. Todavia, o tempo passou, as demandas aumentaram de forma exponencial e, atualmente, o Poder Judiciário brasileiro tem enfrentado enormes dificuldades para garantir ao cidadão a prestação jurisdicional, entendida como justa e ministrada em lapso de tempo razoável.

1 Juíza do Tribunal de Justiça da Paraíba - TJPB. Especialista em Jurisdição Inovadora pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM.

Diversos são os empecilhos para o não funcionamento das engrenagens desse Poder, de ordem estrutural, humana, tecnológica e, inclusive, cultural, sendo ainda presente a imagem opaca de que apenas uma solução adjudicada, por meio de um título sentencial, tem o condão de pôr termo a um litígio de alto custo.

A experiência e, sobretudo, os dados do Relatório Justiça em Números do CNJ mostram que o peso atualmente suportado pelo Estado precisa, sob pena de falência, ser dividido e repassado aos próprios usuários do sistema. Para tanto, é necessário resgatar a credibilidade, a eficiência institucional e, com mais razão, conferir a possibilidade de que o próprio cidadão seja estimulado, e profissionalmente orientado, a solver, em ambiente apropriado, seus conflitos, mediante a efetiva implementação do Sistema Multiportas, com ênfase na conciliação, como ferramenta autocompositiva.

Diante do que se apresenta, o presente estudo tem como pergunta problema: é possível utilizar os institutos da conciliação e da mediação como mecanismos para alcançar uma nova perspectiva de acesso à justiça? No intuito de responder ao presente questionamento será necessário utilizar o método dedutivo, que apresenta ampla possibilidade de aplicação do seu conteúdo e, ainda, serão adotadas as metodologias qualitativas e pesquisa bibliográfica, tendo em vista que se faz o exame sobre os dados coletados por organismos nacionais, valorando o quadro apresentado e as possibilidades factíveis de utilização da conciliação e da mediação para atingir o acesso à justiça.

A pesquisa que se encaminha terá como fundamento leituras doutrinárias, base de dados e os documentos das entidades que compõem o Conselho Nacional de Justiça e demais associações vinculadas ao tema.

Portanto, a discussão fundamental do trabalho em liça consiste em analisar se os métodos autocompositivos da conciliação

e da mediação, ressignificados por meio da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, pelo Código de Processo Civil de 2015 e pela Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015) e, estrategicamente, alçados como meta nacional do Poder Judiciário (Meta 03/CNJ), estão sendo, efetivamente, implementados em todos os rincões do Poder Judiciário brasileiro, de modo a promover uma sólida mudança de mentalidade quanto a uma massificada cultura de litigiosidade por uma posição consensualizada em homenagem a uma cultura de pacificação e, com isso, sanar a inegável ineficiência do aparato judicial na sua missão constitucional de dizer o direito, por meio de uma prestação jurisdicional célere e efetiva, conclamo da sociedade.

Nesse diapasão, num primeiro momento, será abordada a perene “crise” arrostada pelo sistema tradicional de justiça. Em seguida, serão reservados tópicos para as múltiplas portas de acesso à Justiça e para os métodos autocompositivos previstos em juízo em uma nova perspectiva para a solução adequada de conflitos, quando se ressignificará o instituto da conciliação. Por fim, são feitos breves apontamentos à guisa de conclusão para reforçar a necessidade de desconstituir a cultura da litigiosidade e abrir espaço para a efetiva adoção das mesas de negociação como verdadeiros instrumentos de pacificação social.

A PERENE “CRISE” DO SISTEMA TRADICIONAL DE JUSTIÇA

De início, ao derredor do batizo que se deu ao tópico ora comentado, embora de uso coloquial consagrado e, por isso, empregado para fins de construção argumentativa, convém trazer a lume registro feito por Bacellar (2016, p.30), no sentido de que há uma impropriedade no uso da palavra “crise” para definir a situação crítica vivenciada pelo sistema de justiça brasileiro.

Isso se deve porque dita palavra corresponde a algo passageiro enquanto a ineficiência do Judiciário perdura desde a década de 1980, ou seja, há mais de três décadas.

Ainda, segundo Fonseca (2011, p.9), há o entendimento de que, na verdade, não há crise alguma no Poder Judiciário. A crítica dessa perspectiva é feita em duas etapas ou dimensões, em que a primeira reside no simples fato de que o Judiciário nunca funcionou bem e nunca correspondeu às necessidades da sociedade. Em segundo lugar, reforçando que os problemas do terceiro poder são estruturais, a ineficiência do sistema de justiça decorre, ainda, das metas utópicas traçadas para o processo.

Passado esse parêntese, o atual panorama do Poder Judiciário brasileiro demonstra que a morosidade da prestação jurisdicional é uma realidade empírica e que se canaliza no tempo, de forma que a causa dessa lentidão está diretamente relacionada à presença de algumas premissas, entre as quais: a elevada litigiosidade dos conflitos atrelada a um sistema de justiça tradicionalmente adversarial e exclusivista. E, nesse sentido, uma frase atribuída a Ruy Barbosa, em meados de 1912, ainda se mostra atual, quando verberou que uma justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.

Nesse mesmo prumo, o festejado jurista baiano, em sua obra *Orações aos Moços*, chega a apontar que o papel da justiça é maior até do que o da legislação, pois de nada se aproveitam as leis sem o efetivo amparo jurisdicional para a efetivação do que elas asseguram (Barbosa, 1920, p.36).

Nesse contexto, é imperioso citar que o motor de propulsão desse sistema jurídico pautado na intensa litigiosidade adveio da Carta da República de 1988, a qual, ao promover uma maior valorização da justiça para garantir o Estado Democrático de Direito, reconheceu novos e diversos direitos aos cidadãos brasileiros, a

exemplo da criação dos juizados especiais, da valoração do dano moral e da benesse processual da assistência judiciária gratuita.

Paradoxalmente, cediço que essa novel gama de direitos desaguaria nas prateleiras do Poder Judiciário, não houve uma readequação estrutural da Justiça brasileira, mediante ações convergentes para que esse acesso se desse de forma inclusiva, democrática e abrangente, de modo que o intenso e elevado fluxo processual decorrente desse novo contexto social ocasionou – e vem ocasionando – o retardo da resposta judicial.

Isto pode, em sua essência, representar a falência do próprio sistema, especialmente porque, para o jurisdicionado, a mora na prestação jurisdicional configura a negação da própria justiça como instrumento de pacificação social, lembrando, nas palavras de Didier (2001, p.6), que essa prestação, longe de ser uma garantia meramente formal do dever do Estado de prestar a Justiça, precisa ser adjetivada ou qualificada pela celeridade, efetividade e adequação.

O salto exponencial das demandas criou, então, zonas internas de conflito, pois, apesar da expansão dos acervos que habitavam – e habitam – as inúmeras serventias judiciais espalhadas pelo país, o Poder Judiciário permaneceu, em realidade de tempo não muito distante, em reconhecido estado de letargia, de forma a comprometer, em especial, a credibilidade e a legitimidade na sua própria atuação constitucional, enquanto detentor do monopólio estatal de resolução de litígios. Uma experiência dura e que, longe de qualquer debate teórico, foi recentemente mensurada pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2023.

De fato, o último relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça de 2023 (ano-base 2022), noticia, mais uma vez, que as medidas até então adotadas pelo Poder Judiciário para aperfeiçoar o serviço judicial, inclusive no período

pandêmico da Covid-19, não foram suficientes para dar vazão ao elevado passivo ainda existente e, muito menos, de inibir a promoção de milhares de novas demandas judiciais.

De acordo com a massa de dados extraída sobre o desempenho da atividade judicial brasileira, após uma inexpressiva redução do número de processos pendentes no ano de 2020 (2,7% ou 2,1 milhões de processos a menos em relação a 2019), decorrente da pandemia causada pela Covid-19, houve uma nova série de aumento desse acervo processual, o que significa dizer que, atualmente, há um saldo processual histórico de 81,4 milhões de ações judiciais aguardando, nas mais diversas unidades, uma solução definitiva pelo Poder Judiciário, de modo que um novo olhar deve pairar sobre o modelo atual de sistema de justiça (CNJ, 2023).

Os números chamam atenção e, igualmente preocupam porque, nos últimos anos, houve um significativo incremento da produtividade dos magistrados brasileiros, certamente inspirados pelas ferramentas tecnológicas e pelas medidas de inovação exigidas durante o período de pandemia global da Covid-19. Fala-se, à guisa de ilustração, da virtualização dos processos judiciais, das audiências por videoconferência, do Juízo 100% virtual e do Balcão Virtual, entre outras.

Desse modo, uma das principais críticas que se faz ao Poder Judiciário nacional reside, justamente, na ineficiência da entrega da prestação adjudicada, com a efetiva resolução do mérito das demandas, dirimindo, com isso e de forma definitiva, a controvérsia. O que se percebe, assim, é um surpreendente descompasso entre a procura e a correspondente oferta da tutela judicial, em termos quantitativos, consubstanciados na mora dos fluxos processuais, e em desprestígio da esperada garantia constitucional da duração razoável dos processos (art. 5º, LXXVIII, da CR/88,

introduzido pela EC nº 45/2004), e, sobretudo, qualitativos, como produto da instabilidade gerada pelas plurais decisões, apesar da similitude – ou mesmo identidade – da causa de pedir das demandas postas ao crivo do Estado.

Dentro desse prisma, a eficiência da Justiça nacional perpassa, pois, pela reestruturação da sua própria visão de justiça social, enquanto elemento vetor de acesso célere e eficaz à tutela judicial, realidade essa que somente se alcançará se houver uma mudança paradigmática no que concerne ao tratamento dos conflitos, dentro ou fora do Poder Judiciário.

Apenas dentro dessa nova visão disruptiva de que a atividade judiciária deve perpassar, primordialmente, pela análise concreta do conflito e não do processo, no sentido de analisar as pessoas afetadas e identificar seus objetivos, necessidades e interesses, poder-se-ão avaliar, e até mesmo moldar, mecanismos alternativos de solução de litígios, de modo a afeiçoá-los às peculiaridades do caso.

Tão somente por meio dessa reestruturação, obter-se-iam menores custos, inclusive de índole temporal e, principalmente, melhores resultados para todos, dentro de uma postura que prime, sempre que possível, pela consensualidade, eis que a solução imposta pela lei, geralmente, não soluciona a lide sociológica que constitui, em essência, a própria origem do conflito. Em outras palavras, é preciso se desvencilhar da ultrapassada e restrita concepção de que o acesso à justiça é sinônimo tão somente de acesso ao sistema judicial tradicional, por meio de uma solução puramente adversarial.

Na atualidade, o direito de acesso à justiça foi redimensionado e desse modo, é premente aflorar para uma nova realidade social de que o acesso à justiça representa um genuíno acesso a uma ordem jurídica justa em que o cidadão possa escolher, dentre

um leque de opções ou portas alternativas à atividade jurisdicional típica, aquela que melhor servir para solucionar o seu conflito, com ênfase, prioritariamente, àquelas que prestigiem os métodos autocompositivos.

Ademais, nessa nova dimensão de acesso à justiça, há um verdadeiro empoderamento do cidadão no que toca à efetiva escolha – ou construção – do ferramental a ser utilizado para a obtenção da solução mais justa e adequada ao conflito, especialmente daquele que promova o uso de métodos não adversariais, de modo a aumentar a sua percepção de justiça e aceitação do resultado.

Dessa forma, poder-se-á, de fato, promover uma real mudança da arraigada cultura do litígio pela cultura da paz, dentro de verdadeiras mesas de negociação e espaços estimulados de consenso, onde a independência e a autonomia da vontade das partes em solucionarem seus conflitos diretamente falam mais alto do que o próprio sistema da jurisdicionariade regrada.

SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS COMO FILTRO DA LITIGIOSIDADE JUDICIAL: A CONCILIAÇÃO COM UMA NOVA PERSPECTIVA DE ACESSO À JUSTIÇA PARA A RESOLUÇÃO ADEQUADA DOS CONFLITOS

Nesse contexto de litigiosidade explosiva aliada à crise de inefetividade do Poder Judiciário em razão do excessivo número de demandas, como destacado no tópico anterior, o ordenamento jurídico brasileiro importou, por meio da Resolução nº 125, datada de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, o modelo de Justiça Multiportas idealizado, ainda na década de 1970, por Frank Ernest Arnold Sander, professor da *Harvard Law School* que, já naquela época, diagnosticou sérios

gargalos na administração da Justiça daquele país (Almeida; Castro, 2012, p.33).

Para Frank Sander, em entrevista a Mariana Hernandes Crespo, no livro *Tribunal Multiportas* ou “*Multi-door Courthouse*”, denominação que foi consolidada mundialmente em substituição à originária “*Varieties of Dispute Processing*” – variedades do processamento de conflitos –, a Justiça Multiportas consiste, basicamente, na oferta de um portfólio de métodos ou mecanismos alternativos para a resolução de conflitos (conciliação, mediação, arbitragem, negociação, etc.), dentro ou fora do Estado, observadas as peculiaridades do litígio e as necessidades das partes envolvidas, de modo a promover a solução mais adequada para a tutela do direito, a prevenção de litígios e a promoção da paz social (Almeida; Castro, 2012, p.34).

Nessa nova concepção de acesso à Justiça por múltiplas portas, um centro especializado dentro do próprio Poder Judiciário realizaria, a princípio, uma criteriosa triagem dos conflitos e, a partir da exata compreensão e classificação destes, encaminhá-los-ia para o método mais adequado ao seu tratamento, priorizando, sempre que possível, a solução consensual, de modo que a solução adjudicada estatal fosse reservada para aquelas demandas, fundamentalmente, intransigíveis, a partir de uma postura amigável (negociação, conciliação ou mediação) ou adversarial (arbitragem) das partes.

Esclarecendo a ligação entre os demais métodos de resolução de disputas, tidos por “alternativos”, e a via oficial do Poder Judiciário, Frank Sander pontifica:

Bem, não existe qualquer relação inerente. Penso, por outro lado, que se trata de uma relação bastante natural, porque os tribunais são o principal local de que dispomos, talvez o

mais importante, para a resolução de conflitos. Assim, podemos argumentar que o Tribunal Multiportas deveria estar ligado aos tribunais, mas tecnicamente o centro abrangente da justiça [ou Tribunal Multiportas] que eu citei poderia estar bem separado dos tribunais. É mais ou menos como a história de Willie Sutton, o ladrão de bancos, que, quando indagado por que roubava bancos, respondeu: “é lá que está o dinheiro” (Almeida; Castro, 2012, p.33, grifo dos autores).

Portanto, constata-se que, no sistema multiportas, a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser *ultima ratio* ou *extrema ratio* e, dessa forma, sobreleva-se a justiça coexistencial, frente à justiça estatal, uma *mending justice* – uma justiça capaz de remendar o tecido social – focada na pacificação e na continuidade da convivência das pessoas, na condição de indivíduos, comunidade ou grupos envolvidos (Didier; Zaneti, 2017, p.37).

Foi, portanto, dentro dessa nova realidade jurídico-social vivenciada extramuros que o Conselho Nacional de Justiça promoveu o primeiro passo e, assim, o marco regulatório para a ressignificação do princípio constitucional – e processual – do acesso à justiça, introduzindo, a partir de 2010, uma política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do próprio Poder Judiciário, no sentido de oferecer, além da solução adjudicada mediante sentença, outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os consensuais, como forma de acesso a uma ordem jurídica justa e, como consectário, a redução da litigiosidade judicial (desjudicialização).

Inspirados no novo modelo de justiça, compilado pela Resolução nº 125/2010 do CNJ, adveio o Código de Processo Civil de

2015 (art. 3º, § 2º, da Lei nº 12.105) e, logo em seguida, ainda no mesmo ano, a Lei da Mediação (art. 27 da Lei nº 13.140), de forma a instituírem, na legislação pátria, esses três regramentos normativos, na definição da professora Ada Pellegrini Grinover (2016, p.16-36), um verdadeiro “minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos”.

Como se percebe, esse minissistema inserido no ordenamento jurídico – e alternativo à solução estatal – tem o condão de arrefecer a latente litigiosidade que assola a justiça brasileira e que, certamente, se implementado, potencializará os fatores de produção que sustentam o sistema judicial e isto, invariavelmente, reverberará em uma prestação de serviço remarcada pela eficiência, transparência e responsabilidade social, reclamo da sociedade moderna.

Dessa feita, o pilar autocompositivo, como norma fundante do sistema de justiça brasileiro, revoluciona toda a estrutura normativa processual até outrora existente, de modo que, segundo Bacellar (2016, p.66), o Poder Judiciário será ainda mais eficiente quando primar pela solução consensualizada dos conflitos (processual ou pré-processual), ficando à disposição tão somente daquelas hipóteses em que a sua intervenção for verdadeiramente a mais adequada para a resolução da controvérsia.

Dentro dessa nova realidade jurídico-processual de resolução adequada dos conflitos, atrelada à necessidade de redução do estoque processual para resgate da credibilidade e legitimidade do sistema de justiça brasileiro, a lei processual civil – art. 334/CPC15 – inovou a ritualística dos processos judiciais, com o fim específico de fomentar o maior alcance das soluções autocompositivas dentro do próprio modelo tradicional adversarial de disputas. No citado comando normativo, estabeleceu-se, de forma prévia e obrigatória, a realização de sessão de conciliação

ou mediação, reforçando o que já estava previsto no microsistema de juizados especiais civis.

O caráter cogente do ato processual busca, acima de tudo, restabelecer o diálogo e o convívio sadio entre as partes, de forma a permitir que as mesmas – *face to face* –, orientadas por um facilitador qualificado – conciliador ou mediador – possam encontrar a solução mais adequada e justa ao caso, restaurando, em essência, a paz social. Abre-se aqui, portanto, uma nova porta de acesso à via autocompositiva, mas não nos moldes antes preconizados pelo nosso ordenamento jurídico pátrio – a conciliação ou mediação como mera fase do processo judicial previsto no CPC de 1973 – e sim de forma autônoma, colaborativa e efetiva, com regras fundamentais próprias para alcançar a solução consensual, em nítida mitigação ao sistema oficial tradicional de resolução de disputas (solução ganha/perde).

Nesse campo da consensualidade, sobeja clarividente que a *mens legis* consiste, fundamentalmente, em fazer com que a atividade judiciária seja, *initio litis*, ou seja, antes mesmo de iniciado o procedimento adversarial – com a resposta da outra parte – voltada para a solução consensual dos conflitos interpessoais, estabelecendo, com isso, limites ao poder decisório do magistrado enquanto atividade impositiva de dizer o direito.

Esse novo modelo de processo judicial foi assim idealizado porque, além das inúmeras vantagens advindas de uma solução consensual, proporciona a ressignificação do próprio ideal de justiça. Tartuce (2015, p.16) elenca inúmeros benefícios na composição amigável das partes, dentre os quais, a valorização da autonomia de vontade dos envolvidos, a celeridade na resolução dos conflitos, a possível manutenção dos relacionamentos interpessoais em bases melhores, o *redesign* ou rearranjo procedimental, em inegável aclamação ao inovador princípio da

adequação do processo à situação substancial ou adaptabilidade do procedimento, a economia de recursos e a sustentação de uma boa reputação.

Os meios autocompositivos da conciliação e da mediação são, nessa nova modelagem, alicerçados na atuação ativa e na corresponsabilidade das partes, bem como na confidencialidade de que os fatos e posições ali apresentados não poderão mais ser valorados, caso infrutíferos, em uma vindoura atuação judicial. A divergência entre ambos os mecanismos – conciliação e mediação – consiste apenas nas hipóteses de cabimento e nas metodologias empregadas.

A conciliação é direcionada para os casos em que não haja vínculo anterior entre as partes – situações simples e pontuais – e que o conciliador possa intervir diretamente formulando hipóteses de solução da lide – processual e sociológica – vedada qualquer forma de constrangimento ou de intimidação para que as partes conciliem.

Ao reverso, a mediação aplica-se, justamente, aos casos em que existe uma ligação anterior entre os interessados – decorrente de múltiplos vínculos ou multiplexas –, na qual, o mediador limitar-se-á tão somente a auxiliar as partes a compreenderem e identificarem o conflito, de modo que possam, por meio do restabelecimento da comunicação, encontrar por elas próprias a melhor solução para pôr fim ao litígio, *ex vi* do art. 165, §§ 2º e 3º, do CPC/15.

Todavia, distanciando-se desse panorama teórico para adentrar, especificamente, no *background* fático do instituto da conciliação no Brasil, meio já bastante massificado entre todos os atores do sistema de justiça e a sociedade em geral, há de se destacar, conforme o último Relatório Justiça em Números do CNJ, datado de 2023, que, mesmo com a implantação dessa

nova política judiciária nacional voltada à resolução consensual dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário, o índice de acordos homologados judicialmente – que já era baixíssimo, especialmente junto ao 2º Grau – salvo ínfima performance quanto aos processos de execução – vem decrescendo anualmente.

Dito relatório identifica uma situação crítica no quesito conciliação, uma vez que, ao passo que os CEJUSC's (Centros Judiciários de Solução de Conflitos), além de terem sido alçados ao status de unidade judiciária, ganhando, assim, estrutura própria – por meio da Resolução nº 219/2016 –, projetaram-se numericamente ao passar dos anos. Conforme esse último relatório, na Justiça Estadual eram, em 2014, 362 CEJUSC's; em 2015, a estrutura cresceu em 80,7% e avançou para 654 centros; em 2016, o número de unidades aumentou para 808; em 2017, para 982; e, em 2018, para 1.088. Já no último censo, em 2022, há 1.437 CEJUSC's perante a Justiça Estadual (87,8%), 123 CEJUSC'S na Justiça do Trabalho (7,5%) e 76 CEJUSC'S na Justiça Federal (4,6%).

Todavia, na contramão dessa evolução, houve uma redução exponencial da questão de fundo retratada no presente artigo. Melhor explicando, no ano de 2016 – justamente após a introdução da prévia “audiência” de conciliação ou mediação pelo Código de Processo Civil, o índice de acordo vem decrescendo ano após ano, totalizando o pífio percentual de pouco mais de 10% (12,3% no ano-base 2022).

As razões desse persistente quadro de insucesso podem ser atribuídas à subutilização – ou uso inadequado – desse ferramenta conciliativo, inclusive no âmbito da administração pública – uma inovação legislativa introduzida pela Lei nº 13.140/2015 –, haja vista que, como dito, além de ser o método comumente conhecido no meio jurídico e também pela população em geral,

a grande maioria das demandas apresentadas ao Poder Judiciário demonstram ser perfeitamente conciliáveis, isto é, questões simples que dispensariam a intervenção estatal.

Mais uma vez, portanto, volta-se à questão do filtro da litigiosidade que aqui, no Brasil, é – ou deveria ser –, conforme normativo previsto na Resolução nº 125/2010 e ora replicado no art. 165 do CPC/15, exercido pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos – CEJUSC’S, eis que, ao contrário do seu real significado e regular processamento, a praxe judicial demonstra, fato público e notório, que a sessão de conciliação resume-se – quando, de fato, aprazada – a um simples questionamento: “*há acordo?*”.

É cediço que há falhas substanciais na aplicação do instituto da conciliação, mas essa pesquisa irá se restringir a realçar dois vícios estruturais: primeiro, a inexistência de capacitação, reciclagem e supervisão específicas e, via de regra, remuneração dos conciliadores, nos moldes parametrizados pelas Resoluções nºs 125/2010 e 271/2018, ambas do CNJ, o que, ao reverso, redundaria numa escorregada aplicação das técnicas de conciliação e, por consequente, elevação dos percentuais de acordos. Sobre a relevância de haver uma conciliação técnica e não meramente intuitiva, Bacellar (2010) leciona:

Ao lado do estímulo à desjudicialização, é preciso encontrar as melhores e mais adequadas soluções aos casos já ajuizados e para isso pode ser indicada uma intervenção mais ativa e técnica do conciliador: um conciliador experiente esclarece as partes sobre a situação de forma isenta e com transparência; avalia com os advogados as expectativas de ganho e de perda; discorre sobre as regras de experiência que permitem avaliar, com as partes, os

riscos e as consequências do litígio; promove o levantamento das opções de mérito e sem imposição sugere – sempre que necessário – a solução que considera adequada às circunstâncias do caso, como autoriza o sistema judiciário brasileiro (Bacellar, 2010, p.17).

O segundo déficit da engrenagem conciliativa provém da inobservância da realização da sessão de pré-conciliação (ou de pré-mediação), cujo propósito reside, única e exclusivamente, na disseminação dos métodos consensuais de solução de conflitos (extra ou endoprocessual) e, por conseguinte, na promoção de uma mudança da mentalidade prevalente em nossa cultura de que o conflito somente será resolvido por meio de uma resposta judicial.

Aqui, ao contrário do senso comum, e mesmo do circulado no meio jurídico, abro um parêntese para destacar que a conciliação pode – e deve – ser utilizada antes mesmo da promoção de uma demanda judicial, o que significa dizer, em poucas palavras, que à revelia da população, há uma estrutura pública e totalmente gratuita – setor pré-processual dos CEJUSC's ou dos Juizados Especiais – à disposição de toda e qualquer pessoa (física ou não) para a solução pacífica dos conflitos.

Na sessão de pré-conciliação que, inexoravelmente, antecede à sessão da própria conciliação em si, há a inequívoca função de dar conhecimento às partes sobre a existência dos diversos meios ou portas alternativas à solução judicial para a solução do seu litígio, uma vez que, segundo Bacellar (2010, p.7), ninguém valoriza o que não conhece e, talvez, por isso, dentre as várias possibilidades de soluções mais céleres, baratas e efetivas, a exemplo da conciliação, o cidadão brasileiro prefere a solução adjudicada (imposta).

Nesse diapasão, urge uma maior e melhor atuação do Poder Judiciário brasileiro para que, de fato e de direito, promova, juntamente com todos demais atores sociais, públicos e privados, uma efetiva e sólida política de consensualidade nacional, na qual, além da redução do alto índice de litigiosidade judicial, oferte ao cidadão as múltiplas portas de acesso à justiça para a solução adequada dos conflitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise sobre o direito fundamental de acesso à justiça, não apenas adornado pelo viés teórico ou formal, mas material ou qualificado, dentro de uma realidade remarcada por uma sobrecarga de processos que, dentre outros fatores, trava a prestação jurisdicional e dificulta a satisfação do direito das partes em tempo razoável, a impor uma urgente mudança de paradigma para a resolução de conflitos, muito longe, pois, da “cultura da sentença”, ainda em destaque, nesta quadra.

O acesso à justiça, como exposto no articulado, não pode se confundir com acesso exclusivo ao Poder Judiciário, mas acesso a uma ordem jurídica justa, por meio da resolução adequada dos conflitos. Este não pode – e nem deve – ser o primeiro, mas o último degrau na escalada dos litígios. Em face disso, e para minorar esse cenário de abarrotamento e de mora processual, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu a Resolução nº 125 de 2010, com a roupagem de uma política pública para regular e implementar, de forma abrangente e uníssona, os métodos alternativos de tratamento adequado dos conflitos no território nacional.

Foi visto que esse ideal foi seguido pelo legislador brasileiro, como se viu da remodelação dos institutos autocompositivos da conciliação e da mediação, por meio do Código de Processo Civil de 2015 (art. 334) e da criação da Lei de Mediação – Lei nº 13.140/2015 –, de modo que todo esse arcabouço busca, no contexto de uma mesa “redonda” de negociação aberta ao diálogo com escuta ativa, difundir um diferente menu de portas alternativas para solver as controvérsias, em prestígio à autonomia de vontade das partes e à promoção da verdadeira justiça social.

Todavia, essa resignificação do Poder Judiciário vai muito além da reformulação dos institutos processuais disponibilizados ou mesmo do uso de ferramentas tecnológicas, pois exige, antes de tudo, a promoção de uma cultura de inovação que perpassa, essencialmente, no material humano (interno e externo) que está por trás e é, ao fim, a razão da existência desse serviço.

Portanto, é possível concluir a urgência no que refere à necessidade da mudança de paradigma sob a ótica do processo e, acima de tudo, das pessoas que nele atuam, restando ao Poder Judiciário se reestruturar para começar, de fato, a estimular e praticar, com a devida e esperada expertise, o acervo de métodos não adversarias para a resolução de conflitos – prioritariamente a conciliação ou mediação – para só após estagnadas todas essas portas desjudicializantes, buscar a intervenção estatal por meio da solução adversarial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rafael A.; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana (orgs.). **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no

Brasil. Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

BACELLAR, Roberto Portugal. **As lições da ADR para aumentar os índices de acordo e a ressurreição da conciliação**, p.205/224. Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses – 10 Anos da Resolução CNJ N° 125/2010. pdf.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. São Paulo: Hedra, 1920.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça de 2023** (ano-base 2022). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf> /. Acesso em: 29 ag. 2023, p.192.

DIDIER, Fredie. **Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Fredie%20Didier_3_-_formatado.pdf. Acesso em: 06 jan. 2022.

DIDIER, Fredie; ZANETTI, Hermes. **Justiça Multiportas, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequados de conflito**. *In*: Justiça Multiportas e Tutela Constitucional

Adequada: autocomposição em Direitos Coletivos. Salvador: Jus Podivm, 2017.

FONSECA, Juliana Pondé. **Problemas estruturais do Judiciário brasileiro**: por um processo cível factível. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

LAGRASTA, Valeria Ferioli. Minissistemas de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Aplicação Efetiva do Artigo 334 do CPC/2015. *In*: Desafios do art. 334 do CPC/2015. v. 45, n. 303, p. 503-516, maio 2020. **Revista dos Tribunais**. Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2020;1001174834> Acesso em: 10 jan. 2022.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1994.

WATANABE, Kazuo. **Apostila: atualização do conceito de acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa**. *In*: Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. *In*: PELUZO, Antônio Cezare; RICHA, Morgana de Almeida (Coords.) **Conciliação e Mediação**: Estruturação da Política Judiciária Nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

EQUILÍBRIO ENTRE A ATIVIDADE PROBATÓRIA DAS PARTES E O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ: ESSENCIAL PARA UM JULGAMENTO JUSTO

Deborah Cavalcanti Figueiredo²

INTRODUÇÃO

O célere e impactante envolvimento dos fatos sociopolíticos e econômicos nas últimas décadas do século passado, quadro que se acentuou desde o limiar do novo milênio, repercutiu fortemente no âmbito do Direito, o que bem se compreende. Este é um produto cultural, sendo, pois, natural a sua aderência aos acontecimentos emergentes da coletividade.

Esta repercussão se deu, assim, tanto no Direito Positivo como na prática, pelos seus operadores. Na prática judiciária, formatou-se um novo ambiente processual, marcado pela tendência à sumarização dos procedimentos e pela busca da celeridade, dando azo a institutos como a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, o procedimento monitorio, os julgamentos em bloco ou por amostragem, dentre outros expedientes.

2 Juíza do Tribunal de Justiça da Paraíba – TJPB. Mestra em Direito pela Universidade de Lisboa.

Juntamente com essa visão afluorou a perspectiva instrumentalista do processo, com as premissas voltadas à obtenção de tutela jurídica, reclamando todo esse panorama uma mudança de paradigmas que impõe uma postura do Estado-Juiz mais ativa e coordenadora das atividades exercidas pelas partes no processo.

Nessa perspectiva, os poderes do magistrado constituem tema que se vincula estreitamente à natureza e função do processo, à maior ou menor eficiência desse instrumento na realização de seus objetivos e, ainda, ao papel que é atribuído ao magistrado, na condução e solução do processo.

Apesar de muitos sistemas jurídicos terem superado a resistência quanto à utilização dos poderes instrutórios pelo magistrado, estes têm sido objeto de valoroso debate entre os juristas, pois constituem tema bastante instigante na prática de direito processual civil, surgindo controvérsias na sua aplicação em várias situações.

A pesquisa foi desenvolvida essencialmente por meio de argumentação teórica e revisão literária de obras nacionais e estrangeiras, bem como com base no respectivo direito positivo. O resultado foi obtido por meio de uma análise crítica da doutrina sobre o assunto, estabelecendo-se soluções para as questões mais intrigantes.

PROCESSO: COM ESCOPO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE PRESTAÇÃO DE TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E JUSTA

A jurisdição reflete a realização dos fins do próprio Estado, já que tem como finalidade a justa composição dos conflitos e de proporcionar uma ordem jurídica com equidade para toda sociedade. Da ideia de pacificação social é que se depreende o escopo

social, de modo que a prestação jurisdicional deve ter um resultado adequado a proporcionar uma finalidade social, compondo o conflito e satisfazendo os litigantes, ou seja, que as partes tenham a sensação que a lide foi resolvida com justiça.

O objetivo político da jurisdição, por seu turno, implica a imperatividade que legitima o papel exercido pelo Estado-Juiz, cunhado na liberdade, consistente em restringir e fazer observar os limites do poder e do seu exercício, a fim de preservar a dignidade do jurisdicionado, cuja participação se faz necessária para legitimar o procedimento político institucionalizado.

É relevante que se registre que os dois entendimentos resultam de uma análise sob diferentes prismas; por isso, na verdade, não se excluem, mas se complementam. Em face da eminência e complexidade da jurisdição, é perfeitamente natural que essa função estatal compreenda mais de um fim a ser atingido, e isso não quer dizer que tais objetivos são inconciliáveis.

Assim, a jurisdição se materializa pelo processo, caracterizando-se como instrumento de tal atividade. Sendo a jurisdição uma função pública e constituindo o processo um momento dinâmico do desempenho dessa jurisdição, tal momento tem necessariamente um caráter público. Portanto, como os particulares não condicionam o caráter da jurisdição, que é, indiscutivelmente, uma função pública, não podem, da mesma forma, condicionar o caráter do momento dinâmico da jurisdição, o qual é igual e necessariamente público.

É possível asseverar, nesse contexto, que o processo é uma relação jurídica que serve como instrumento, através do qual se visa a um provimento justo. É nessa relação jurídica tripartite, entre autor, juiz e réu, que o processo materializa o alcance da tutela jurisdicional.

O processo deve ser utilizado para refletir e alcançar a finalidade da jurisdição, qual seja a atuação da vontade concreta da lei, através da atividade jurisdicional exercida pelo juiz, para a justa composição da lide.

Não apenas as normas ordinárias se materializam pelo processo, como instituto elementar do direito processual, afirma-se como um instrumento de atuação da própria Constituição, cujas regras, que representam direitos e garantias fundamentais, concretizam-se processualmente.

Logo, impõe-se a rejeição dos excessos de forma quando atingida a finalidade de pacificação social. O apego exagerado à técnica afasta do processualista a consciência de que o processo não vale pelo que é, mas pelos resultados que visa obter.

A subsistência de uma cultura isolada quanto à postura passiva do juiz em relação às partes, consoante o atual modelo constitucional de processo, é imperiosa a necessidade de atuação do magistrado na gestão da prestação jurisdicional, bem como na efetivação dos direitos fundamentais e dos princípios de justiça.

Isso significa que o juiz tem o novo papel no Estado Democrático de Direito, competindo-lhe, além de outras funções políticas vinculadas à preservação da imagem do Poder Judiciário, a gestão efetiva do processo submetido à sua cognição.

Posto que o resultado do processo não só interessa às partes, interessa muito mais ao Estado, o qual, para tornar possível a convivência das pessoas em uma sociedade, tem que manter a integridade do ordenamento jurídico por ele criado. Se o ideal é a busca de uma decisão justa em que devem ser consideradas as efetivas desigualdades entre as pessoas, não interessa apenas às partes a produção das provas, mas, sobretudo, ao magistrado, pois depende de tais elementos para formar seu convencimento.

O processo não pode ser convertido no fim em si mesmo, mas, com a colaboração dos personagens da relação processual, mormente o magistrado, deve ser o caminho para chegar à verdade e à justiça.

O impulso processual com uma eficiente atuação judicial é uma importantíssima regra publicista do processo e a orientação dos tribunais tem sido no sentido de recomendar a sua prática (Dinamarco, 2013).

Percebe-se, então, uma evidente e estreita ligação entre os temas do processo, como instrumento para concretização dos direitos fundamentais e da prestação da tutela jurisdicional justa e os poderes instrutórios do magistrado, uma vez que o êxito de um depende do outro, ou seja, para alcançar os objetivos do primeiro é elementar o eficaz desempenho do juiz.

DIREITO CONSTITUCIONAL À PROVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É cediço que a simples alegação do fato não é suficiente para formar a convicção do julgador, conforme o ditado “*allegatio et non probatio quae non allegatio*”. Assim, a parte que deseja obter no processo um efeito jurídico deve primeiro afirmar algo sobre certo fato e, a seguir, comprovar a veracidade dessa afirmação.

É imperiosa a demonstração da veracidade das alegações para que sejam levadas em consideração pelo juiz no momento de julgar. Portanto, a função da prova é formar a convicção do julgador, a fim de que este faça incidir a norma jurídica ao caso *sub iudice*.

A referida atividade probatória das partes é exercida com base em um direito essencial às partes, que é o direito à prova. Afirma-se ser tal direito uma garantia constitucional decorrente

do próprio direito de ação, do devido processo legal e do contraditório. O acesso à prova, destarte, é direito um fundamental compreendido nas ideias de acesso à justiça, devido ao processo legal e ampla defesa.

A justificativa que fundamenta o reconhecimento do direito à prova é bastante óbvia e inatacável, posto que seria inútil e um contrassenso reconhecer toda a faculdade de fazer valer em juízo seu próprio direito, se, ao mesmo tempo, não fosse garantida a possibilidade de realizar a demonstração probatória dos fatos em que se baseiam esses direitos. Seguindo este raciocínio, a garantia de direito à prova configura uma condição necessária para a efetiva realização do direito da parte à tutela jurisdicional de suas posições jurídicas.

O conteúdo do direito constitucional à prova permite, de um lado, a utilização de todos os meios de prova que se revelem idôneos e úteis para demonstrar a veracidade ou a falsidade dos fatos alegados e, de outro, proíbe ao legislador infraconstitucional a criação de dificuldades ou impedimentos para a obtenção da tutela jurisdicional dos direitos discutidos no processo.

O direito constitucional à prova tem um aspecto relevante que é a impossibilidade da criação de obstáculos legislativos irracionais que tornem praticamente impossível ou extremamente difícil valer-se das provas necessárias para a demonstração dos fatos que integram o *thema probandum*.

O direito à prova não é absoluto, devendo ser exercido à luz dos demais valores e princípios que regulam o direito processual em direção a sua efetividade, que tem igual natureza constitucional e, por isso, poderá ser mitigado, dependendo do caso concreto, quando deva prevalecer o sentido de utilidade e tempestividade do provimento jurisdicional.

Frise-se que a regra, todavia, é a possibilidade da parte se valer de qualquer fonte ou meio de prova, desde que legal e

moralmente legítimo. Para a garantia em comento ser satisfatória, precisa-se compreender não somente o poder de produção da prova, mas igualmente a segurança de que venha a ser considerada e corretamente valorada pelo julgador. Nessa medida, as regras que permitem ao juiz dispensar a prova desnecessária devem ser aplicadas com cautela para não representar violação a um dos componentes do contraditório e da ampla defesa.

Como própria forma de ratificar e justificar a importância do direito à prova, destaca-se que esse instrumento não pode ser utilizado para prejudicar o andamento do processo, impedindo ou retardando o alcance de sua finalidade. Trata-se, pois, de um princípio de relevância, com base no qual deve ser evitada em juízo a obtenção de prova que não proporcionaria nenhum elemento de conhecimento útil para decisão dos fatos.

A finalidade econômica do princípio de relevância explica alguns modos de operação. É óbvio, por exemplo, que ele tem aplicação *in limine litis*, antes que qualquer prova seja obtida, pois apenas deste modo se consegue o objetivo de excluir, preliminarmente, a prova irrelevante e evita-se a perda de tempo e a atividade processual que resultaria em inútil aquisição.

Assim, o magistrado que não observa o princípio da relevância, sem realizar um juízo preliminar de pertinência, abdica a competência de direção do processo e viola outros princípios, como o da economia e celeridade processual, pois deixa de afastar o que não é necessário e de prevenir complicações no processo com a prática dessas atividades processuais, que *a priori* devem ser evitadas.

A relevância é uma qualidade da prova que o juiz deve verificar antes de decidir se a prova pode ou não ser admitida. Isto implica que o juízo de relevância se fundamenta em um raciocínio hipotético: o juiz deve se mover do princípio de que a prova produz o resultado prenunciado pela parte que a deduziu.

Este raciocínio é mais ou menos complexo, segundo o objeto específico da prova de que é necessário para estabelecer a relevância. O caso mais simples é aquele da prova direta que tem o objeto do fato principal da causa. É claro que essa prova é relevante porque se for admitida e tiver um resultado positivo será evidentemente útil para estabelecer a verdade do enunciado que descreve o fato.

A situação é estruturalmente mais complexa e o raciocínio do juiz é mais articulado, quando a prova se refere a um fato secundário, pois, nesse caso, o juiz deve inicialmente especular o resultado da prova e, por conseguinte, a hipótese da verdade da afirmação referente ao fato secundário, para depois formular a inferência que assume o fato secundário como premissa.

Outro aspecto do cuidado da avaliação que o juiz deve fazer sobre a relevância da prova é que, embora se trate de se estabelecer analiticamente se a única prova é ou não relevante, o juiz pode formular esta avaliação no modo racional e não casual, tomando apenas em consideração a declaração do fato que constituiu o *thema probandum*, mas ponderando todo o conjunto de provas que foram deduzidas para demonstrar a verdade ou falsidade dessas declarações.

Na análise, portanto, da admissibilidade das provas apresentadas pelas partes, o magistrado precisa ser bem criterioso e prudente, uma vez que o indeferimento equivocado de uma prova relevante pode violar o direito à prova do litigante e, consequentemente, prejudicar o resultado da ação.

Embora seja evidente o direito à prova, bem como o ônus e o interesse das partes em deduzir todas as provas que pretende usar para demonstrar a verdade dos fatos alegados, surge um problema quando se trata de estabelecer se o juiz pode ou não, deve ou não deve, dispor do poder instrutório autônomo, isto é, da

faculdade de fruir de uma iniciativa na aquisição da prova não apresentada pelas partes (Taruffo, 2012).

O fato de o direito à prova ter como titulares as partes do processo, este não pode ser considerado um direito disponível. Além de servir à consecução dos interesses particulares do autor e do réu, há outra faceta que se liga diretamente ao interesse público, qual seja o interesse do Estado em que o resultado desse processo seja a decisão mais próxima da verdade possível, no caso concreto.

Nessa linha, há de se recordar que o processo não serve apenas aos interesses dos particulares, mas consiste, sobretudo, no instrumento para a concretização da finalidade precípua do Estado, que é a de proporcionar e manter as condições necessárias ao desenvolvimento material e moral de toda a sociedade.

O Estado, então, tem todo interesse e legitimidade para, através da iniciativa probatória de seu representante, direcionar o processo para o resultado mais justo possível, mesmo diante da inércia das partes.

O PROBLEMA DA DESCOBERTA DA VERDADE E A QUESTÃO DA VEROSSIMILHANÇA NO CONVENCIMENTO DO JUIZ PELA PROVA

A prova tem o condão de esclarecer as alegações controversas suscitadas pelas partes, permitindo que o magistrado, após valorar todos os elementos probatórios, forme livremente o seu convencimento e o manifeste em uma decisão com o resultado aproximado da certeza.

Assim, a avaliação da prova consiste no raciocínio realizado pelo juiz para estabelecer, a partir dos meios de prova produzidos no processo, a verdade. Com o exame das provas, em tese,

objetiva-se formar a convicção do magistrado acerca da verdade dos fatos litigiosos.

Contudo, o estudo de valoração da prova exige uma reflexão mais profunda, além do tema probatório, que extravasa o mundo jurídico e ingressa em outras áreas do pensamento, para desvendar a questão da busca da verdade no âmbito processual e do tipo de certeza que necessita o julgador para estabelecer seu convencimento.

Inicia-se, portanto, a reflexão sobre a questão da busca da verdade, ressaltando que a verdade e a certeza são dois conceitos absolutos, e afirma-se, desde logo, que jamais se tem a segurança de ter alcançado a primeira e nunca se consegue obter a segunda, consoante explicação que segue.

Deve-se ter em mente, portanto, que mesmo que a verdade seja encontrada pelo magistrado, dificilmente ele terá plena consciência disto diante das limitações do próprio conhecimento. Ademais, a formação da convicção não significa que o juiz tenha alcançado a verdade dos fatos; esta pode ter sido desvirtuada pela insuficiência ou erros na produção da prova, ou ainda, por equívocos de apreciação do resultado.

Embora se deva buscar a verdade visando à justiça, a produção probatória não tem por finalidade encontrar a verdade absoluta (Garcia, 2009), mas, sim, permitir que o juiz tenha contato com a realidade dos fatos controvertidos para que forme seu convencimento e possa aplicar o direito material ao caso concreto.

Diante das limitações para se obter a verdade, surgiu a classificação de verdade formal e material, está sendo a verdade substancial adotada no processo penal. Aquela, por sua vez, foi definida como a verdade refletida no processo civil apta a sustentar a decisão (Marinoni; Arenhart, 2016).

Do ponto de vista lógico, não há mais como coexistir uma verdade no processo e outra no plano substancial. Posto que, ao se

falar em verdade formal no processo civil, implica-se em reconhecer que a decisão é fulcrada em uma inverdade. Nesse raciocínio, a ideia de verdade formal é inconsistente, representando um mero argumento retórico.

Afastada a questão da verdade formal e, sendo a essência da verdade inatingível por extrapolar os limites humanos, pois a reconstrução dos fatos acontece sempre com influência de aspectos subjetivos das pessoas que o presenciaram, o que se tem, então, é uma elevada probabilidade de como os fatos se deram.

A verdade somente pode ser atingida quando se tem a certeza que determinada coisa se passou de tal forma, excluindo-se, qualquer outra possibilidade. Por isso, para conhecer a verdade de uma coisa, é necessário conhecer o verso e o anverso, ou seja, impõe-se conhecer não apenas o que ela é, mas também o que ela não é.

Ora, os dados produzidos pela instrução probatória não são os fatos em si mesmos, mas registros acerca dos fatos, até porque estes quando acontecem, deixam de existir. Por conseguinte, a tarefa do juiz é organizar esses registros para alcançar uma aproximação da realidade, que possa ser útil na formação do seu convencimento.

A prova conduz a uma elevada probabilidade de como se passou o fato, mas nunca se obtém a certeza da verdade. Quando se diz, portanto, que um fato é verdadeiro significa, desta feita, que a consciência de quem emite o juízo atingiu o grau máximo de verossimilhança.

A verossimilhança se apresenta como uma verdade aproximada. Tal grau de aproximação, no entanto, é indeterminado, fazendo, por vezes, confundir seu conceito com as ideias de probabilidade, de aparência e de possibilidade. Porém, não se podem comparar conceitos relativos que apontam para a mesma definição absoluta, de modo que cada magistrado terá sua peculiar

avaliação da distância dos conceitos em comento. Nesse passo, em regra, os julgados não se apoiarão em absoluta certeza e, por vezes, essa exigência se torna uma ilusão, valendo-se a decisão em mero juízo de probabilidade.

A verdade a ser buscada no processo, desta feita, não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para a realização da justiça e está condicionada por limitações racionais, não se confundindo com a verdade absoluta, que transcende o saber humano porque depende do conhecimento do todo.

De toda sorte, os esforços do julgador devem estar concentrados para se atingir o grau de probabilidade mais alto possível. É nesse aspecto que a questão da verdade está ligada ao cerne do presente trabalho, os poderes instrutórios dos magistrados. A atividade probatória do magistrado deve se pautar, inobstante ser a verdade absoluta inatingível, em amealhar elementos para seu convencimento e se aproximar ao máximo da realidade histórica dos fatos controvertidos.

Embora não seja possível a certeza quanto à verdade dos fatos retratados no processo, ao menos devem se esgotar os mecanismos aptos a proporcioná-la. Por outro lado, não se pode olvidar que, ao ter iniciativa probatória, deve o juiz tomar cautela para não se tornar um juiz inquisidor, que tente a todo custo obter a certeza absoluta como condição necessária para decidir a demanda.

Considerando a impossibilidade de se estabelecer a verdade absoluta, Marinoni assevera que o poder do juiz para determinar provas de ofício não tem o objetivo de conduzi-lo à persecução da verdade, mas apenas de ajudá-lo a elaborar o seu convencimento, quando as provas produzidas não lhe dão o suporte necessário para uma decisão justa (Marinoni, 2004).

É preciso, assim, evitar a postura do magistrado que tente de forma desenfreada descobrir a verdade dos autos, até porque

essa ânsia desmedida pode vir a protelar, excessivamente, a entrega da tutela jurisdicional.

VALORAÇÃO DA PROVA E O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ

Certamente, a valoração da prova em conjunto com o princípio do livre convencimento judicial representa uma das matérias centrais não apenas do processo como do ordenamento jurídico. Por isso, dedica-se um ponto deste trabalho para a apreciação destes temas.

Para a formação do seu convencimento, o magistrado avalia antes todo o conjunto probatório. A valoração da prova é uma atividade exclusiva do juiz que precede o momento de elaborar sua convicção. Esse processo de valoração da prova, na realidade, é bem complexo, abrangendo uma série de operações sensoriais e intelectuais, das quais se destacam a percepção, a reconstrução e o raciocínio.

Inicialmente, ocorre a percepção e a observação dos fatos pelo juiz, mediante os documentos, coisas e pessoas. Após esse contato com os fatos, cumpre realizar a reconstrução histórica de tais fatos. E, na terceira fase da valoração da prova, exige-se o raciocínio. Não significa que essas fases mentais se desenvolvam, isoladamente, ao revés; o êxito da valoração da prova depende da adequação dessas operações mentais em conjunto.

Assim, a atividade de valoração da prova se desenvolve no bojo do processo, compondo um fenômeno que se estende ao longo de sua tramitação e não pode ser reduzida apenas no momento da prolação das decisões. Constitui a valoração da prova, então, uma constante e sucessiva análise em busca de estados epistemológicos, cada vez mais qualificados ao longo da marcha processual.

Entende-se que a valoração da prova representa, substancialmente, o juízo de aceitabilidade dos resultados produzidos pelos meios da referida provação, competindo ao juiz apreciar os elementos probatórios sob a influência que cada evidência efetivamente produzida possa exercer sobre seu espírito crítico.

No decorrer da evolução do processo, destacam-se três sistemas de valoração da prova. Expondo, de forma sintética, tais sistemas de valoração, inicia-se com o da prova legal, destacando-se, de imediato, que é diverso da prova ordálica, que foi eliminada pelo sistema da prova legal, no qual passou a prevalecer a racionalidade.

Além de afastar a irracionalidade, a prova legal significou uma garantia para o cidadão contra eventuais arbitrariedades do julgador em face do conhecimento prévio do resultado do litígio, uma vez que o valor do meio de prova era predeterminado por lei. No sistema da prova legal, o legislador substituiu o juiz na valoração da prova, ditando regras rígidas mediante as quais, fixa seu valor. Assim, cabe ao legislador manifestar sua convicção através de normas vinculantes, que o juiz deve conhecer e respeitar.

Embora busque-se a racionalidade da verificação processual do fato e procurasse excluir o arbítrio do juiz através das regras preestabelecidas pelo legislador, por outro lado, revelava-se um sistema irracional por impedir ao julgador a utilização de critérios diversos que poderiam aproximar sua convicção da realidade dos fatos.

O juiz tem ampla liberdade para investigar a verdade e avaliar as provas apresentadas e sua convicção é formada independente de qualquer regra legal, sem a necessidade de apontar a construção lógica utilizada para proferir a decisão. Representa um sistema irracionalista e intuicionista que dispensa a motivação da decisão.

Segundo Aroca (2011), esse método da íntima convicção resume-se em dois postulados: 1) a valoração da prova não consiste em um exercício da razão, senão uma declaração de vontade; 2) essa declaração não tem que ser motivada. Visando combater esse exacerbado subjetivismo do juiz, passou a vigor o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional.

No avanço dos sistemas, o do livre convencimento motivado, firmado na doutrina como intermediário entre o da prova legal e o da convicção íntima, é caracterizado pelo equilíbrio, pois não tem a incerteza deste e nem a rigidez daquele.

Prevalece no mundo jurídico moderno a preferência pelo sistema da livre apreciação motivada da prova, sendo a valoração da prova feita preponderantemente pelo juiz, a quem poucos e específicos parâmetros valorativos são impostos pela lei.

A regra do livre convencimento, um dos mais importantes pilares do direito probatório, tem por premissa a necessidade de julgar segundo as imposições da justiça em cada caso. Surgiu em face da consciência de inaptidão do legislador em prever tão minuciosamente todas as situações possíveis, editando tabelas tarifárias com o valor probatório para cada fonte ou meio de prova, a fim de alcançar as inúmeras hipóteses imagináveis.

O juiz, na persuasão racional, aprecia a prova livremente devendo extrair sua convicção das provas produzidas, atendendo aos fatos estabelecidos, às regras da lógica e às regras da experiência. Desse modo, o convencimento há de ser racional, porque fora necessariamente alcançado, mediante as forças do intelecto, sem seguir as impressões pessoais e eventualmente passionais do juiz. Repudiam-se personalismos do juiz, cuja atividade se rege pelo princípio da impessoalidade.

Há, então, limitações para essa liberdade de convicção outorgada ao juiz, estando condicionada às seguintes balizas: a)

deve ser racional e não emocional; b) está adstrita aos fatos nos quais se funda a relação jurídica, bem como às provas produzidas no processo; c) tem que ser devidamente justificada em uma decisão motivada; d) deve ser compatível com as normas legais e com as regras da experiência (Santos, 1970).

Afere-se, indubitavelmente, que o livre convencimento há de ser racional porque é necessário e obrigatório expor as circunstâncias que levaram a conferir uma maior credibilidade a um meio de prova, ou as que no caso sejam capazes de convencer uma pessoa inteligente e sensível à realidade.

O convencimento do juiz precisa ser motivado pelo dever de desenvolver o iter de raciocínio, o qual, à luz dos autos, o leva a concluir que tal fato aconteceu ou não, que tal situação existe ou deixa de existir, que os fatos se deram de determinado modo e não de outro. Nos Estados de Direito, é a própria Constituição que exige a fundamentação das decisões.

A exposição dos motivos pelos quais se concluiu por determinado resultado permite às partes entenderem a decisão, postando-se como efetivo meio de controle jurisdicional e social. A partir da motivação, a sociedade pode avaliar o conteúdo moral, ético, econômico e todos os outros aspectos da decisão. A dispensa de motivação transformaria a regra do livre convencimento motivado em porta aberta para a arbitrariedade.

Registre-se que, apesar desse sistema ter sido acolhido, pela maioria das legislações, raramente há vigência exclusiva de um dos sistemas na forma pura. Nesse passo, Aroca denomina, no ordenamento jurídico espanhol, este sistema de misto, onde há a combinação de algumas regras legais, de maneira especial, com a livre apreciação, em geral. Tendo em vista as características de tal denominação, predomina, atualmente, no sistema continental

européu, como Portugal, França e Itália, um sistema misto de valoração da prova, mesclando a prova livre e a prova legal.

O Estado de Direito brasileiro adota o sistema da persuasão racional e entendemos, a princípio, que seu sistema não se enquadra na classificação do sistema misto, pois, apesar de conter no seu ordenamento algumas normas de prova legal, cuida-se de resquício.

Dessa forma, a sua quantidade e influência na valoração é quase que insignificante em relação à presença da prova legal no direito positivo dos países que integram esse grupo do sistema misto. É que se afere ser a força probatória legal do ordenamento jurídico brasileiro bem mais tênue que nos sistemas europeus, onde há um maior número de tarifação da prova e sua eficácia é estabelecida com mais rigor, cabendo unicamente ao julgador o mister de apreciar e valorar o acervo probatório, por ser ele o destinatário da prova mostra-se relevante sua participação na aquisição da prova.

A iniciativa probatória do magistrado deriva da necessidade de angariar elementos suficientes para construir o seu livre convencimento motivado. Por isso, a iniciativa instrutória judicial se fundamenta também no sistema da livre convicção racional. Desta feita, a formação do conjunto probatório se mostra imperiosa até o momento em que o julgador tenha condições de decidir a lide. O grau de cognição a ser exercido pelo magistrado vai variar de acordo com a reunião dessas condições necessárias para proporcionar o livre convencimento motivado.

Ao juiz, cumpre adotar uma postura ativa, lançando mão dos instrumentos que lhe são disponibilizados, com vistas à superação das limitações que minimizam as chances de acesso imediato à realidade histórica considerada juridicamente relevante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concepção moderna de jurisdição, embasada nos paradigmas da justiça e do equilíbrio social, bem como, em um sistema jurídico aberto, reivindica uma visão que propicie a conexão entre os institutos processuais e os valores constantes da Constituição em todo processo de interpretação da norma. O direito processual civil contemporâneo abandonou a antiga concepção privatista, na qual o processo era um instrumento para proteção do direito subjetivo, subordinado ao desejo das partes.

Na atualidade, a tendência universal é a publicização do direito processual, acompanhada da sua natureza instrumental, conotação que precisa ser observada em todo ordenamento com propósito de que o interesse público, no efetivo e adequado exercício da jurisdição, sobreleve aos individuais em conflito, restringindo ou minimizado o valor da autonomia da vontade.

Todas essas condições clamaram pela necessidade da ampliação dos poderes do juiz, exigindo-lhe uma participação mais ativa com determinação de provas de ofício, a fim de possibilitar julgamentos mais fiéis à verdade.

Nessa linha, as regras do ônus da prova não satisfazem, por si só, aos requisitos do Estado Democrático e Social de Direito. Indiscutível a função orientadora de tais normas para auxiliar o magistrado no momento de decidir a lide não instruída devidamente pelas partes, todavia as características do vigente processo civil não permitem mais um julgador estagnado aos ditames das regras de distribuição do ônus da prova.

A magistratura não pode se acomodar na insensibilidade, reabastecida pelas verdades dogmáticas do princípio dispositivo e da neutralidade; deve se integrar ao momento vivido hoje. Uma nova consciência sobre o processo deve envolver todos os

operadores do direito, notadamente o juiz, impondo-se a este uma postura menos formal na condução do processo com a prática de diversos atos vinculados diretamente à cognição, na busca de proferir um resultado justo.

O ativismo probatório do juiz representa elemento essencial e facilitador do direito de acesso efetivo à justiça, uma síntese de todos os princípios e garantias, seja no plano constitucional ou infraconstitucional, visando assegurar a finalidade última do processo; em palavras resumidas, o adequado acesso à ordem jurídica.

Correspondendo todo poder judicial a um equivalente dever para com as partes ou para com o próprio processo e sua finalidade, o poder instrutório constitui, por conseguinte, um dever do juiz, e não uma faculdade. Embora signifique um aumento na liberdade de interpretação, o poder probatório do juiz é inconfundível com o fenômeno da discricionariedade arbitrária, representando um dever específico que o torna mais ativo, quando a avaliação da verdade dos fatos depender de sua iniciativa instrutória.

A invocada incompatibilidade de alguns princípios constitucionais e infraconstitucionais, destacando-se os princípios do dispositivo, da imparcialidade e da igualdade entre as partes, com o exercício da iniciativa instrutória do juiz, é fulcrada em fundamentos não razoáveis.

O dever de tentar autonomamente acertar a verdade é que torna realmente o julgador independente e imparcial no que diz respeito às posições das partes. O juiz que procura estabelecer a verdade não perde a própria imparcialidade, mas a reconfirma, por não permitir, em suas atividades, fatores estranhos à veracidade. Esse é o autêntico sentido da imparcialidade.

Incumbe ao magistrado, na condução do feito, velar pela igualdade das partes, fazendo substantivar a igualdade que a lei faz apenas formal. A fim de evitar o desequilíbrio de armas entre

os litigantes, o juiz deve ter participação mais ativa, primando pela tese da igualdade material, mormente quando verificar falta de condições materiais, físicas, intelectuais de uma das partes.

A nova situação conferida ao julgador, na vigilância do debate e com a iniciativa instrutória, constitui garantia de que a igualdade processual será conservada. Deste modo, o princípio da igualdade não é afetado pela ampliação dos poderes do juiz, mas, ao contrário, é preservado pela atuação desses poderes, pois não favorece qualquer das partes, apenas proporciona apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam aplicadas corretamente.

REFERÊNCIAS

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v.3.

GARCIA, Almeida André. **Prova Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A questão do convencimento judicial**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 503, 22 nov. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/5966> . Acesso em: 30 maio 2014.

MATTA, Paulo Saragoça da. A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença. *In*: PALMA, Maria

Fernanda (Coord.). **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra, 2004.

MONTERO AROCA, Juan. **La prueba en el proceso civil**. 6. ed. Pamplona: Civitas, 2011.

TARUFFO, Michele. **La prova nel processo civile**. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 2012. (ANSANELLI, Vincenzo et al).

TARUFFO, Michele. Verità e probabilità nella prova dei fatti. **Revista de processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32, n.154, dez.2007, p.213.

REICHELTL, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v.2.

AS QUATRO LINHAS DA CONSTITUIÇÃO: UM MEMORIAL SOBRE SEPARAÇÃO DE PODERES, PLURALISMO E MINORIAS

*Diego Fernandes Guimarães*³

INTRODUÇÃO

Um dos frutos mais interessantes e eficientes da comunicação política no Brasil dos últimos anos é a equivalência (ou analogia) sintetizada na expressão “dentro das quatro linhas da constituição”⁴, usada para avaliar a legitimidade do exercício dos poderes estruturantes fazendo alusão aos limites dados pelas linhas laterais e de fundo do campo de futebol, o que faz parte do vocabulário e do imaginário de praticamente todo brasileiro.

Entretanto, se por um lado, parece eficaz para fins de retórica política, por outro, propõe e estimula – sobretudo ao constitucionalista – uma série de indagações sobre a essência de seu significado, em especial, à luz da concretude da realidade

3 Juiz Federal da 5ª Região. Mestre em Direito pela Universidade de Granada (Espanha).

4 O vocabulário político também se vale de bordões musicais, como “cada um no seu quadrado” (<https://abrir.link/hZB82>) ou “cada macaco no seu galho” (<https://abrir.link/07es>), com idêntica finalidade retórica.

constitucional que tem na Constituição de 1988 (CF-88) o seu elemento textual.

O objetivo desta pesquisa é, analisando os desenhos de separação de poderes unicamente no que tange ao exercício do poder de produção do Direito, demonstrar que o advento do Estado Constitucional no Brasil é incompatível com uma imagem estática e estrita da divisão de poderes baseada na (superada) vontade geral.

NOÇÕES FUNDAMENTAIS

Sob a ótica do modo pelo qual se organiza o poder político numa dada sociedade, o Estado moderno representa a contraposição ao Estado medieval, caracterizando-se pela concentração de poderes numa instância unitária e suprema de comando, pelo monopólio da força legítima e pelo desenvolvimento de uma estrutura administrativa burocrática, o que já havia sido alcançado pelas monarquias absolutistas⁵. Nestas, os monarcas (a Coroa) titularizavam os poderes de produção do Direito objetivo, de condução dos negócios estatais e, ademais, da administração da justiça, a qual, embora conduzida por magistrados designados pelo Rei, era exercida em seu nome.

Numa perspectiva eurocêntrica, o próprio Estado moderno foi passando por modificações estruturais, contaminado pelos regicídios e conflitos de sucessão. A experiência dos Estados Unidos independentes revelava a desnecessidade de um monarca absoluto. No campo teórico, a representatividade e a noção de

5 Sobre a consideração do Estado absolutista como fase inicial do Estado moderno, cfr.: BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. v. 1. 11ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 425-431.

poder como ofício⁶, bem como a secularidade e o iluminismo, além de necessidades econômicas e políticas da classe social em ascensão (a burguesia), impunham uma nova fórmula de legitimação do exercício do poder que encontrou na ideologia nacional um componente referencial capaz de promover um tipo vigoroso de integração social.

A ideia de nação conferia a uma coletividade, assentada num território determinado⁷, uma identidade comum que, ao mesmo tempo, funcionava como raiz de legitimidade do poder e de funcionamento do Estado. Esta identidade comum se baseava na consciência de auto pertencimento e propiciava um tipo de integração sociopolítica⁸ em que, ao menos no plano ideológico, todos detinham o status de cidadão e se encontravam em posição de paridade, culminando numa noção de soberania despersonalizada⁹ e explicada pelo contratualismo.

Apesar de ser uma corrente de pensamento variada, por contratualismo nos referimos a um conjunto de teses que explicam a origem da sociedade e fundamentam o poder político num pacto que põe fim ao estado de natureza e funda o estado civil.

6 GIERKE, Otto Vin. **Teorías políticas de la Edad Media**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2010, p.142.

7 Da Constituição Portuguesa de 1822: “A Nação Portuguesa é a união de todos os Portuguezes de ambos os hemisférios. O seu território forma o Reino-Unido de Portugal, Brasil e Algarves (...)” (art. 20).

8 Gaspare Nevola considera que a criação deste padrão identitário foi fundamental para o desenvolvimento do modelo de organização política estatal: “In questa esperienza di unificazione politica l’identità collettiva è stata infatti una risorsa di prim’ordine nella mobilitazione di gruppi e individui in vista della creazione e legittimazione di una comunità politica unificata” (NEVOLA, G. Il modello identitario dello Stato-nazione. Genesi, natura e persistenza. **Quaderni di Sociologia**, n. 44, p.121–149, 1 ago. 2007).

9 Da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – (DDHC-1789): “O princípio de toda a soberania reside essencialmente em a Nação. (...)” (art. 3º).

Para Rousseau, por exemplo, soberania nada mais é que “o exercício da vontade geral”¹⁰, que se origina da cessão dos direitos individuais através do pacto fundacional e que, por esta condição, legitima a subordinação política de todos às autoridades representativas¹¹.

A propósito, é perceptível que se vale o autor da premissa de que o povo seria uma entidade unitária¹² que, por razões pragmáticas, manifestava sua vontade através de representantes, não concebendo as “sociedades parciais”¹³ dentro do Estado, porque inviabilizariam a expressão da vontade geral¹⁴.

Em resumo, o modelo de organização política equacionado pela ideologia nacional se fundava na titularidade do poder pelo povo integrado a partir de uma identidade comum e estabelecido nas fronteiras do Estado, o qual surgia do contrato social entre todos os indivíduos, o qual também legitimava o exercício da autoridade. A autoridade era exercida na representação do povo de acordo com os procedimentos pactuados. Porém, não é demais lembrar que, no período histórico, predominava o sufrágio censitário, de modo que, na prática, a tal vontade geral significava

10 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato social (ou princípios do Direito político)**. 3ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2000, p.33.

11 “A soberania reside essencialmente em a Nação. Não pode, porém, ser exercitada senão pelos seus representantes legalmente eleitos. Nenhum indivíduo ou corporação exerce autoridade pública, que se não derive da mesma nação” (art. 26 da Constituição Portuguesa de 1822).

12 O mesmo artigo da DDHC-1789 que consagra a soberania nacional, em sua parte final, estabelece: “nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que aquela não emane expressamente” (art. 3º).

13 Ob. Cit. p.36.

14 O art. 1º da Constituição Francesa de 1848 é ilustrativo: “La souveraineté réside dans l’universalité des citoyens français. - Elle est inaliénable et imprescriptible. - Aucun individu, aucune fraction du peuple ne peut s’en attribuer l’exercice”.

a defesa da vontade das classes dominantes, particularmente da burguesia.

A expressão jurídica do Estado nacional é o Estado de Direito, um padrão prescritivo de como o poder político deve ser exercido que, ao longo do tempo (e também do espaço onde se desenvolve), também variará e refletirá as mudanças porque passa o Estado nacional. De todo modo, o ideário liberal, que é contemporâneo à consolidação dos Estados-nação na Europa¹⁵, exigiria que o poder político fosse limitado e controlado, recorrendo aos dogmas da separação dos poderes, do império da lei e do reconhecimento dos direitos fundamentais (v.g. arts. 4º e 16 da DDHC-1789).

AS BASES E OS EFEITOS DA NOÇÃO TRADICIONAL DE SEPARAÇÃO DE PODERES

É, portanto, neste contexto socioeconômico e cultural – brevemente exposto – que se assenta a primeira fase do Estado de Direito, alicerçado numa particular concepção estrutural da sociedade e, portanto, da separação funcional de poderes e que alcançou prestígio para além das disputas revolucionárias na França.

Para Montesquieu, o cidadão é livre politicamente quando tem a prerrogativa de fazer o que lhe é permitido por lei, o que dependeria de duas condições: “uma certa distribuição de poderes”¹⁶, nos moldes dos governos moderados e o alcance de certeza

15 BIN, Roberto e PITRUZZELLA, Giovanni. **Diritto Pubblico**. Torino: Giappichelli, 2022, p.33.

16 “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes” *In*: MONTESQUIEU,

ante a ordem jurídica. O certo é que, ao individualizar os poderes precípuos, acabou promovendo um desenho relacional que destacava a proeminência do Parlamento.

Ora, se o Poder Legislativo era o responsável por editar, por lei, normas gerais e abstratas, as quais seriam operacionalizadas pelo Poder Executivo, incumbindo o Judiciário de sua aplicação na solução dos litígios concretos, no final das contas, quem dita o rumo de toda a sociedade é o Legislativo, por lei. E havia coerência nesta construção: teoricamente, o Parlamento é o representante da vontade geral, logo sua decisão é reflexo desta¹⁷, embora, na prática, o Parlamento era dominado pela burguesia, de modo que, ao fim e ao cabo, esta conduziria os rumos da sociedade.

Consolidou-se, assim, a primazia da lei, tendo como consequência a secundarização do direito consuetudinário (o “inimigo” medieval) e a prevalência dos atos legislativos sobre os atos normativos editados pelos demais Poderes, o que se via refletido nas doutrinas acerca da relação entre lei e regulamento e no papel secundário que seria reservado à jurisprudência.

Sobre a relação entre lei e jurisprudência, é importante destacar que a ideia de que o Direito é composto por normas gerais e abstratas – que também atendia à reivindicação revolucionária por igualdade¹⁸ – foi crucial para a compreensão de que tanto o ato normativo administrativo, quanto a sentença judiciária nada

Charles de Secondat. **O espírito das leis. Livro XI.** Cap. VI. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.168.

17 Da Constituição Francesa de 1848: “Article 20. - Le peuple français délègue le pouvoir législatif à une Assemblée unique”.

18 Da Constituição Portuguesa de 1822: “A lei é igual para todos (...)” (art. 9).

mais seriam que particularizações do comando geral (e superior) contido na lei parlamentar¹⁹.

Assim, a noção tradicional de separação de poderes auto-legítima o exercício do poder normativo do Parlamento, o que realçava a desnecessidade de que lhe fosse imposta limitação de conteúdo. Por isso, a constituição tinha natureza essencialmente política, um “sistema de articulação dos órgãos superiores do Estado e de organização da produção jurídica”²⁰, com uma função limitadora reduzida, afinal era a eleição periódica o legítimo e democrático instrumento de controle da política.

Uma análise dos textos constitucionais editados nos séculos XVIII e XIX é bastante elucidativa. A Constituição Jacobina de 1793 previa que “o juiz aplicará as leis votadas pela assembleia nacional mesmo que contrárias à constituição” (art. 27). A Constituição de Cádiz (1812) disciplinava a lei e seu processo de formação, sob competência das Cortes (arts. 131 a 156), mas não lhe impunha limitações materiais. A Constituição Portuguesa de 1822 depois de enunciar a tripartição de poderes (art. 29), define que “cada um destes poderes é de tal maneira independente, que um não poderá arrogar a si as atribuições do outro”, disposição repetida no art. 35 de sua Constituição de 1838.

Aliás, a Constituição Portuguesa de 1838, prescrevia que “compete às Cortes fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las” (art. 37, 1º) e o art. 73 do Estatuto Albertino de 1848 estabelecia que “a interpretação das leis, em modo obrigatório para todos, compete exclusivamente ao poder legislativo” (art. 73).

19 MALBERG, C. DE. *La loi, expression de la volonté générale*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1931, p.3-6.

20 RUBIO LLORENTE, F. Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (sobre el problema del concepto de ley en la Constitución). *Revista de Administración Pública*, n. 101, p. 417-432, 1983, p.425.

Pois bem, resta indagar se este modelo de sistema jurídico centralizado e focado na proeminência do Parlamento e na primazia da lei foi implantado no Brasil.

O Direito que havia vigorado no período anterior à independência já tinha a nota de concentração numa instância suprema, que era o monarca, ao menos desde a Lei da Boa Razão (1769), na que restou definitiva a preferência da fonte legislativa régia²¹, cujo efeito foi a desconsideração das fontes do Direito dos povos originários na construção do sistema jurídico vigente – assim como já havia ocorrido na Europa com o direito consuetudinário – “pois os nativos não conseguiram impor seus ‘mores’ e suas leis, participando mais na humilde condição de objeto do direito real”²².

A solução histórica para conciliar os ideários liberais e conservadores no processo independentista foi a adoção de uma monarquia constitucional representativa, que estabelecesse e consolidasse uma unidade político-territorial – apesar de igualmente baseada no sufrágio censitário – e que impulsionasse a “construção das identidades nacionais”²³.

A Constituição imperial de 1824 (C-1824), em seu art. 1º enunciou que os cidadãos brasileiros formavam uma nação livre e

21 Interpretando o item 9 da Lei da Boa Razão, diz Telles: “Tres são as determinações d'este 8.: primeira, que se não faça uso nas allegações, e decisões de textos de Direito Civil, ou de outras quaisquer auctoridades havendo Ordenações, Leis do Reino, estylos, ou costumes com força de Lei: (...) terceira, que em matérias políticas, econômicas, mercantis, e marítimas, devemos na falta de Leis Patrias recorrer às Leis das Nações civilizadas da Europa, e não às Romanas”. *In*: TELLES, Jose Homem Correa. **Comentário crítico à lei da boa razão**. Lisboa: Typographia de Maria da Madre de Deus, 1865, p.30-31.

22 WOLKNER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.60.

23 SCHWARCZ, Lilia M. e STARLING, Heloisa M. **Brasil: Uma biografia**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p.221-222.

independente, ao passo que considerava que não só a Assembleia Geral, mas também o Imperador, constituíam os seus representantes (art. 11). A Assembleia era competente exclusiva para fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las (art. 15, VIII, C-1824), mantendo-se a participação do Imperador apenas por meio da propositura, da sanção e da recusa. Ademais, ao Poder Executivo ficou reservada a competência regulamentar consistente em “Expedir os Decretos, Instruções, e Regulamentos adequados à boa execução das Leis” (art. 102, XII).

No entanto, as prerrogativas do Poder Moderador, principalmente de dissolução do Parlamento (art. 101), evidenciam que a supremacia do Parlamento, no Império, era mitigada, tendo razão Bonavides quando afirma que “o poder moderador na Carta do Império é literalmente a constitucionalização do absolutismo”²⁴, formando-se um regime parlamentar instável²⁵, tal como indicam as 11 vezes em que o Parlamento foi dissolvido no 2º Reinado.

A seu turno, também a Constituição de 1891 (CF-1891) teve inspiração liberal e adotou textualmente a tripartição de poderes apoiada na soberania nacional (art. 15). Uma análise do seu texto aponta que o desenho do sistema jurídico foi feito em torno da fonte parlamentar, com a competência produtora exclusiva no Legislativo (art. 34, CF-1891) e a participação do Poder Executivo na sanção ou veto (arts. art. 48, 1º e 37, CF-1891) e na

24 BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, PAES DE. **História Constitucional do Brasil**. 6ª ed. Brasil: OAB Editora, 2005, p.106.

25 “Sua aplicação [do poder moderador], posto que moderada, produziu alguns efeitos funestos à consolidação parlamentar do regime, na medida em que a ingerência pessoal do Imperador às vezes fazia e desfazia ministérios. Constitua isto um fator de perturbação, e não de equilíbrio, que afetava de corpo inteiro as instituições” *In*: BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.570.

edição de regulamento (art. 48, 1º, CF-1891). Mas duas novidades merecem destaque.

Primeiro, a CF-1891 estabeleceu um mecanismo de controle de constitucionalidade, político e prévio, ao assegurar o veto presidencial de projeto de lei por vício de inconstitucionalidade (art. 37, § 1º) e jurisdicional e repressivo, ao admitir o uso de disposição constitucional como causa de pedir em ações (art. 60, a) perante a Justiça Federal, e ao conferir competência aos Tribunais e ao Supremo Tribunal Federal (STF) para o controle de validade de atos e leis estaduais em face da Constituição ou das leis federais²⁶ (arts. 59, § 1º e 60). Como se sabe, o controle jurisdicional se fazia (e se faz) como questão prejudicial à resolução da causa e tinha (e tem) como efeito jurídico a inaplicação da lei considerada incompatível para o caso julgado, sem efeito erga omnes²⁷.

Portanto, a nosso sentir, a tripartição de poderes adotada desde a CF-1891 não tem como refletir o desenho de Montesquieu porque a possibilidade de que o juiz deixasse de aplicar uma norma editada pelo Parlamento é inconciliável com a concepção de que “os juizes da nação são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei”²⁸.

26 O Art. 13 da Lei 221/1894 era claro: “§ 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição”.

27 A possibilidade de conferir efeito erga omnes à declaração de inconstitucionalidade veio com a Constituição de 1934 (art. 91, IV), repetida nos textos constitucionais de 1946 (art. 64), de 1967 (art. 42, VII) e de 1988 (art. 52, X). Mas é dependente de pronunciamento do Senado, o qual não opera no plano da validade da norma, mas da eficácia, suspendendo-lhe a execução.

28 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Livro XI. Cap. VI. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.175.

Ainda assim, curiosamente, até a Constituição Federal de 1988 (CF-88), o sistema de fontes do Direito nacional, apesar da proliferação de novas categorias normativas e do aperfeiçoamento de mecanismos de controle de constitucionalidade repressivo, se conformará de acordo com os contornos regulados pela Constituição material, oscilando sua posição de supremacia entre a fonte parlamentar e a executiva com força de lei – focada no uso de Decretos-Leis (1937 e 1967) – ou, inclusive, de fontes extraconstitucionais como os Atos Institucionais dos períodos autoritários. E três razões podem demonstrar esta afirmação.

Em primeiro lugar, como é sabido, a cultura jurídica brasileira foi se forjando através de uma multirreferência doutrinária²⁹, por vezes incompatível intrinsecamente e com a realidade cultural nacional³⁰. Uma das consequências foi a de que, a despeito da adoção do presidencialismo, o Direito Público brasileiro conservou o dogma (mais próprio à lógica parlamentarista) da primazia da lei sobre atos normativos do Executivo como algo imanente à separação de poderes, mesmo com a expansão do intervencionismo estatal³¹. A seu turno, o advento do Código Civil de 1916, inspirado no congêneres liberal alemão de 1896, além de investir-se como centro referencial do Direito privado, contribuiu para a

29 FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 2006, 44.

30 CAVALCANTE, Themistocles Brandão. Aspectos da cultura jurídica brasileira. *Revista de Ciência Política*, 1980, 23.2: 11-20.

31 “(...) compete ao Executivo adaptar a lei para a sua boa aplicação, mediante regulamentos executivos. Logo, deve ser essa atividade considerada, enquanto tal, atribuição do Executivo, independente de textos expressos, como problema técnico-jurídico para a sua execução” *In*: MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. **Princípios gerais de direito administrativo**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.318.

difusão de vertentes exegéticas e positivistas quanto à interpretação e aplicação do Direito em geral.

Por outro lado, o *judicial review* norte-americano reproduzia uma prática, fundada nas Cartas da Coroa (Inglesa), através da qual os juízes da colônia só poderiam aplicar as leis locais quando compatíveis com as leis da Metrópole³². No Brasil, ao contrário, foi introduzida na CF-1891 a despeito da inexistência de prática semelhante.

A propósito, a nossa concepção cultural de Constituição e de separação de poderes fez com que desde sua inserção no ordenamento constitucional, o exercício do controle de constitucionalidade difuso não interferisse na integridade do sistema jurídico, ou seja, que uma declaração incidental de inconstitucionalidade realizada pelo órgão fiscalizatório, no caso o Judiciário, ainda que pelo seu órgão de cúpula, não afetasse os planos de existência, de validade ou de eficácia da norma jurídica impugnada, diferentemente do que ocorre no sistema estadunidense, em que a declaração de inconstitucionalidade opera sobre o plano de validade do ato normativo impugnado³³.

Por último, no que tange aos impactos da Constituição material sobre o sistema de fontes prévio à Constituição de 1988, é preciso destacar que desde a República Velha, as normas básicas de organização política e os arranjos relacionais não estiveram inteiramente de acordo com o texto escrito na Constituição. Por exemplo, apesar de ter a CF-1891 adotado o sufrágio universal,

32 REGO, Carlos Eduardo Reis Forte do. **Introdução ao Direito constitucional dos Estados Unidos da América**. São Paulo: Lumen Juris, 2017.

33 VIEIRA, Oscar Vilhena. **O Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.55.

os requisitos da capacidade eleitoral ativa, na prática, eram excluídos de parte significativa do povo, inclusive das mulheres.

O mesmo acabou se dando no espaço de atuação do Judiciário, o qual, por variadas razões que vão desde o método de investidura até o coronelismo³⁴, bem como pela posição subordinada nos períodos de regimes autoritários que se sucederam a partir da Revolução de 1930, não introjetou adequadamente o dogma da supremacia da Constituição – nem lhe seria permitido fazê-lo³⁵ –, moldando uma cultura jurídica formalista e legalista fulcrada na lei como fonte principal do Direito, de que é manifestação o art. 4º da (então) Lei de Introdução ao Código Civil³⁶ ou o art. 114 do Código de Processo Civil de 1939³⁷.

OS IMPACTOS DO PLURALISMO COMO SOBREVALOR DO SISTEMA JURÍDICO E O DESENHO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE PODERES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Até aqui, buscamos demonstrar que a concepção tradicional da separação de poderes, originada na França revolucionária

34 Para uma análise específica, cfr. TINOCO, Alexandre Motta. As práticas institucionais do poder judiciário brasileiro: da Primeira República à Constituição Federal de 1934. **Revista Interdisciplinar do Direito-Faculdade de Direito de Valença**, 2014, 11.1.

35 “É a ditadura dos tribunais que enfia terror as boas almas dos nossos puritanos” *In*: BARBOSA, Ruy. **Pensamento e ação de Rui Barbosa. Organização e seleção de textos pela Fundação Casa de Rui Barbosa**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 1999, p.166-167.

36 “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

37 “Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que esteleceria se fosse legislador”.

e replicada em experiências constitucionais na Europa não foi absorvida nos nossos textos constitucionais, embora ao longo do século XX, a constituição material tenha dado espaço para a formação de sistemas jurídicos baseados na supremacia da fonte legislativa ou da fonte executiva com força de lei, de acordo com o arranjo das forças políticas de cada momento histórico.

Entretanto, o advento da Constituição Federal de 1988 (CF-88) tem um profundo impacto no sistema de fontes do Direito e, por conseguinte, no conteúdo da separação de poderes. A CF-88 representa, entre nós, a construção de um Estado constitucional, uma segunda fase do Estado de Direito³⁸. E duas são as causas: a normatividade da constituição e o pluralismo sociopolítico.

Uma Constituição é normativa³⁹ quando integra o processo político como elemento interno e regulador, aferível por um elemento estático e outro dinâmico⁴⁰. O primeiro significa que a obra do poder constituinte capta e regula alguns aspectos da realidade política, com vocação regulatória inclusive contra a vontade superveniente das forças reais de poder⁴¹. Já a dimensão dinâmica se refere à sua vivência concreta, à sua posição imperativa na ação dos agentes políticos, na atividade dos poderes e órgãos constituídos e na vida comunitária.

38 GUIMARÃES, Diego Fernandes. O Estado constitucional de Direito e a mudança de rumo no sistema de fontes do Direito. **Revista de Informação Legislativa**, 2022, 59.233: 83-98.

39 LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ed. Ariel, 2018, p.216 e ss.

40 GUIMARÃES, Diego Fernandes. OS SINAIS DE NORMATIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, 2022, 14: 144-166.

41 SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Madrid: CEPC, 1985, p.132.

A principal característica estrutural de uma Constituição normativa é regular o processo de produção do Direito, ou seja, é abrigar, ainda que mediatemente, normas jurídicas (normas sobre a produção) que disciplinam a produção de normas jurídicas (das normas de convivência social), o que significa dizer que este tipo de Constituição tutela situações subjetivas, mas também a produção do próprio Direito objetivo, cominando consequências jurídicas sistemáticas para o caso de violação das normas sobre a produção.

Por outro lado, a experiência comparada evidencia que as Constituições têm se tornado normativas, desde a Lei Fundamental de Bonn (1949) e da Constituição Italiana (1848), no intuito de “canalizar o pluralismo sociopolítico”.⁴²

Há vários fatores sociais, políticos e econômicos que alçam o pluralismo à categoria de valor fundamental da organização política e jurídica do Estado, ali onde vem se consolidando. Mas, fundamentalmente, há uma relação simbiótica entre a progressiva ampliação do direito ao voto e o reconhecimento da pluralidade de grupos, interesses, valores e ideias que se confrontam no espaço público e que aspiram investir-se nas funções políticas, além de vocalizar e implementar os seus respectivos projetos de vida comunitária. E isto quer dizer que desaparece a sociedade unificada em sua pauta de valores e integrada a partir de uma identidade comum.

Note-se que, nos Estados europeus em que vigorou a predominância do Parlamento como expressão da vontade geral, nos moldes de Rousseau e Montesquieu, a legitimidade da lei decorria de sua origem: é lei (e deve ser obedecida) porque foi decidida

42 CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Fuentes del Derecho**. v.1. Madrid, Editorial Tecnos, 1991, p.138.

pela maioria do Parlamento, o qual é representativo da vontade geral e investido por meio de eleição popular. Entretanto, o pluralismo põe em xeque esta formulação basicamente porque rejeita a categoria da vontade geral, exigindo um *plus* legitimatório: a vontade de todos, de onde deriva a relevância da maioria e das minorias no processo decisório.

E como o conteúdo da decisão político-normativa não pode refletir a vontade de todos, dada a complexidade inata das sociedades complexas plurais, obtém-se um consentimento amplo sobre o processo decisório, isto é, sobre as normas básicas que estabelecem as condições formais, materiais e circunstanciais da produção do Direito objetivo. Este consentimento é alcançado nos momentos constituintes, porque é na Constituição que restarão veiculados⁴³.

Dito de outro modo, num sistema dotado de Constituição normativa, a lei parlamentar federal não é válida porque foi produzida pelo Parlamento, nem a medida provisória é válida porque foi emitida pelo Presidente da República. Em ambos os casos, não importa a composição do Parlamento, nem o número de votos obtidos ou o percentual de aprovação popular do Presidente, a lei ou a medida provisória será válida se tiver obedecido às normas específicas para a sua produção.

As normas para a produção do Direito estão na Constituição e representam o consenso de todos. Quando a maioria governamental (que dada a eletividade e temporariedade é essencialmente passageira) emite uma norma que não atende àquelas regras, viola-se o consenso de todos e, conseqüentemente, a norma

43 Peter Haberle denomina de consenso cultural mínimo: HÄBERLE, Peter. El estado constitucional europeo. **Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, [S.l.], ene. 2000.

será eliminada do sistema. É por esta razão que ter uma constituição normativa (dotada, portanto, de um mecanismo de controle sistêmico da validade da norma) significa, episodicamente, assumir a proteção das minorias sociopolíticas (também passageiras), já que estas têm a prerrogativa de participar de um hígido processo de produção jurídica.

Dos impactos que a normatividade da Constituição produz, merecem aqui três destaques relevantes. O primeiro se refere ao dogma da primazia da lei.

Não é inerente à separação de poderes que a lei parlamentar (ou qualquer outra norma produzida pelo Parlamento ou por outro órgão produtor de normas) tenha prevalência sobre atos normativos do Poder Executivo. Na Constituição Francesa de 1958, de modo residual (e amplo), há matérias que podem ser disciplinadas por regulamento autônomo (art. 37), enquanto na Constituição Italiana de 1948, rejeita-se a edição de Decreto com valor de lei ordinária e admite o *decreto-legge* para o caso de extraordinária necessidade e urgência (art. 77). Aliás, a lei estatal também pode ceder espaço para a produção jurídica de sistemas consuetudinários amparados pela Constituição, como se preveem na Constituição Boliviana de 2009 (art. 30) e na Constituição do Equador de 2008 (art. 57, 10).

Já a primazia da lei sobre a decisão jurisdicional tampouco é essencial ao sistema democrático. Em primeiro lugar, é perfeitamente possível que a Constituição atribua à sentença judiciária a condição de fonte do Direito, portanto, produtora de normas com eficácia *erga omnes*. Mas, em definitivo, as sentenças constitucionais serão fontes do Direito, porque são consubstanciais a um sistema com Constituição normativa que a declaração de inconstitucionalidade tenha o efeito invalidante ou revocatório do ato normativo impugnado.

O segundo impacto relevante é que, uma vez em vigor a constituição desta comunidade política pluralista, nenhuma fonte de poder terá potencialidade normativa irrestrita, como tinha a lei no Estado legal. A Constituição é suprema e normativa porque regula, ainda que mediatamente, todas as instâncias produtoras de normas, afinal todos os poderes políticos se posicionam abaixo da Constituição.

A Constituição passa a exprimir um compromisso cultural geral, renovável no tempo e concorre como referência cultural da comunidade diversificada⁴⁴, reduzindo o papel legitimatório das identidades nacionais. Aliás, há uma transformação na soberania popular⁴⁵, a qual persiste como a fonte de legitimidade de toda a ordem constitucional, vocalizada no poder constituinte originário. Mas uma vez vigorante a Constituição normativa, também o poder popular assume a condição de poder constituído⁴⁶ e o seu exercício é igualmente condicionado.

Por último, é democraticamente neutro o modo de investidura daqueles que exercem o controle de constitucionalidade, pois a sua legitimidade deriva da posição de fiscalizador dos consensos

44 “La constitución actúa integrando cuando representa las valoraciones y aspiraciones fundamentales de una sociedad, cuando la sociedad reconoce justamente en su constitución aquellas ideas y creencias con las que se identifica y en la que ve fundada su peculiaridad” *In*: GRIMM, Dieter. Integración por medio de la Constitución - propósitos y perspectivas en el proceso europeo de constitucionalización. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 15, p.53–70, 2005.

45 Para uma análise exaustiva sobre tais reflexos, cfr.: ISENSEE, J. El pueblo fundamento de la Constitución. **Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época.**, v. 6, p.335-453, 2005.

46 CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Soberanía popular y democracia en la Constitución Española de 1978. **Revista de Derecho Político**, n. 27-28, p.97-112, 1988.

mínimos (de todos), posição que lhe foi outorgada pelo Poder constituinte, ao fim e ao cabo, ancorado na soberania popular.

E, na medida em que este órgão fiscalizador exerce o controle de constitucionalidade das normas produzidas por qualquer fonte de Direito, ele estará monitorando a observância das normas sobre produção jurídica por parte daqueles detentores (passageiros) de poder político o que, no âmbito do processo legislativo, significará fiscalizar o exercício do poder político-normativo pelas maiorias governantes. Esta é uma dimensão do caráter contramajoritário do controle de constitucionalidade.

Pois bem, estas considerações são essenciais para que se possa perceber que num sistema dotado de uma constituição normativa nenhuma fonte do Direito é *a priori* superior (ou preferente) a outra. O exercício do controle sistêmico de constitucionalidade não impede que as autoridades produtoras de Direito editem novas normas, desta feita sem o elemento invalidante identificado, a partir de diálogos institucionais⁴⁷.

Resta-nos, portanto, aqui demonstrar que a Constituição de 1988 (CF-88) rege uma comunidade política pluralista e tem natureza normativa.

O pluralismo sociopolítico aparece no preâmbulo da CF-88 como característica do povo constituinte. Aparece como fundamento da República (art. 1º, V) e como princípio educativo (art. 206, III). Mas há inúmeras outras referências culturais pluralistas.

Por exemplo, ao definir os objetivos fundamentais do Estado, dentre os quais, o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceitos

47 A título ilustrativo, a Emenda Constitucional 57/2008 convalidou as leis estaduais de criação de municípios que haviam sido invalidadas pelo STF em várias ADIs (nº 2240, nº 3316, etc.).

de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, o constituinte revelou suas utopias concretas ao lado, por exemplo, da cláusula geral dos direitos sociais (art. 6º), o que permite a concorrência de vários projetos de governo voltados à sua implementação. A CF-88 inovou, no direito comparado, ao prever um “direito constitucional da cultura”⁴⁸ (art. 215, e ss.) e ao tutelar a questão indígena (arts. 231 e 232). Também adotou a laicidade estatal como preceito (art. 5º, VI e art. 19, I, CF-88).

Não é demais recordar que existem várias técnicas de funcionamento plural do sistema democrático, tais como as liberdades comunicativas (arts. 5º, IV, IX e 220), a temporariedade dos mandatos (arts. 28, 29, I, 32, § 2º, 46, § 1º, 89, VII, etc.), o pluripartidarismo (art. 17), as liberdades associativas (arts. 5º, XVII-XXI, art. 8º e 37, VI, etc.) e as combinações entre as fórmulas eletivas proporcionais (arts. 45, 58, § 1º, etc.) e majoritária (arts. 46, 77 § 2º, etc.). Ademais, os direitos fundamentais, amplamente regulados na CF-88 constituem, além de posições jurídicas titularizáveis, um limite material à atividade de concretização legislativa.

Por último, a adoção da forma de Estado federal implica uma pluralidade de ordenamentos jurídicos articulados pelo Estado, quais sejam, o federal, os dos estados membros e os dos municípios, estes alçados à categoria de integrantes da Federação (art. 19).

Pois bem, visto, sumariamente, que a CF-88 intenciona articular o pluralismo sociopolítico, é de se perguntar se o fez com caráter normativo.

Como cediço, a CF-88 combina o modelo difuso de controle de constitucionalidade, destinado, essencialmente, à

48 HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. 2ª. México: Unam, 2016, p.220.

proteção de situações subjetivas, com o modelo abstrato, concentrado no Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “a”), em face das normas paramétricas da Constituição Federal ou nos Tribunais de Justiça estaduais (Art. 125, § 2º), em relação às normas paramétricas previstas nas respectivas constituições.

Quanto às consequências sistêmicas, destaque-se que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma por meio das ações abstratas provoca a sua nulidade congênita (*ex tunc*), afetando-lhe a validade e com efeito repristinatório⁴⁹. Esta decisão também é dotada de efeitos gerais e vinculantes aos demais órgãos judiciais e à administração pública (art. 102, § 2º, CF-88).

A CF-88 ainda prevê várias garantias judiciais destinadas à tutela de direitos constitucionalmente garantidos, como são os casos do mandado de segurança, individual e coletivo, do habeas data, da ação popular e do habeas corpus e, decisivamente, ao prever instrumentos processuais de colmatação das omissões inconstitucionais, como a ação direta (art. art. 103, § 3º) e o *mandado de injunção* (art. 5º, LXXI), este acionável quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, o constituinte imitiu o Poder Judiciário numa função indiscutivelmente normativo-primária, não obstante a sua evolução jurisprudencial tenha oscilado desde o advento do documento constitucional.

Ainda, saliente-se que também ficou evidenciado que a Constituição de 1988 subordina a soberania popular pós-constituente, o qual assume a condição de poder constituído, ao estabelecer no *caput* do Art. 1º que “todo o poder emana do povo,

49 STF, AI 602277 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-050.

que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (grifo nosso).

CONCLUSÕES

A principal característica estrutural de uma Constituição normativa, como é o caso da CF-88, é a de normatizar o processo de produção do Direito, cominando consequências jurídicas sistêmicas para o caso de violação das normas sobre a produção.

A experiência comparada tem evidenciado que as Constituições se tornam normativas para canalizar o pluralismo sociopolítico, uma vez que passa a importar politicamente, não a vontade geral (que era majoritária), mas a vontade de todos, a qual se vê refletida nos consensos mínimos obtidos nos momentos constituintes acerca das normas de produção do Direito objetivo.

Isso significa que as maiorias governamentais (que são essencialmente passageiras), isto é, o Legislativo e o Executivo, só podem produzir Direito objetivo obedecendo às normas sobre produção, sob pena de invalidação pelo órgão de controle que, no modelo da CF-88, é o Poder Judiciário.

A CF-88 representa um amplo consenso também sobre a produção do Direito e prevê um vigoroso mecanismo sistêmico de supervisão judicial de constitucionalidade, abrangendo o controle da ação e da omissão normativas, oriundas de quaisquer órgãos produtores.

Assim sendo, é constitucionalmente indevido censurar a jurisdição constitucional quando (simplesmente) esta anula uma norma legislativa ou executiva incompatível com a Constituição. É constitucionalmente equivocado entender que os adjetivos “independentes e harmônicos” (do art. 2º da CF-88) estabeleceriam um modelo de “jogo posicional” e, assim, desautorizariam o

suprimento normativo de uma omissão normativa inconstitucional ou a invalidação de uma norma legislativa recém-produzida.

O desenho da separação de poderes na Constituição de 1988 aposta na obtenção de consensos constitucionais e isto implica dizer que a jurisdição constitucional seja sucedânea dos poderes governamentais (Legislativo e Judiciário), porque o seu método de trabalho e os resultados institucionais de sua ação são diferentes, a reclamar uma doutrina jurisprudencial – em especial do STF – com vistas à garantia da unidade e coerência do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy. **Pensamento e ação de Rui Barbosa. Organização e seleção de textos pela Fundação Casa de Rui Barbosa.** Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 1999.

BIN, Roberto e PITRUZZELLA, Giovanni. **Diritto Pubblico.** Torino: Giappichelli, 2022.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** v. 1. 11ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, PAES DE. **História Constitucional do Brasil.** 6ª ed. Brasil: OAB Editora, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado.** 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Fuentes del Derecho**. v.1. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Soberanía popular y democracia en la Constitución Española de 1978. **Revista de Derecho Político**, n. 27-28, p.97-112, 1988.

CAVALCANTE, Themistocles Brandão. Aspectos da cultura jurídica brasileira. **Revista de Ciência Política**, 1980, 23.2: 11-20.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, 2006, 44.

GIERKE, Otto Vin. **Teorías políticas de la Edad Media**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2010.

GRIMM, Dieter. Integración por medio de la Constitución - propósitos y perspectivas en el proceso europeo de constitucionalización. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 15, p.53-70, 2005.

GUIMARÃES, Diego Fernandes. O Estado constitucional de Direito e a mudança de rumo no sistema de fontes do Direito. **Revista de Informação Legislativa**, 2022, 59.233: 83-98.

GUIMARÃES, Diego Fernandes. OS SINAIS DE NORMATIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, 2022, 14: 144-166.

HÄBERLE, Peter. El estado constitucional europeo. **Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, [S.l.], ene. 2000.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. 2ª. México: Unam, 2016.

ISENSEE, J. El pueblo fundamento de la Constitución. **Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época.**, v. 6, p.335-453, 2005.

LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ed. Ariel, 2018.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. **Princípios gerais de direito administrativo**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Livro XI. Cap. VI. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NEVOLA, G. Il modello identitario dello Stato-nazione. Genesi, natura e persistenza. **Quaderni di Sociologia**, n. 44, p.121-149, 1 ago. 2007.

REGO, Carlos Eduardo Reis Forte do. **Introdução ao Direito constitucional dos Estados Unidos da América**. São Paulo: Lumen Juris, 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato social (ou princípios do Direito político)**. 3ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.

RUBIO LLORENTE, F. Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (sobre el problema del concepto de ley en la Constitución). **Revista de Administración Pública**, n. 101, p.417-432, 1983.

SCHWARCZ, Lilia M. e STARLING, Heloisa M. **Brasil: Uma biografia**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Madrid: CEPC, 1985.

TELLES, Jose Homem Correa. **Comentário crítico à lei da boa razão**. Lisboa: Typographia de Maria da Madre de Deus, 1865.

TINOCO, Alexandre Motta. As práticas institucionais do poder judiciário brasileiro: da Primeira República à Constituição Federal de 1934. **Revista Interdisciplinar do Direito-Faculdade de Direito de Valença**, 2014, 11.1.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **O Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WOLKNER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

EXAMES DE EDUCAÇÃO DE JOVENS E ADULTOS (SUPLETIVOS): REFLEXÕES SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA OFERTA EXCLUSIVA PELO PODER PÚBLICO

Flávio Romero Guimarães⁵⁰

Bianca Nóbrega Meireles⁵¹

COMPETÊNCIA NORMATIVA DOS CONSELHOS ESTADUAIS DE EDUCAÇÃO À LUZ DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Inicialmente, destacamos aspectos relativos à competência normativa dos Conselhos Estaduais de Educação em matéria de Legislação Educacional, no âmbito dos respectivos Sistemas Estaduais de Ensino, especificadamente no que se refere à regulamentação quanto à oferta ou realização de Exames de

50 Professor Doutor (aposentado) da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Professor colaborador da Universidade de Salamanca (Espanha). Ex-Presidente do Conselho Estadual de Educação da Paraíba. Gerente Acadêmico da Escola Superior da Magistratura da Paraíba – ESMA/PB. Doutor pela Universidade de Salamanca (Espanha) – Estudos de Gênero e Políticas de Igualdade.

51 Bianca Nóbrega Meireles – Professora da Rede Estadual de Ensino. Psicopedagoga. Ex-conselheira do Conselho Estadual de Educação da Paraíba. Assessora da Escola Superior da Magistratura da Paraíba – ESMA/PB.

Educação de Jovens e Adultos – EJA (Exames Supletivos) pelas escolas privadas. Neste sentido, como mote de reflexão introdutória, consideramos bastante provocadora a sentença prolatada pelo Juiz João Batista Barbosa, que segue uma linha de raciocínio jurídico diferente de outros dos seus pares, deferindo o pedido liminar de atribuição de efeito suspensivo nos autos do Recurso de Agravo – Processo nº 2000713-93.2013.815.0000, interposto perante o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, contra decisão interlocutória do referido Juízo, proferida nos autos da Ação Ordinária de nº 0027637-89.2013.815.2001, proposta pela SOCIEDADE DE ENSINO WANDERLEY, cujo objeto pretendido era a realização de exames supletivos pela referida escola.

Na referida sentença, assim se expressa o Magistrado:

[...] sendo a autorização (para realizar exame supletivo) ato administrativo discricionário, cabe exclusivamente ao Poder Público avaliar se a concede ou não (Barbosa, 2001, destaque nosso).

Destaca, ainda, o Juiz em sua sentença:

Ao Judiciário, no caso em discussão, é vedado aquilatar os motivos de conveniência e oportunidade avaliados pelo Executivo, para, substituindo-o, conceder a tutela de urgência deduzida na petição inicial. Como é cediço, enfim, não cabe a este Poder controlar o mérito administrativo (Barbosa, 2001, destaque nosso).

O eminente Magistrado destaca a lição de Hely Lopes Meirelles (2013) acerca do assunto, ao citar:

Autorização é ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço, ou a utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo e predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração” (Meireles, 2013, destaques nossos).

Ainda bebendo na fonte doutrinária já citada de Hely Lopes Meirelles, ressalta o Magistrado:

Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar nulidade do ato administrativo onde ela se encontre, e seja qual for o artifício que a encubra. O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração e não de jurisdição judicial (Barbosa, 2001, destaques nossos).

Logo, para o referido Magistrado, resta mais do que evidente que o ato de autorização para fins de realização de exames supletivos é derivado do poder discricionário do Conselho Estadual de Educação da Paraíba – CEE/PB que o concede (ou não) com base na legislação educacional vigente atinente ao objeto em discussão e com base nos requisitos de conveniência e oportunidade. Consideramos pertinente, observando os fundamentos do Direito Administrativo, estabelecer a distinção entre as expressões: atos discricionários e atos vinculados. Em geral, tais expressões estão relacionadas à liberdade conferida para a prática de determinados atos administrativos pelo Poder Público.

Os atos discricionários conferem ao administrador (ou ao órgão da administração pública) certas liberalidades, nos estritos limites da lei. Nestes casos, a administração pública concede ou não o que lhes foi solicitado segundo critérios de oportunidade e de conveniência, permitidos por lei. Em contrapartida, os atos vinculados são aqueles que exigem estrita obediência aos termos do comando legal. Nestes casos, atendidos os pré-requisitos legais, a solicitação deve ser atendida pelo administrador ou órgão da administração pública. É importante, como fundamento do presente estudo, estabelecer a distinção clássica entre atos expedidos no exercício de competência vinculada e atos praticados no desempenho de competência discricionária. Sobre este tema, a doutrina é farta e suficientemente esclarecedora. No entanto, valemo-nos das lições de Bandeira de Mello (2010) para trazer explicações claras e precisas. Para o referido autor:

Haveria atuação vinculada e, portanto, um poder vinculado, quando a norma a ser cumprida já predetermina e de modo completo qual o único possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja compostura esteja descrita, pela lei, em termos que não ensejam dúvida alguma quanto ao seu *objetivo* reconhecimento (Bandeira de Mello, 2010, destaque nosso).

Já em relação à atuação discricionária, assim se expressa o citado autor:

Opostamente, haveria atuação discricionária quando, em decorrência do modo pelo qual o Direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de

liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prover na conformidade de uma inteligência, cujo acerto seja irredutível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa (Bandeira de Mello, 2010, destaques nossos).

Bandeira de Mello, na obra já citada, faz um enfoque bastante pertinente sobre as causas normativas geradoras de discricionariedade, asseverando que ela pode decorrer:

I) *da hipótese da norma*, isto é, do modo impreciso com que a lei haja descrito a situação fática (motivo) [...]

II) *do comando da norma*, quando nele se houver aberto, para o agente público, alternativas de conduta [...]

III) *da finalidade da norma*. É que a finalidade aponta para valores [...] (Bandeira de Mello, 2010, destaque nosso).

Opinamos que no caso objeto da presente reflexão, qual seja: a oferta exclusiva de Exames de Educação de Jovens e Adultos – EJA (Exames Supletivos) pelo Poder Público, se insere, integralmente, na terceira hipótese de causa geradora do ato discricionário por parte dos Conselhos Estaduais de Educação. Ou seja, ao chamar esta responsabilidade, exclusivamente, para o Poder Público, os órgãos colegiados de Educação dos entes federados assumem um determinado *valor* que insere os Exames de Educação de Jovens e Adultos – EJA (Exames Supletivos) no contexto da política pública nacional, cuja premissa básica é a gratuidade e a qualidade dos exames ofertados, em detrimento de

outro *valor*, associado, tão somente, à lógica do mercado e a livre iniciativa. Neste sentido, é importante lembrar o que dispõe a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da Educação Nacional, precisamente na Seção V, que trata da Educação de Jovens e Adultos, vejamos:

Art. 37. A educação de jovens e adultos será destinada àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e médio na idade própria.

§ 1º - Os sistemas de ensino assegurarão gratuitamente, aos jovens e aos adultos, que não puderam efetuar os estudos na idade regular, oportunidades educacionais apropriadas, consideradas as características do alunado, seus interesses, condições de vida e de trabalho, mediante cursos e exames (BRASIL, 1996, destaques nossos).

Como se constata, as decisões dos Conselhos Estaduais de Educação em vetar à iniciativa privada a realização dos Exames de Educação de Jovens e Adultos – EJA (Exames Supletivos) estão intimamente amparadas no dispositivo da LDB, anteriormente citado, que trata não somente da gratuidade na oferta destes exames mas também numa questão de princípio, qual seja: o dever do Poder Público em assegurar oportunidades educacionais apropriadas, considerando as características do alunado, a exemplo das suas condições de vida. Portanto, ao conceber este princípio, a LDB estabelece um *valor* à Educação de Jovens e Adultos, por meio dos cursos e exames, que transcende a visão da simples lógica do mercado ou da livre iniciativa.

Reforçamos, assim, que esta decisão dos órgãos colegiados de Educação dos entes federados, em considerar os Exames de Educação de Jovens e Adultos – EJA (Exames Supletivos) no

contexto da política pública nacional como um *valor* a ser assumido, exclusivamente, pelo Poder Público é, portanto, nada mais nada menos do que a observância de uma das premissas básicas dos atos administrativos: a supremacia do interesse público (acesso gratuito e de qualidade aos jovens e adultos aos exames de certificação do Ensino Fundamental e do Ensino Médio) em relação ao direito subjetivo privado (realização onerosa de exames supletivos pelas escolas privadas). Portanto, incumbe ao Estado a tutela dos interesses públicos em detrimento dos interesses privados, conforme assevera Di Pietro (2011). Resta claro que o *valor* que serviu de alicerce às decisões dos Conselhos Estaduais de Educação, já detalhado anteriormente, assenta-se num comando constitucional que incumbe ao Estado o dever de garantir aos cidadãos brasileiros o acesso gratuito à educação básica obrigatória – dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos, assegurada, inclusive para todos que a ela não tiveram acesso na idade própria, ou seja, aos jovens e adultos (Art. 208 – I – CF), reforçado pelo Art. 37 – § 1º da LDB.

A certificação do Ensino Fundamental e Médio por meio de Exames de Educação de Jovens e Adultos – EJA (Exames Supletivos), ofertados pelo Poder Público, de forma gratuita e com a qualidade amplamente reconhecida, é uma forma de assegurar o direito fundamental à educação básica. É, assim, a adoção de um *valor* intimamente associado à visão de Educação como um Serviço Público irrenunciável, ainda que não exclusivo. Com base nestas reflexões, ousamos pontuar que na matéria objeto deste estudo, o termo autorização pode ser utilizado em duas situações distintas, contemplando um ato vinculado e um ato discricionário.

Quando uma escola privada solicita a um Conselho Estadual de Educação a autorização para a oferta de ensino (curso) de

Educação de Jovens e Adultos – EJA, cabe ao colegiado avaliar se o requerente atende aos requisitos legais elencados na norma específica. Assim, cumpridos estes requisitos legais pré-estabelecidos na norma própria, resta ao colegiado apenas um ato, o da respectiva autorização. Trata-se, neste primeiro exemplo, de ato vinculado.

Por exemplo, se uma escola privada integrante do Sistema de Ensino da Paraíba requerer ao nosso Conselho Estadual de Educação a devida autorização para a oferta de Curso de Educação de Jovens e Adultos – EJA, portanto a oferta de atividade de ensino (curso) cabe ao colegiado analisar o processo à luz da Resolução nº 229, de 25 de julho de 2002, que estabelece, claramente, as condições e os critérios com vistas à autorização da oferta de EJA por estabelecimentos privados. Logo, atendidos aos requisitos, confere-se a autorização respectiva – isto é um ato vinculado.

Até porque a oferta de ensino (curso) se rege pelas regras da livre iniciativa, amparadas pela Constituição Federal (Art. 209), não cabendo ao Poder Público criar qualquer óbice de caráter discricionário que inviabilize, por exemplo, o acesso ao mercado pelas escolas privadas. Certamente, o raciocínio é absolutamente diferente em se tratando da realização de exames supletivos, que são instrumentos avaliativos pontuais que, essencialmente, não podem ser confundidos com atividades de ensino (curso).

Neste caso, a realização de exames pelas escolas privadas se subjugua à análise discricionária dos Conselhos Estaduais de Educação, cuja pertinência e oportunidade estão vinculadas não somente à gratuidade das possibilidades de oferta por parte do Poder Público, a exemplo do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) e do Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA), realizados pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira

(INEP), vinculado ao Ministério da Educação, quanto à qualidade amplamente reconhecida destas ofertas públicas.

Assim, no caso de autorização para a realização de exame supletivo, por não se tratar de uma atividade de ensino em sentido *lato*, conforme assegurado o acesso à iniciativa privada pelo comando constitucional do Art. 209, ao Poder Público se confere a competência para avaliar, discricionariamente, a pertinência e a oportunidade da oferta em face, inclusive, da política educacional levada a cabo no país, atualmente, que oportuniza múltiplas oportunidades de acesso aos jovens e adultos à certificação do Ensino Fundamental e do Ensino Médio, gratuitamente e com qualidade comprovada. Ao Conselho Nacional de Educação e aos Conselhos Estaduais de Educação, é conferido, portanto, o poder discricionário de avaliar se concede ou não às escolas privadas a autorização para realização de exames supletivos – isto é ato discricionário.

Ao assumirem a negativa, discricionariamente, os citados órgãos colegiados ressaltam um *valor* que serviu de alicerce à decisão, que se ampara na própria Constituição Federal que incumbe ao Estado o dever de garantir aos cidadãos brasileiros o acesso gratuito à educação básica obrigatória, assegurada, inclusive para todos que a ela não tiveram acesso na idade própria, ou seja, aos jovens e adultos (Art. 208 – I – CF), reforçado pelo Art. 37 – § 1º da LDB, que se assentam na oferta gratuita e com qualidade.

A CONSTITUCIONALIDADE DO ATO NORMATIVO DOS CONSELHOS ESTADUAIS QUE RESTRINGE AO PODER PÚBLICO A OFERTA DE EXAMES DE EDUCAÇÃO DE JOVENS E ADULTOS – EJA (EXAMES SUPLETIVOS)

Em princípio, com vistas ao aprofundamento da reflexão da matéria à luz do Direito Constitucional, é oportuno seguir

reforçando a diferença jurídica e teórico-conceitual entre atividade de ensino (curso), amparada pelo Art. 209 da Constituição Federal, e a pontual realização de Exames de Educação de Jovens e Adultos – EJA (Exames Supletivos). Recentemente, coube ao Conselho Nacional de Educação, por meio da Conselheira Malvina Tânia Tuttman, trazer a lume argumentos suficientemente consistentes, para reverter a tese de inconstitucionalidade dos atos normativos expedidos pelos Conselhos Estaduais de Educação que vetam às escolas privadas a realização de Exames de Educação de Jovens e Adultos – EJA (Exames Supletivos).

Por meio do Parecer nº 04/2013, datado de 13 de março de 2013, a Conselheira Relatora Malvina Tânia Tuttman, da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, em resposta à consulta realizada pelo Conselho Estadual do Amapá, sobre a legitimidade e competência para não autorizar a oferta de exames de Educação de Jovens e Adultos (EJA) por escolas privadas, assim se expressa:

O art. 205 da Constituição estabelece que a educação é dever do Estado. No entanto, no cumprimento desse dever, o Estado pode contar com a colaboração da família e da iniciativa privada. Por essas razões, o art. 209 da Constituição estabeleceu que o ensino é livre à iniciativa privada, mediante o cumprimento das normas gerais da educação, autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

[...]

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I – cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público. (Tuttman, 2013, destaque nosso).

A Relatora segue argumentando:

Como se observa, a Constituição faculta a atuação privada no campo do ensino. Essa atuação, entretanto, deve ser autorizada e avaliada pelo Poder Público, de modo que este, no procedimento de autorização, possa direcionar a atuação privada para o interesse público, com o objetivo de que essa atuação contribua para os objetivos da República, insertos no art. 3º da Constituição (Tuttman, 2013, destaques nossos).

Além de respaldar o parecer na Constituição Federal, a Conselheira invoca a Lei nº 9394/96 que estabelece as diretrizes e bases da Educação Nacional, destacando os Arts. 8º, 9º, 10 e 11, que fixam a incumbência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios em matéria educacional, concluindo, após transcrever os citados artigos, que:

Das disposições transcritas podemos extrair que os Estados estão incumbidos de ‘organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus Sistemas de ensino’; ‘autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de Educação Superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino’; ‘baixar

normas complementares para o seu sistema de ensino'; 'assegurar o Ensino Fundamental e oferecer, com prioridade, o Ensino Médio a todos que demandarem' (Tuttman, 2013).

Com base neste marco regulatório, ressalta a Conselheira Malvina Tânia Tuttman:

A situação concreta ponderada em fase desse contexto normativo permite a conclusão de que as instituições privadas de Ensino Fundamental e de Ensino Médio estão abrangidas pela competência regulatória dos sistemas estaduais de ensino, que por seus órgãos deverão autorizar, avaliar e supervisionar essas instituições” (Tuttman, 2013, destaque nosso).

Assevera, ainda:

Permite, também, concluir que os sistemas possuem, no seu campo de atuação, competência normativa e, ainda, no exercício dessa competência, podem baixar normas complementares (inciso V do art. 10 da LDB), normas estas que, justificadamente, podem estabelecer a oferta exclusiva de EJA em estabelecimentos oficiais” (Tuttman, 2013, destaque nosso).

Acrescenta:

Não se trata, neste caso, de nenhuma violação ao art. 209 da Constituição Federal, que fala em atividades de ensino. O ensino permanece livre à iniciativa privada, mediante o cumprimento das normas de educação, autorização e

avaliação pelo Poder Público. No caso, apenas exames supletivos, segundo a disciplina do sistema de ensino, serão ofertados por estabelecimentos oficiais, ou seja, esta modalidade de exame supletivo será atendida exclusivamente pelo Estado, não sendo, assim, necessária a atuação privada. A iniciativa privada pode atuar no campo do ensino de EJA. Essa autorização deve ser supervisionada pelo Poder Público, segundo o interesse público social (Tuttman, 2013, destaques nossos).

Finalizando o Parecer em apreço, assim vota a Relatora:

Considerando a análise realizada, somos de parecer que a oferta de exames supletivos de EJA não é atribuição da iniciativa privada e, portanto, os Conselhos Estaduais de Educação podem indeferir o pedido de autorização, tendo a competência para não autorizar às escolas privadas a realização de exames supletivos (Tuttman, 2013, destaque nosso).

É importante que se ressalte que, à luz do Direito Constitucional e, portanto, por imposição da própria legislação ordinária, a Educação é um serviço público ou uma função estatal irrenunciável pelo Estado, ainda que não em regime de exclusividade, como bem ressalta Fernando Herren Aguillar, no seu estudo de Direito Econômico (2009). Destaca-se, ainda, que a Educação como direito fundamental é sempre um serviço público, mesmo que seja desempenhado pela iniciativa privada. Ainda bebendo na fonte de Fernando Herren Aguillar, destaca-se:

Assim, serviços educacionais desempenhados pelo Estado são funções estatais e, se desempenhados pela iniciativa privada, são

atividades econômicas em sentido estrito. E mesmo livres à iniciativa privada, essa liberdade se refere apenas ao acesso ao mercado e não à forma como o particular pode desempenhar a atividade (Aguillar, 2009, destaques nossos).

O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu que educação é serviço público, ainda que desempenhado pela iniciativa privada (ADI 1.266 - BA, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 6-4-05). Neste sentido, destaca o Ministro Eros Grau:

Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-Membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§ 2º do art. 24) da Constituição do Brasil (Grau, 2005).

Assim, o que se coloca em discussão quanto à realização de exames supletivos por escolas privadas, tem como questão de fundo a clara distinção entre serviço público como função precipuamente estatal, e a atividade meramente econômica, derivada do livre acesso ao mercado, por entidades educacionais privadas. Educação é um serviço público ou função estatal irrenunciável pelo Estado, ainda que não em regime de exclusividade. Neste aspecto, a concepção principiológica da Constituição Federal é no sentido de reconhecer a Educação como direito fundamental social. Com efeito, após afirmar que a educação é direito de todos e dever do Estado (art. 205), a Carta Magna impõe que esse dever estatal seja efetivado mediante a garantia da educação básica, obrigatória e gratuita, como assevera o art. 208, I – *in verbis*:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) [...] (BRASIL, 1988, destaque nosso).

Quando o Estado chama para si a realização exclusiva dos exames supletivos, longe de afrontar o direito à livre iniciativa, responde a um imperativo constitucional de princípio. Também à luz da Constituição Federal, esta decisão de realizar o exame supletivo apenas pelo Estado, de acesso livre a gratuito a todos os interessados, não afronta em nada o acesso ao mercado do ensino à livre iniciativa. Senão, vejamos:

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I – cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público (BRASIL, 1988, destaque nosso).

Conforme se observa, o que é livre à iniciativa privada é o ensino. Neste sentido, por exemplo, o Conselho Estadual de Educação da Paraíba jamais vetou a oferta da modalidade de ensino Educação de Jovens e Adultos (EJA) pela iniciativa privada. Não há nenhuma norma do Conselho Estadual de Educação da Paraíba que vete esta possibilidade de oferta. Pelo contrário, a Resolução nº 229, de 25 de julho de 2002 estabelece, claramente, as condições e os critérios com vistas à autorização da oferta de

EJA por estabelecimentos privados, conforme se observa, *in verbis*:

Art. 4º - Os Cursos de Educação de Jovens e Adultos deverão ser propiciados pelo poder público, através das Secretarias Estadual e Municipais de Educação, e oferecido facultativamente por instituições privadas de ensino, desde que autorizadas nos termos desta Resolução (PARAÍBA, 2002, destaques nossos).

Assim, a norma específica do Conselho Estadual de Educação da Paraíba faculta à iniciativa privada a oferta de Cursos de Educação de Jovens e Adultos – EJA, ou seja, a oferta da atividade de Ensino (Curso). Neste sentido, é importante destacar que, inclusive, uma escola privada obteve, recentemente, por meio da Resolução nº 328, de 10 de dezembro de 2013 (anexa), a autorização para o funcionamento do Curso de Educação de Jovens e Adultos – EJA, por um período de 01 (um) ano e 6 (seis) meses. Ou seja, o Egrégio Conselho Estadual de Educação da Paraíba respeita, integralmente, a possibilidade de acesso ao mercado de ensino pelas instituições privadas, conforme preconizado pela Constituição Federal (Art. 209), quando normatiza e autoriza a oferta do Curso de Educação de Jovens e Adultos – EJA. Logo, o acesso ao ensino pela iniciativa privada, conforme disposto no Art. 209 da Constituição Federal está amplamente normatizado e garantido pelo Conselho Estadual de Educação da Paraíba, assim como pelos colegiados pares das demais unidades da Federação.

Do ponto de vista conceitual, jamais se pode confundir a oferta de ensino (Curso de Educação de Jovens e Adultos) com a realização de exames supletivos pontuais. Invocando os estudos amplamente difundidos no campo da Didática, pode-se asseverar que o exame é uma prova ou um conjunto de provas que se faz

para verificar os conhecimentos que possui uma pessoa sobre uma determinada matéria ou área de conhecimento. O termo exame está associado, portanto, ao conceito de avaliação, que significa apreciar, estimar ou calcular o valor de algo. Nesta linha de raciocínio, o exame é espécie daquilo que o ensino é gênero. O que a Constituição Federal faculta à iniciativa privada é o acesso livre, mediante autorização e avaliação pelo Poder Público, ao ensino (gênero).

Outra vez, recorreremos, também, ao texto da Lei nº 9.394 - LDB que trata da Educação de Jovens e Adultos, onde se observa, com translúcida clareza, a distinção entre oferta de ensino (cursos) e realização de exames, a saber:

Art. 37. A educação de jovens e adultos será destinada àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e médio na idade própria.

§ 1º - Os sistemas de ensino assegurarão gratuitamente, aos jovens e aos adultos, que não puderam efetuar os estudos na idade regular, oportunidades educacionais apropriadas, consideradas as características do alunado, seus interesses, condições de vida e de trabalho, mediante cursos e exames" (BRASIL, 1996, destaques nossos).

Os Exames de Educação de Jovens e Adultos (Exames Supletivos) para os Ensinos Fundamental e Médio têm como objetivo garantir a jovens e adultos que estão fora da escola ou da idade regular de ensino a possibilidade de obter a certificação escolar. É importante destacar que o Estado ao chamar para si a responsabilidade exclusiva pela realização dos exames supletivos, de acesso livre e gratuito a todos os jovens e adultos interessados, reconhece que esta parcela da sociedade é vulnerável e

historicamente excluída, cabendo ao Poder Público instituir políticas e mecanismos que favoreçam a inclusão – é a concepção de um *valor*. Certamente, o acesso gratuito é mecanismo muito mais socialmente comprometido e inclusivo, do que a oferta promovida mediante pagamento de altos valores pela iniciativa privada.

Aos jovens e adultos, historicamente excluídos, além da oferta dos Exames Supletivos dos Ensinos Fundamental e Médio, de acesso livre e gratuito, realizado pela Secretaria de Estado da Educação da Paraíba, ainda é possível concluir seus estudos por meio de outros exames de certificação, como o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) e o Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ambos realizados, gratuitamente, pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), vinculado ao Ministério da Educação. Por meio da Secretaria de Estado da Educação da Paraíba, do ENCCEJA e do ENEM, o jovem e o adulto, historicamente excluídos, têm acesso gratuito a serviços públicos com qualidade e eficiência, amplamente reconhecidos.

Se no passado, ante a inexistência de sistemas públicos e gratuitos de avaliação e certificação educacional, poderia até ser necessária a participação da iniciativa privada na realização dos exames supletivos, por meio de pagamentos geralmente fora da realidade de mercado, na atualidade, notadamente nos últimos 15 (quinze) anos, com as iniciativas do Poder Público que deram forma a um robusto e eficiente sistema de avaliação em todos os níveis e modalidades de ensino, inclusive com vistas à Certificação do Ensino Fundamental e do Ensino Médio (ENCCEJA e ENEM, respectivamente), não há mais nenhuma razão político-educacional e social que justifique a realização dos exames supletivos de forma onerosa pela iniciativa privada.

Aliás, a única razão seria conceber os Exames Supletivos como um mero *valor* associado a uma atividade econômica facultada à iniciativa privada, dissociada da realidade política e educacional que sempre permeou a legislação educacional em nosso país, atinente à matéria.

Na contramão desta compreensão, entre os anos de 2018 e 2022, o país viveu um contexto político com privilégios das ideais liberais e livre mercado que reverberou nas políticas educacionais. No âmbito das políticas públicas para a EJA, a Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação publicou a Resolução Nº 01/2021, de 25 de maio de 2021 que traz no item VII do Artigo 1º:

Art. 1º. Esta Resolução institui Diretrizes Operacionais para a Educação de Jovens e Adultos (EJA) nos aspectos relativos:

[...]

VII – à flexibilização de oferta, de forma que se compatibilize com a realidade dos estudantes, e o alinhamento da elevação de escolaridade com a qualificação profissional, a serem obrigatoriamente observadas pelos sistemas de ensino, na oferta e na estrutura dos cursos e exames de Ensino Fundamental e Ensino Médio, que se desenvolvem em instituições próprias, integrantes dos Sistemas Públicos de Ensino Federal, Estaduais, Municipais e do Distrito Federal, como também do Sistema Privado (BRASIL, 2021, destaques nossos).

Certamente, este não é o entendimento daqueles que têm compromisso com a educação e concebem este serviço público como um valor associado ao direito fundamental do cidadão

brasileiro, constitucionalmente garantido como serviço público ou função estatal irrenunciável pelo Estado, ainda que não em regime de exclusividade. Tal Resolução encontra-se hoje em discussão no Ministério de Educação, que reúne propostas das equipes técnicas dos Estados para realizar a devida alteração no texto da matéria.

Pelo exposto, reiteramos que a citada norma, editada num contexto político de favorecimento da iniciativa privada, afronta o comando da Constituição Federal e da LDB, carecendo de bases sólidas, capazes de reverterem o que está amplamente consolidado nas normas dos Conselhos Estaduais, amplamente debatidas no presente artigo.

Assim, reiteramos o entendimento de que a oferta de Exames de Educação de Jovens e Adultos - EJA (Exames Supletivos) não é atribuição da iniciativa privada e, portanto, os Conselhos Estaduais de Educação podem indeferir o pedido de autorização, tendo competência para não autorizar que as escolas privadas realizem exames supletivos. Este tem sido o entendimento majoritário dos Conselhos Estaduais de Educação do Brasil, absolutamente em sintonia com o Parecer do Conselho Nacional de Educação, anteriormente abordado. Apenas a título de exemplo, destacamos a norma de alguns Egrégios Conselhos Estaduais sobre a matéria, por exemplo: por meio da Resolução nº 001/2010, o Conselho Estadual do Pará, assim se expressa:

Art. 66. Os exames, na modalidade Educação de Jovens e Adultos, são ofertados aos candidatos para certificação de conclusão dos ensinos fundamental e médio, visando à comprovação de habilidades e competências adquiridos por meios formais e informais.

§ 1º Os Exames de que trata o *caput* deste artigo podem ser realizados pela Secretaria

de Estado da Educação – SEDUC ou pelas Secretarias Municipais de Educação, no âmbito das respectivas competências [...] (PARÁ, 2010, destaque nosso).

No mesmo sentido, assim se posiciona o Conselho Estadual do Mato Grosso, por meio da Resolução nº 05/2011:

Art. 25 – Os exames supletivos de Educação de Jovens e Adultos são de responsabilidade exclusiva da Secretaria de Estado da Educação e/ou em regime de colaboração com as Secretarias Municipais de Educação [...] (MATO GROSSO, 2011, destaque nosso).

O Conselho Estadual do Rio Grande do Sul, ao se referir à matéria, regulamentou por meio da Resolução nº 313/2011, que:

A Secretaria da Educação poderá oferecer exames supletivos em nível de conclusão do ensino fundamental e médio, em regime de colaboração com os Municípios ou com a União por adesão ao ENCCEJA e ao ENEM, respectivamente, incumbindo-se da certificação (RIO GRANDE DO SUL, 2011, destaque nosso).

Por sua vez, o Conselho Estadual do Acre, por meio da Resolução nº 201/2013, assim se posicionou:

Art. 30 – Os exames de EJA previstos no art. 38, da Lei nº 9.394/96 consistem na aferição de conhecimentos e habilidades com o objetivo de comprovante de escolarização, total ou parcial, do Ensino Fundamental e/ou Médio e sua oferta é dever do Estado (ACRE, 2013, destaque nosso).

Na mesma linha de raciocínio, decidiu o Conselho Estadual de Sergipe (Resolução nº 267/2008), quando asseverou:

Art. 1º Delegar competência exclusiva à Secretaria de Estado da Educação/SEED para a realização dos Exames Supletivos em nível de conclusão do Ensino Fundamental e Médio no Sistema Estadual de Ensino (SERGIPE, 2008, destaque nosso).

O Egrégio Conselho Estadual da Bahia, por meio da Resolução nº 239/2011, assim se expressa:

Art. 8º. Os exames de certificação são da competência exclusiva do Poder Público Estadual, representado pela SEC-BA, que poderá adotar os seguintes mecanismos e procedimentos para atendimento às demandas por certificação de jovens e adultos (BAHIA, 2011, destaque nosso).

O Conselho Estadual Goiás, por meio da Resolução N. 5, de 10 de junho de 2011, assim deliberou:

Art. 61. A convocação, a modalidade de oferta e a realização de exames supletivos são privativas da Secretaria de Estado da Educação, por meio de seus órgãos competentes (GOIÁS, 2011, destaque nosso).

CONCLUSÃO

Com base no ordenamento pátrio em matéria educacional, alicerçado na Constituição Federal e na LDB, aliado às lições doutrinárias no campo dos Direitos Constitucional, Administrativo e Econômico, não há o que se questionar em relação ao poder

discricionário dos Conselhos Estaduais em deliberar no sentido de restringir ao Poder Público a realização dos Exames de Educação de Jovens e Adultos – EJA (Exames Supletivos), nas etapas do Ensino Fundamental e do Ensino Médio. Os argumentos de natureza jurídica e teórica-conceituais, apresentados no presente estudo, refutam a tese de que os Conselhos Estaduais de Educação cercaram à iniciativa privada o direito de livre acesso ao ensino, conforme garantido na Constituição Federal (Art. 209), ao deliberarem que somente ao Poder Público compete a oferta dos Exames de Educação de Jovens e Adultos – EJA (Exames Supletivos).

Ao pontuar aspectos doutrinários, como a clara distinção entre serviço público como função precipuamente estatal, e a atividade meramente econômica, derivada do livre acesso ao mercado, por entidades educacionais privadas, bem como a distinção entre as expressões: atos discricionários e atos vinculados, este estudo promove uma reflexão que se pretende importante ao campo dos estudos da Legislação Educacional em nosso país. Também à luz da Constituição Federal e da LDB, deixamos claro que a decisão de normatizar o ofertado exame supletivo apenas pelo Estado, de acesso livre e gratuito a todos os interessados, não afronta em nada o acesso ao mercado do ensino à livre iniciativa ao ensino em sentido lato, respeitando-se, assim, o comando constitucional do Art. 209.

Trata-se, tão somente, de matizar que a posição adotada pelos Conselhos Estaduais de Educação na matéria em apreço, foi uma forma de assumir, política, administrativa e discricionariamente, um *valor* que serviu de alicerce às decisões e que se assenta num comando constitucional que incumbe ao Estado o dever de garantir aos cidadãos brasileiros o acesso gratuito à educação básica obrigatória – dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos,

assegurada, inclusive para todos que a ela não tiveram acesso na idade própria, ou seja, aos jovens e adultos (Art. 208 – I – CF), reforçado pelo Art. 37 - § 1º da LDB. Finalmente, assevera que a decisão recente do CNE, por meio da Resolução Nº 01/2021, que permitiu a oferta de exames supletivos por escolas privadas, afrontou a Constituição Federal e a LDB, servindo, muito mais, aos interesses mercantis de segmentos econômicos dedicados ao ensino privado, do que aos interesses da educação nacional.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, 484 p.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, 110 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, 460 p.

BRASIL. [Lei Darcy Ribeiro]. **LDB: Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**: Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. 8. Ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação Edições Câmara, 2013.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. **Parecer CNE/CEB nº 4/2013. Consulta sobre**

legitimidade e competência para não autorizar a oferta de exames supletivos por escolas privadas. Relatora Malvina Tânia Tuttman. Diário Oficial [da] União. Poder Executivo. Brasília, DF, 11 de novembro de 2013.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. **Resolução CNE/CEB nº 01/2021. Institui diretrizes operacionais para a educação de Jovens e Adultos.** Relatora Suely Melo de Castro Menezes. Diário Oficial [da] União. Poder Executivo. Brasília, DF, 25 de maio de 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** A educação como serviço público, ainda que desempenhado pela iniciativa privada (ADI 1.266 - BA, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 6-4-05).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 24. Ed. São Paulo: Atlas, 2011. 876 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** (atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho). 39. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 926 p.

DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO ANTE A DIGNIDADE DO TRABALHO: UMA ANÁLISE ENTRE A LIVRE INICIATIVA E O DECRESCIMENTO NO CONTEXTO DO SERTÃO DO RIO GRANDE DO NORTE

*Ivanoska Maria Esperia Gomes dos Santos*⁵²
*Rodrigo Cavalcanti*⁵³

INTRODUÇÃO

O Sertão do Rio Grande do Norte possui como uma de suas principais características as dificuldades climáticas, tais como altas temperaturas, baixa umidade do ar e escassez de água, além dos problemas sociais correlatos para o atendimento de necessidades básicas de sua população, provocando constante êxodo do campo para a cidade, extinção de atividades econômicas ligadas à agricultura, ao comércio, aos serviços e à própria indústria, além do empobrecimento cultural de uma história rica e duradoura.

O presente trabalho tem o objetivo de discutir, diante da premissa da ordem econômica estar embasada sob o fundamento

52 Juíza do Tribunal de Justiça da Paraíba - TJPB, Mestra em Direito pela UFPB.

53 Advogado, Professor Universitário, Mestre em Direito pela UFRN.

da livre iniciativa e em observância ao princípio da livre concorrência, o papel a ser exercido pelo Estado e se este deve intervir no mercado, seja com participação, parceria ou políticas públicas voltadas ao fomento da economia na região. Pretende-se refletir ainda se os programas governamentais implantados, tais como o Pró-Sertão e o Agro Sertão, são meios legítimos de desenvolvimento sustentável, através do resgate de conceitos como os de decrescimento de Latouche e da liberdade de Amartya Sen.

Assim, necessário se mostra inicialmente analisar conceitos e parâmetros de desenvolvimento, decrescimento, sustentabilidade ambiental e econômica e de que forma tais elementos se apresentam visando concretizar as diretrizes da Constituição Federal, de modo a verificar em quais pontos é primordial e suficiente a intervenção do Estado na economia.

Em um segundo capítulo o trabalho irá tratar acerca da livre iniciativa enquanto fundamento da ordem econômica a partir do princípio da livre concorrência, e que tais premissas estão na base de uma economia que não deve, *a priori*, receber intervenção do Estado e conseqüentemente do Direito, estabelecendo exatamente em quais hipóteses seria necessária tal intervenção, com base na hermenêutica que visa à concretização de direitos e garantias fundamentais da população atingida.

No último capítulo, o trabalho tratará sobre os projetos desenvolvidos no Sertão, como o Pró-Sertão e o Agro Sertão, para o fomento das atividades de abertura de oficinas de costura e para a agricultura voltada ao cultivo do algodão agroecológico, de que forma tais projetos se desenvolvem, quais agentes estatais e privados são envolvidos e, por fim, se tais projetos são suficientes para promover o desenvolvimento regional com sustentabilidade econômica e ambiental.

Para tal finalidade, fora utilizada a metodologia de análise bibliográfica e documental, através do método dedutivo, partindo de premissas maiores e teorias para tentar chegar às particularidades sobre o assunto.

DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E DECRESCIMENTO

O Brasil adotou o capitalismo como orientação econômica, tendo como objetivo o desenvolvimento através de aumento de suas riquezas por meio da liberdade econômica, tem-se quase que sempre uma evidente confusão acerca do que de fato viria a ser o termo “desenvolvimento”, como ele se dá, de que meios se apresenta e como ele pode se tornar perene e definitivo.

O termo “desenvolvimento” não pode ou deve ser confundido com o mero desenvolvimento econômico advindo de uma momentânea, ainda que demorada, acumulação e produção de riquezas, uma vez que o lugar em desenvolvimento, desenvolvido ou que ainda venha a se desenvolver, tende a perdurar no tempo mais que as próprias pessoas que fizeram a análise de seu grau de desenvolvimento.

O desenvolvimento hodierno compreende outros parâmetros que coadunam com uma perspectiva de tempo e, portanto, de sustentabilidade. A acumulação desmedida e inconsequente de riquezas efetuada de modo a não observar os aspectos sociais e ambientais está fadada à estagnação, retrocesso, regresso e ainda à sua própria destruição.

Amartya Sen (2021, p.197-198) estabelece como premissa do desenvolvimento a liberdade galgada no âmbito de um Estado democrático que possibilita à sociedade exercer suas atividades e escolhas de modo livre através do gozo de seus direitos civis e políticos.

Na verdade, há poucas evidências gerais de que governo autoritário e supressão de direitos políticos e civis sejam realmente benéficos para incentivar o desenvolvimento econômico. O quadro estatístico é bem mais complexo. Estudos empíricos sistemáticos não dão sustentação efetiva à afirmação de que existe um conflito entre liberdades políticas e desempenho econômico (Sen, 2021).

Tem-se então que o critério básico do desenvolvimento econômico se baseia inicialmente na liberdade do exercício das liberdades individuais e do gozo dos direitos políticos e civis, denotando aí uma questão atinente também à responsabilidade social sobre tal desenvolvimento para que este possa ser perene e sustentável e não rápido e destrutivo.

Ao afirmar que “o crescimento tornou-se o câncer da humanidade”, Belpomme (2007, p.211) deixa evidente que a preocupação do desenvolvimento não deve ser exclusiva com o acúmulo de riqueza e o crescimento em termos econômicos, uma vez que essa proliferação pode ser a própria causa da morte de uma sociedade, já que seria impossível pensar num desenvolvimento infinito num mundo finito, sendo imprescindível substituir a ciência econômica tradicional por uma bioeconomia, uma economia pensada na Biosfera (Latouche, 2022, p.15).

O conceito de desenvolvimento passa a ter uma nova roupagem, mais forte e diversificada em um mundo de mudanças constantes, de desigualdades sociais e econômicas abissais e no qual deve haver um maior engajamento para o desenvolvimento de forma sustentável, respeitando e observando os direitos inerentes à natureza e ao meio ambiente.

A perspectiva do desenvolvimento parte agora de um parâmetro que observa o Ambiental, Social e a Governança junto às

empresas e agentes públicos envolvidas em Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), qualificando as empresas envolvidas, e havendo cada vez mais exigência de tais parâmetros e comprovações para a sobrevivência e crescimento na própria economia.

É nesse contexto que emerge a necessidade da discussão, também, acerca da velocidade com que esse desenvolvimento ocorre, seja ele o desenvolvimento do mero acúmulo de riquezas, seja o desenvolvimento com aspectos de sustentabilidade ambiental e com preocupações sociais e de governança (ESG), uma vez que esta velocidade e a forma com que se dá, pode ainda assim provocar, em mais ou menos tempo, a própria destruição da sociedade.

[...] esse sacrifício em honra de um povo mítico e desencarnado é feito em proveito dos “empreendedores do desenvolvimento” (as empresas transnacionais, as autoridades políticas, os tecnocratas e as máfias). O crescimento hoje só é um negócio rentável se seu peso recair sobre a natureza, as gerações futuras, a saúde dos consumidores, as condições de trabalho dos assalariados e, mais ainda, sobre os países do sul (Latouche, 2022, p.39, grifo do autor).

É nesse sentido que Latouche (2022, p.41) provoca a discussão acerca do que ele denomina de “decrecimento” para conceituar uma forma de desenvolvimento que desacelera, que se preocupa mais com o ambiente e com a finitude dos recursos naturais dentro do binômio econômico da “demanda x escassez”, propondo um novo formato de desenvolvimento.

O decrecimento é, portanto, um projeto político, no sentido forte do termo, projeto de construção, no Norte e no Sul, de sociedades

conviviais autônomas e econômicas, sem por isso ser um programa no sentido eleitoral do termo: ele não se inscreve no espaço da política politiqueria, mas visa devolver toda a sua dignidade ao político. Pressupõe um projeto baseado numa análise realista da situação (Latouche, 2022, grifo do autor).

De tal compreensão, exsurge na filosofia proposta por Latouche (2022, p.42) que o decrescimento pode pôr ordem aos erros já cometidos e empreender em uma sociedade a responsabilidade de construir seu futuro observando tais erros, mas pondo em prática uma verdadeira revolução compreendida em objetivos comuns que observem o que ele denomina de “oito erres”.

O desequilíbrio climático que nos ameaça hoje é fruto de nossas “loucuras” de ontem. Em compensação, a revolução exigida para a construção de uma sociedade autônoma do decrescimento pode ser representada pela articulação sistemática e ambiciosa de oito mudanças interdependentes que se reforçam mutuamente. Podemos sintetizar o conjunto num círculo virtuoso de oito erres: reavaliar, reconceituar, reestruturar, redistribuir, relocalizar, reduzir, reutilizar, reciclar. Esses oito objetivos interdependentes são capazes de desencadear um processo de decrescimento sereno, convivial e sustentável (Latouche, 2022).

O Sertão do Rio Grande do Norte, como já mencionado, possui escassez acentuada de seus recursos naturais, castigado por anos de desídia com suas necessidades, com as suas mudanças climáticas e com a forma de tratamento do seu principal meio de sustento como a utilização de agrotóxicos na agricultura, falta de

cuidado e alimentação com os animais, uso desregulado e predatório da pouca água disponível, não utilização e reutilização das águas das chuvas e dos rios existentes.

Esse conjunto de “loucuras”, como disse Latouche (2022), transformou o Sertão do Rio Grande do Norte em um local quase que inóspito, causou grande êxodo rural, descontinuidade de atividades econômicas na agricultura, seja de subsistência, seja aquela com fim comercial, provocou morte e diminuição dos animais, da vegetação e, por fim, trouxe graves problemas econômicos e sociais para a região que praticamente depende de programas assistenciais públicos para manutenção e sobrevivência.

Tomando por base os aspectos de uma economia baseada no capitalismo, cuja Constituição assevera a livre iniciativa como preceito da economia e do desenvolvimento é que se questiona acerca do papel do Estado para promover esse desenvolvimento ou se a “mão invisível” da economia é suficiente para transformar esta realidade, analisando se as intervenções existentes hoje podem ajudar no desenvolvimento, ainda que pelo decrescimento.

LIBERDADE, LIVRE INICIATIVA E USO DA TECNOLOGIA COMO FERRAMENTA DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

O art. 170 da nossa Carta Magna registra que a livre iniciativa é um dos fundamentos de sua ordem econômica, tendo na livre concorrência um de seus princípios basilares para a consecução do desenvolvimento econômico, estabelecendo como base econômica os preceitos capitalistas e tendo no direito fundamental da liberdade o seu pressuposto.

Nos dizeres de Grau (2010), “a ordem econômica na Constituição de 1988 consagra um regime de mercado organizado,

entendido como tal aquele afetado pelos preceitos da ordem pública clássica (Geraldo Vidigal); opta pelo tipo liberal do processo econômico”.

O direito, como pressuposto de poder do Estado, deve partir da premissa da não intervenção no mercado, cuja autorregulação através dos fundamentos da economia estabelece no preço a base para o equilíbrio, utilizando-se de preceitos como a dicotomia das demandas infinitas para recursos escassos, a análise concernente à alocação desses recursos, diante do custo de oportunidade, como também a própria verificação dos casos em que o Estado é chamado a intervir na busca do equilíbrio e efetiva concorrência:

Lado outro: a concorrência livre – e não a mera liberdade de concorrência – somente poderia ter lugar em condições de mercado, nas quais não se manifestasse o fenômeno do poder econômico. Este, no entanto, é não apenas um dado da realidade, porém um dado constitucionalmente institucionalizado (Grau, 2010).

A intervenção do Estado na economia se justifica apenas para os casos em que ocorram as chamadas falhas de mercado, tais como na formação de monopólios, na existência de assimetrias de informações ou ainda no caso da ocorrência de externalidades negativas e concentração de poder econômico ocasionando ruptura no equilíbrio do mercado, quebra na livre concorrência ou prejudicando o desenvolvimento econômico.

O art. 170 da CF/88 também expressa, como fundamento da ordem econômica, a valorização do trabalho humano, a existência digna e a justiça social como objetivos a serem concretizados a partir de princípios delineados, dentre eles a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades sociais e regionais e

ainda a busca do pleno emprego, demonstrando cabalmente que o desenvolvimento a ser buscado não se baseia na premissa apenas da acumulação de riquezas e do crescimento financeiro e econômico, determinando diretrizes de atuação do Estado na economia que vão além da análise do equilíbrio de mercado e custos de transação.

A atuação do Estado diretamente na economia é permitida pelo art. 173 da Constituição Federal quando for do interesse coletivo ou ainda quando imperativo para a segurança nacional, tendo o art. 177 do mesmo Diploma expressado os casos em que há a permissão para o monopólio da atividade econômica pelo Estado.

Assim, a atuação do Estado na economia é deveras reduzida e limitada pelo texto constitucional justamente para prestigiar a livre iniciativa e não desestimular o investimento e participação de empresas privadas nos setores em concorrência com aquele, contudo, apresentando certa subjetividade e discricionariedade quando estabelece o “interesse coletivo” como um dos requisitos de sua atuação, devendo este ser entendido como diante de falhas de mercado, nas quais o Estado irá atuar justamente para saná-las e atingir o equilíbrio econômico e o menor custo de transação, porém atendendo aos preceitos e fundamentos da ordem econômica como mencionados alhures.

Daí porque uma das razões básicas pelas quais o governo intervém na economia é a de melhorar a eficiência econômica, corrigindo as falhas de mercado, o que agora deve ter sua hermenêutica estendida também para a eficiência do desenvolvimento sustentável e com base na proteção ambiental e social.

O monopólio, seja ele do fornecedor ou do adquirente de serviços e produtos, em nível macroeconômico, ocasiona problemas na sistemática da formação do preço reclamando para si a

intervenção do Estado, seja para fomentar o ingresso de novos concorrentes ao mercado, seja para dissolver e punir monopólios artificiais como no caso da formação de cartéis – ou ainda quando age através de autoridades administrativas na fiscalização anti-truste, como ocorre na atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Já no caso das assimetrias de informações, estas decorrem exatamente da desigualdade de oportunidade, de condição ou de conhecimento sobre determinado aspecto da atividade econômica que coloca em desequilíbrio a transação, podendo causar prejuízo àquele que esteja em vulnerabilidade, como ocorre na atuação do direito do consumidor ou do direito do trabalho ou, ainda, quando há diferença de condições entre regiões, cidades ou nichos de mercado que estejam em desequilíbrio com a mesma atividade exercida em outra localidade (Nascimento, 2022, p.418).

Há ainda a ocorrência de externalidades negativas como justificativa para a intervenção estatal e do Direito na economia, quando diante da ocorrência de determinados fatos ou atos jurídicos, evidenciam-se consequências diversas para os atingidos, desaguando em prejuízo ou dificuldades para o exercício da atividade mercantil, ou ainda gerando impacto na ordem econômica como um todo.

E, por fim, tem-se a concentração de poder econômico como outra falha de mercado que possibilita a intromissão estatal na economia visando impedir formação de cartéis, de oligarquias ou monopólios artificiais que tendem a danificar o equilíbrio e a sobrevivência de outras empresas, além de determinarem desigualdades sociais e regionais devido a concentração econômica em determinadas regiões.

No caso da realidade do Sertão do Rio Grande do Norte, tem-se a evidente ocorrência das assimetrias de informações diante

da existência de desigualdades sociais, educacionais, de investimento e de produção econômica, acentuando-se pelas condições ambientais e distância dos grandes polos das cidades que recebem mais investimentos e têm mais participação na economia local e regional, cabendo analisar se tais assimetrias são suficientes para ensejar a intervenção do Estado na economia e de qual forma.

Ademais, de outro viés, podem ocorrer também externalidades negativas causadas pelas condições climáticas locais, constante êxodo da população jovem para as cidades e a extinção de atividades econômicas próprias e culturais da região, de modo a também ensejar a necessidade de intervenção do Estado e demais agentes envolvidos para a concretização do desenvolvimento regional e redução das desigualdades sociais como determinado na Carta Magna.

É nesse contexto que se deve verificar como o Direito pode encontrar meios de provocar o comportamento humano e estimular ações que visem ao desenvolvimento a partir da ótica econômica, mas com eficiência fincada no desenvolvimento ambiental, social e de valorização do trabalho, causando a diminuição das desigualdades sociais e o desenvolvimento regional. Assim, Caliendo (2005, p.202) afirma que:

A visão normativa da análise econômica pretende encontrar elementos econômicos que participam da regra de formação da teoria jurídica, já que os fundamentos de eficácia jurídica e o mesmo da validade do sistema jurídico deveriam ser analisados tomando em consideração valores econômicos, tais como eficiência, entre outros (Caliendo, 2005).

Assim, na relação entre o Direito e a Economia, é importante salientar que o aporte da metodologia desta última reside no

fato de que cada vez mais se exigem decisões complexas e difíceis, seja para o Legislativo emitir Leis, para o Executivo aplicá-las e o Judiciário fiscalizar e concretizar direitos fundamentais, mas que atuam de forma a perceber a existência de recursos escassos para necessidades e demandas complexas e ilimitadas.

Com tais preceitos e conceitos, percebe-se que a economia possui forte influência na organização e na mecânica de funcionamento das sociedades modernas, atuando desde o modo comportamental dos indivíduos e suas escolhas de forma racional, passando pela busca da maximização da riqueza e recaindo em critérios para aplicação do sistema jurídico e social na busca do desenvolvimento.

O PAPEL CONSTITUCIONAL DOS AGENTES ENVOLVIDOS PARA O DESENVOLVIMENTO REGIONAL SUSTENTÁVEL PELO DECRESCIMENTO

Na transição dos Estados liberais para Estados sociais, uma nova concepção da relação do Estado com sua população passou a determinar metas pré-definidas ao Estado advindas das necessidades da coletividade, que foram acentuadas com os horrores das duas grandes guerras, acúmulo de riquezas nas mãos de poucos e uma crescente miséria da maioria da população, cujos anseios sociais não mais pairam nas necessidades de garantias individuais, mas num bem-estar social coletivo, entre eles a saúde, educação, o trabalho e o meio ambiente como base de uma sociedade desenvolvida.

Com esta nova concepção de finalidade do Estado, a separação de poderes passa a ter nova finalidade que não mais apenas a de limitar o Estado e evitar o absolutismo ou totalitarismo, mas também, e, além disso, atingir a consolidação e concretização de

direitos e garantias fundamentais, saindo de uma conduta negativa e passiva do Estado para uma proativa e positiva.

Percebe-se então que os direitos fundamentais, no âmbito constitucional, não mais existem ou aparecem como mera demonstração de um sentimento, mas sim de efetiva normatividade, passando então a ser tratados como “direito público subjetivo de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual” (Dimoullis; Martins, 2020, p.56).

O Brasil é um país de feição continental, cuja divisão territorial possui em suas características não só uma imensa miscigenação étnica promovida pelos movimentos migratórios, escravagistas e de povos originários, mas também uma visível diferença no aspecto do desenvolvimento regional, cultural e econômico que historicamente provocaram um movimento de êxodo da área rural para as cidades, denotando uma clara dicotomia entre áreas de maior e de menor concentração econômica, como ocorre com o Sertão do Rio Grande do Norte, cujas características peculiares merecem atenção específica nesse trabalho sobre o desenvolvimento.

Em um aspecto macro, tem-se a maior migração das populações das regiões menos desenvolvidas economicamente como Norte e Nordeste para as regiões onde se concentravam as oportunidades de emprego e renda, ainda que de menor estatura hierárquica de posições sociais e de remuneração, mas que trazem aspectos de maior crescimento e oportunidades que as duras atividades exercidas no campo como a agricultura de subsistência e a de produção de matéria-prima como algodão, ou ainda as atividades de manufatura como a costura e o próprio comércio ou

prestação de serviço e diante da escassez de elementos naturais como a água e de elementos extrínsecos, como o investimento.

Em um aspecto intrínseco à própria região, tem-se o êxodo rural inicial para as capitais, nessa primeira tentativa de buscar outras oportunidades de emprego e renda ainda dentro de seus Estados, tendo o Nordeste a especial característica das grandes dificuldades encontradas no seu interior, onde as condições climáticas apresentadas no Sertão e no Agreste dificultam ainda mais o desenvolvimento das atividades agrícolas, além da evidente falta de incentivo e apresentação de políticas públicas que visassem evitar o êxodo e promover seu desenvolvimento, provocando em efeito refratário a falta de qualificação para prestação de serviços, atividades industriais, desenvolvimento humano e, por fim, gerando uma desigualdade gritante com as cidades e mais ainda com as demais regiões.

Exatamente, nesse espectro de histórica ausência de investimento, políticas públicas e de entendimento sobre aspectos de desenvolvimento através da criação de oportunidades ligadas à geração de emprego e renda, estabelece-se uma perspectiva de como os agentes sistêmicos como Estado, iniciativa privada e a própria comunidade podem e devem agir para modificarem tal cenário.

Dentro de uma visão liberal de intervenção do Estado no domínio econômico galgada em sua origem e dentro de critérios mais rígidos, tem-se que haveria uma barreira intransponível e que restaria aguardar apenas a iniciativa privada atuar no cenário do mercado para que a chamada “mão invisível” da economia pudesse levar o mercado a se desenvolver não ocasionando desequilíbrios em um verdadeiro “Darwinismo” econômico.

Já adotando critérios keynesianos, restaria tão somente ao Estado o papel de investir e intervir na economia de modo a promover obras, serviços e bens públicos que seriam suficientes ao

movimento econômico local, gerando seu desenvolvimento gradual até que se tornasse sustentável.

Ocorre que tais visões, seja a que nega totalmente a intervenção do Estado na economia, seja a que só enxerga solução através de sua grande e imprescindível participação efetiva, por vezes não enxergam particularidades locais, aspectos de natureza social e ainda a própria questão da economia que existe em perspectiva ao seu próprio paradigma que é o da escassez de recursos diante da infinitude das demandas ocasionadas e constantemente atualizadas de modo cada vez mais complexo.

A total inexistência do Estado nesse sentido poderia ocasionar, em extremos, a morte de pessoas, de animais, desertificação de regiões, infertilidade de terras, além das questões ligadas ao sentimento humano como sua ligação com a sua terra, com seus antecedentes, como sua história e com sua cultura.

De outro ponto, a intervenção total do Estado sobre a economia de modo a proporcionar obras, investimentos e serviços não seria possível de se conseguir em todas as localidades e regiões necessárias diante da escassez de recursos própria da atividade econômica sob qualquer perspectiva, podendo ocasionar falta de recursos em outras atividades essenciais ao desenvolvimento do Estado como um todo e desequilibrando a própria economia que pode ocasionar o colapso estatal.

Assim se devem estabelecer critérios de intervenção do Estado na economia, além de atribuir aos demais agentes sociais como os indivíduos, a iniciativa privada e a sociedade organizada, o papel fundamental de observar e atuar de modo a contribuir para o desenvolvimento regional, buscando alternativas para a geração de emprego e renda, valorizando a cultura e preservando o meio ambiente, em regimes de cooperação, de sustentabilidade e de solidariedade.

É nesse contexto que surge a ideia de promover programas de investimento, incentivo e participação cooperada desses agentes para o desenvolvimento do sertão, quando em 2013 é lançado o Programa Pró-Sertão, com o intuito de fomentar a criação de oficinas de costura na região do Seridó, resultado de uma parceria entre o Governo do Rio Grande do Norte, a Federação das Indústrias do Estado (FIERN) e o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE).

O objetivo era incentivar a economia do semiárido do Rio Grande do Norte, com foco na micro e pequena indústria de confecção (SEBRAE, 2017, p.4), e atender à demanda de grandes empresas do varejo de moda, tais como a Guararapes e a Hering (SEBRAE, 2016, p.135), onde as oficinas de costura incentivariam a agricultura do algodão, que por sua vez seria beneficiado na indústria e serviria de matéria-prima para a costura, sendo o produto final revendido para estas grandes indústrias na fabricação de seus produtos.

As facções, que ajudariam a aquecer a linha de produção da indústria para abastecer as lojas, seriam criadas no interior do Rio Grande do Norte com o estímulo do Programa de Interiorização da Indústria Têxtil, o denominado Pró-Sertão. O programa apoiaria a implantação de empresas de confecções inicialmente no Seridó do Estado, região com tradição nessa atividade.

De acordo com Tereza Raquel, pesquisadora da área, o Pró-Sertão – após sua implantação no ano de 2014 – foi um importante programa para a geração de empregos formais, uma vez que supriu a demanda da população, além de garantir a asseguuração de seus direitos como trabalhador.

Ocorre que numa perspectiva de futuro, era ainda necessário aumentar a participação e a celebração de parceiras com “atores sociais” capazes de promoverem e modificarem uma realidade

social, abrangendo não só o fomento da abertura de oficinas de costura, mas também a agricultura de subsistência de economia circular e em consórcios agroalimentares que pudessem contribuir com a sustentabilidade e a preservação do meio ambiente, num sistema de desenvolvimento pelo decrescimento.

Nesse sentido, além do programa do Pró-Sertão, surge a perspectiva do Agro Sertão (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas, 2022), no qual se resgata a cultura do algodão, dizimada pela praga do “bicudo” na década de 80 (Paiva, 2020) e que ocasionou a estagnação dessa atividade econômica tão tradicional e cultural no Sertão do Rio Grande do Norte.

Assim, através do Agro Sertão, os agentes envolvidos (Estado e parceiras privadas) passam a incentivar a volta da cotonicultura através de alicerces baseados na sustentabilidade, na qual o algodão plantado passa a ser o denominado “agroecológico”, ou seja, livre de agrotóxicos, havendo treinamento dos agricultores para a fabricação de seu próprio biofertilizante a partir dos produtos naturais existentes, aliando-se aos consórcios agroalimentares (plantação de mais de uma cultura), nos quais além do agricultor manter o cultivo de subsistência, passa a criar barreiras naturais para o “bicudo”, vender o excedente e ainda utilizar as sobras para a alimentação do seu gado, gerando subsistência, renda e preservação ambiental.

Ademais, os agentes envolvidos passam a garantir a compra do algodão colhido com a devolução das sementes, seja para novo plantio ou ainda para alimentar o gado e ainda para fabricação de óleo e sua consequente venda, havendo um verdadeiro ciclo econômico e sustentável, dentro das premissas do ASG e do decrescimento.

De outro ponto, a pensar na participação do Estado em seu papel de garantir o desenvolvimento regional e a diminuição

das desigualdades através do incentivo à livre iniciativa, está a função extrafiscal da tributação, que exerce papel fundamental nesse contexto, quando o Estado não pode pensar exclusivamente em arrecadação sob pena de fomentar aumento de empresas que degradam o meio ambiente já tão deteriorado, especialmente no sertão, e sob a justificativa de contribuir para o desenvolvimento econômico do país, quando na verdade não está, diante dos ditames já analisados.

A tributação, especialmente em seu viés extrafiscal, deve servir de estímulo ao cumprimento integral do art. 225 da CF, visando esta sustentabilidade a partir da ótica da preservação ambiental como um investimento e não como um ônus, dentro do que estabelece a análise econômica do direito, com a utilização das normas visando o estímulo às práticas boas e um meio de dissuasão às práticas predatórias, tais como incentivos fiscais às empresas que utilizam energia limpa e renovável, diminuição de poluentes, não utilização de agrotóxicos, além de aumento de fiscalização e tributos progressivos para quem aja de forma contrária até as punições de cancelamento do direito de funcionamento e obrigação de reparação de danos.

Ademais, agindo desta maneira, o Estado poderia, através da extrafiscalidade e da tributação ambiental, estimular ainda mais as atividades exercidas pelas empresas e pelos agricultores nos programas do Pró-Sertão e do Agro Sertão respectivamente, fomentando não só o aumento de atividade econômica na região e sua conseqüente geração de emprego e renda, mas tudo de uma forma ambientalmente saudável, acumulando o estabelecido no texto constitucional enquanto fundamento e princípio da ordem econômica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com os fatos delimitados, tem-se que a regra constitucional sob o âmbito da liberdade é o respeito à livre iniciativa sob o princípio da livre concorrência, cabendo ao Estado a intervenção na economia tão somente em fatos muito específicos que tragam impacto negativo no equilíbrio do mercado ou que de alguma forma possam atingir e causar externalidades negativas à concretização de direitos fundamentais.

Neste ponto, deve-se também verificar, a partir da análise econômica do Direito, em que medida este deve regular as relações de modo a se tornar eficiente e promover a concretização de direitos fundamentais, papel fundamental dos poderes, a partir do Legislativo na criação das normas e do Judiciário no controle de sua efetividade e constitucionalidade.

Assim, cabe ao Estado e toda a sociedade, diante das assimetrias de informações, acúmulo de poder econômico em determinadas regiões e externalidades negativas verificadas pelo tratamento histórico dado ao Sertão do Rio Grande do Norte, estabelecer políticas públicas de incentivos do desenvolvimento pelo decrescimento, observando a pauta da preservação ambiental, da responsabilidade social e da governança sustentável, reequilibrando o mercado não com base nas premissas antigas de desenvolvimento pelo acúmulo de riquezas, mas pela qualidade de vida e responsabilidade com as gerações futuras.

É nesta perspectiva que programas como o Pró-Sertão e o Agro Sertão podem contribuir de maneira essencial para uma transformação dessa realidade, buscando dar condições da região apresentar desenvolvimento através da geração de emprego e renda, assim como através da economia circular com respeito e

preservação ao meio ambiente, resgatando cultura e garantindo o bem-estar das gerações futuras.

De outro ponto, deve ainda o Estado prover sua função de fomento do desenvolvimento econômico em observância aos fundamentos da ordem econômica, como a livre iniciativa, mas observando também a valorização do trabalho humano e a dignidade, em aplicação conjunta ao que determina o art. 225 da Constituição Federal, ou seja, observando a possibilidade da aplicação das regras da tributação ambiental, e buscando através da extrafiscalidade incentivar a prática da atividade econômica das empresas e dos agricultores ligados ao Pró-Sertão e ao Agro Sertão, diminuindo ou retirando carga tributária diante das atividades sustentáveis desenvolvidas e buscando, enfim, a diminuição das desigualdades regionais.

REFERÊNCIAS

ANDRADA, Alexandre F. S. **Uma breve história sobre a abordagem de desequilíbrio na macroeconomia**. Disponível em: https://www.anpec.org.br/revista/vol11/vol11n4p27_56.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023.

BELPOMME, D., IRIGARAY, P.; SASCO, A. J. *et al.* The growing incidence of cancer: role of lifestyle and screening detection. *In: International Journal of Oncology*, 2007. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/17390005/>. Acesso em: 20 jul. 2023.

CALIENDO, Paulo. Direito internacional privado e análise econômica do direito. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.190.

JUNIOR, Osvaldo Canela. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário. 2009. 151 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NASCIMENTO, R. R. do; COSTA, M. M. Assimetria de informações e o rating soberano brasileiro na avaliação das Agências de Classificação de Risco. *In: Contabilidade Gestão e Governança*, Brasília, v. 25, n. 3, p. 398–415, 2023. Disponível em: <https://revistacgg.org/index.php/contabil/article/view/2822>. Acesso em: 24 set. 2023.

PAIVA, Lara. Em 1983, ninguém acreditava na praga do bicudo no RN. **Brechando**, Natal, 27 nov. 2020. Disponível em: <https://brechando.com/2021/01/28/em-1983-ninguem-acreditava-na-praga-do-bicudo-no-rn/>. Acesso em: 10 jul. 2023.

POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 7. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2007, p.24.

POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p.333.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**: aspectos sociais. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS (SEBRAE). Região do Seridó colhe 30 toneladas de algodão quatro décadas depois da praga do bicudo. **Agência Sebrae de Notícias**, Natal, 29 ago. 2022. Disponível em: <https://rn.agenciasebrae.com.br/cultura-empreedora/serido-retoma-colheita-do-algodao-com-projeto-agrosertao-40-anos-apos-praga-do-bicudo/>. Acesso em: 10 jul. 2023.

SINGER, Paul. **Economia solidária**: introdução, história e experiência brasileira. São Paulo: UNESP, 2022.

SUSTENTABILIDADE FINANCEIRA E DECISÕES JUDICIAIS QUE DETERMINAM BLOQUEIO DE RECEITAS PÚBLICAS NO CONTEXTO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*José Célio de Lacerda Sá*⁵⁴

*Pedro Filipe Araújo de Albuquerque*⁵⁵

INTRODUÇÃO

O Direito Financeiro tem alicerce no orçamento público, peça jurídico-contábil em que o Estado organiza a receita pública, as renúncias fiscais, o gasto público e o crédito público⁵⁶. O orçamento público deve ser equilibrado e apresentar configuração que permita a sustentabilidade financeira do ente público ao longo dos anos.

54 Juiz de Direito do Tribunal de Justiça da Paraíba - TJPB.

55 Procurador do Município de João Pessoa/PB. Procurador-Chefe da Procuradoria Setorial da Secretaria de Educação e Cultura de João Pessoa/PB.

56 SCAFF, Fernando Facury. Orçamento público, direitos sociais e escolhas políticas ou reserva do possível e escolhas trágicas na implementação dos direitos sociais. In: LUCCA, Newton de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (orgs.). **Direito Constitucional Contemporâneo**: homenagem ao professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin, 2012. Cap. 64. p.570-580.

Este trabalho examina os conceitos de equilíbrio financeiro e sustentabilidade financeira em diversas perspectivas, tecendo considerações que adequam as definições ao modelo de Estado Social adotado pela Constituição Federal de 1988.

Em seguida, são analisadas decisões judiciais da Justiça do Trabalho que determinaram bloqueios de receitas públicas no contexto do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, foram avaliados vários precedentes, consignados em Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Por fim, conclui-se que, quando políticas públicas são esvaziadas por meio de bloqueios de verbas públicas pela Justiça do Trabalho, há prejuízo direto à função social do Estado, acarretando-se serviços públicos insatisfatórios à população. Assim, entende-se que o STF acertou ao fixar que esses bloqueios indevidos de verbas públicas violam os princípios da separação dos poderes, legalidade orçamentária, continuidade dos serviços públicos e eficiência da Administração Pública.

EQUILÍBRIO FINANCEIRO E SUSTENTABILIDADE FINANCEIRA

A História do Brasil apresenta inúmeros episódios de descontrole das finanças públicas. Políticos populistas aliados a normatizações defeituosas, por várias vezes levaram a economia nacional a situações caóticas, por meio de aumentos desenfreios da dívida pública, inflação em níveis elevadíssimos, empréstimos irresponsáveis, entre outros artifícios.

Em apanhado histórico, Scaff e Rocha⁵⁷ anota que:

57 SCAFF, Fernando Facury; ROCHA, Francisco Sergio Silva. Equilíbrio Orçamentário e Sustentabilidade Financeira. In: POMPEU, Gina; CARDUCCI,

Entre 1984 e 1985, a inflação anual foi superior a 230%. Em 1988, ano da conclusão dos trabalhos constituintes, a inflação beirava o estratosférico número de 933% ao ano. Diversos planos econômicos para combater a inflação foram executados, com resultados pífios. O crescimento econômico era muito baixo, tendo sido declarada a moratória da dívida externa em fevereiro de 1987. [...] Todavia, não foi suficiente o surgimento de uma nova Constituição para debelar os problemas econômicos e de finanças públicas existentes no Brasil. Mesmo após a promulgação da Constituição a inflação continuou assolando a economia brasileira, chegando a mais de 2.700% em 12 meses, entre fevereiro/89 e janeiro /90 (Scaff e Rocha, 2012).

No início da década de noventa, o nível de inflação chegou a patamares estratosféricos. Era necessária uma solução, sobretudo porque o maior prejudicado pela forte inflação é o cidadão pobre, que recebe o salário de forma nominal, mas consome em ambiente inflacionário.

Apenas em 1994, a inflação foi controlada por meio do famoso Plano Real. De acordo com o Banco Central⁵⁸:

O Plano Real foi um processo de estabilização econômica iniciado em 1993 e o seu sucesso representou a quebra da espinha dorsal da inflação no Brasil. A entrada em circulação do

Michelle; ARAÚJO, Luiz Alberto David (orgs.). **A Constituição à Prova da Crise Financeiro- Internacional**: textos das jornadas italo-hispano-brasileiras de direito constitucional, Lecce-Itália, Universidade de Salento. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 218.

58 BRASIL. BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Plano Real**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/planoreal>. Acesso em: 2 out. 2023.

real em 1º de julho de 1994 mudou o cenário de uma inflação que, no acumulado em doze meses, chegou a 4.922% em junho de 1994, às vésperas do lançamento da nova moeda. A inflação, que finalizou 1994 com 916%, atingiu 22% em 1995. Desde então, mesmo com as várias crises internacionais e internas que prejudicaram a estabilização econômica, o IPCA acumulado em 12 meses passou de 9% em poucas ocasiões. Ao longo deste período, tem prevalecido o compromisso do Banco Central de assegurar a estabilidade do poder de compra da moeda brasileira (BRASIL, 1994).

O Plano Real retirou alguns artifícios de que alguns governos se aproveitavam para reduzir a dívida pública e permitiu que se enxergasse a realidade dura e insustentável da dívida pública. Quanto a isso, Scaff e Rocha⁵⁹ destacam que:

Em 1994, com a adoção do Plano Real, é que a inflação começou a ser debelada e pode-se ver a real dimensão da economia e do endividamento dos entes públicos. A situação dos entes subnacionais deixou de ser administrável em face do excesso de despesas governamentais, em especial as relacionadas com os gastos com pessoal, e a crescente dívida pública interna atrelada às altíssimas taxas de juros oficiais, independentemente da existência ou não de novos déficits primários. A diminuição do

59 SCAFF, Fernando Facury; ROCHA, Francisco Sergio Silva. Equilíbrio Orçamentário e Sustentabilidade Financeira. In: POMPEU, Gina; CARDUCCI, Michelle; ARAÚJO, Luiz Alberto David (orgs.). **A Constituição à Prova da Crise Financeiro- Internacional**: textos das jornadas italo-hispano-brasileiras de direito constitucional, Lecce-Itália, Universidade de Salento. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p.223.

processo inflacionário contribuiu para tornar perceptível a expansão da dívida com o desaparecimento de uma série de mecanismos, pois as contas públicas não puderam mais ser ajustadas com atrasos nos pagamentos ou reajustes abaixo da inflação e o resultado foi a visível deterioração das finanças públicas dos entes subnacionais (Scaff e Rocha, 2012).

O Plano Real foi um sucesso e, alguns anos depois, houve grande avanço normativo com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000. Estabeleceram-se normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, que pressupõe, de acordo com a Lei, ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange à renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, além de dívidas consolidadas e mobiliárias, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

Marcus Abraham⁶⁰ anota que:

Devemos reconhecer que a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF– Lei Complementar n.º 101/2000) teve papel fundamental neste aspecto, pois, além de instituir relatórios específicos para a gestão fiscal - Relatório Resumido de Execução Orçamentária, Relatório de Gestão Fiscal e Prestação de Contas

60 ABRAHAM, Marcus. **Orçamento público como instrumento de cidadania fiscal**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 17, p. 188-209, 10 jun. 2015.

- e determinar sua ampla divulgação (inclusive por meios eletrônicos), incentiva a participação popular nas discussões de elaboração das peças orçamentárias e no acompanhamento da execução orçamentária, através de audiência pública (Abraham, 2015).

Entre os mecanismos de controle, destaca-se a tentativa de controle dos gastos de pessoal, um dos grandes vilões da sustentabilidade orçamentária. A Lei de Responsabilidade fiscal, por exemplo, se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, estabelece, no parágrafo único do artigo 22, que o Poder ou órgão público que houver incorrido no excesso fica proibido de conceder de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição; criar cargo, emprego ou função; alterar a estrutura de carreira que implique aumento de despesa; prover cargo público, admitir ou contratar pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança; e contratar de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias.

Nesse contexto, Scaff e Rocha⁶¹ comentam que “a responsabilidade fiscal no Brasil surgiu com a Lei de Responsabilidade

61 SCAFF, Fernando Facury; ROCHA, Francisco Sergio Silva. Equilíbrio Orçamentário e Sustentabilidade Financeira. In: POMPEU, Gina; CARDUCCI, Michelle; ARAÚJO, Luiz Alberto David (orgs.). **A Constituição à Prova da Crise Financeiro- Internacional**: textos das jornadas italo-hispano-brasileiras de direito constitucional, Lecce-Itália, Universidade de Salento. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p.225-226.

Fiscal em 2000, que é um dos marcos para a sustentabilidade financeira apresentada nos últimos anos” e que essa Lei é muito relevante “para o controle do endividamento e o combate aos gastos públicos irresponsáveis dos entes subnacionais”.

Feito esse breve comentário histórico, cabe trazer a difícil distinção conceitual que existe entre “equilíbrio orçamentário” e “sustentabilidade financeira”.

Equilíbrio orçamentário, na perspectiva da teoria econômica clássica, significa que as despesas não podem superar as receitas, de forma que não sejam criados déficits. Sob o ponto de vista do keynesianismo, em situações de crise econômica, orçamentos deficitários devem ser tolerados, para reativação da atividade econômica e aceleração da recuperação.

De acordo com Keynes⁶²:

(...) embora a ampliação das funções do governo implicada pela tarefa de ajustar a propensão a consumir com o incentivo a investir pudesse parecer a um publicista do século XIX ou a um financeiro americano contemporâneo uma terrível transgressão do individualismo, eu defendo-a, ao contrário, como o único meio exequível para evitar a destruição total das instituições económicas actuais e como condição de um bem sucedido exercício da iniciativa individual (Keynes, 2010).

No Brasil, a Lei de Responsabilidade Fiscal estabeleceu o equilíbrio orçamentário como uma norma:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a

62 KEYNES, J. M. **Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2010, p. 362.

responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o **equilíbrio das contas públicas**, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar (BRASIL, 2000, grifos acrescentados).

A interpretação de equilíbrio das contas públicas não deve ser feita por meio das lentes da teoria econômica clássica, tendo em vista que isso levaria a episódios de engessamento e sufocamento da máquina pública, sobretudo durante crises econômicas. Na pós-modernidade, um elemento orçamentário muito importante é *crédito público*, que pode, quando bem utilizado, financiar investimentos relevantes e incentivar a economia interna. Nesse contexto, Scaff e Rocha⁶³ anotam que:

A noção de equilíbrio se apresenta como necessário meio para atingir a finalidade desejada - qual seja - a satisfação do interesse social através da realização de despesas públicas. Sua feição instrumental permite a

63 SCAFF, Fernando Facury; ROCHA, Francisco Sergio Silva. Equilíbrio Orçamentário e Sustentabilidade Financeira. In: POMPEU, Gina; CARDUCCI, Michelle; ARAÚJO, Luiz Alberto David (orgs.). **A Constituição à Prova da Crise Financeiro- Internacional**: textos das jornadas ítalo-hispano-brasileiras de direito constitucional, Lecce-Itália, Universidade de Salento. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p.233.

aplicação das disposições em função do objetivo a ser atingido. Esta consideração permite compreender o princípio do equilíbrio dentro de quadro amplo, que comporte a existência de ciclos orçamentários em déficit para obtenção de recuperação econômica desejada ou mesmo a possibilidade de sustentação de ciclo de orçamento em déficit para atender o mandamento constitucional que impõem a redução das desigualdades sociais e regionais (Scaff e Rocha, 2017).

Ao se analisar o orçamento público, deve-se ter em mente que o equilíbrio financeiro meramente matemático traz “números frios”, que podem demonstrar a existência de harmonia matemático-financeira entre receitas e despesa. Entretanto, nem sempre o equilíbrio orçamentário em sentido estrito resultará em um quadro de *sustentabilidade financeira*. Segundo Aliomar Baleeiro (2002, p.401)⁶⁴, o equilíbrio orçamentário é “desejável em certos casos. Pode ser impossível e inelutável noutros. E será nocivo em circunstâncias especiais”.

Sustentabilidade financeira é a condição de ordem orçamentária que propicia a efetivação adequada das políticas públicas durante o médio e longo prazo. O conceito de sustentabilidade financeira não se confunde com o de equilíbrio financeiro. Não é suficiente que as receitas empatem com as despesas em apenas um exercício fiscal. É essencial que as finanças públicas consigam se manter equilibradas no médio e longo prazo, isto é, é necessário haver sustentabilidade financeira.

64 BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.401.

Nesse contexto, Scaff e Rocha⁶⁵ comentam que:

[...] para conceituar equilíbrio orçamentário é necessário considerar outras variáveis além da análise estática da receita e da despesa pública. É necessário analisar a função do crédito público, a forma de pagamento e os juros cobrados, a qualidade da despesa pública e das renúncias fiscais, enfim, ver este conjunto de forma diferida no tempo, para que possamos considerar não apenas a leitura contábil-matemática deste preceito, mas sua sustentabilidade financeira em médio e longo prazo (Scaff e Rocha, 2017).

Diante disso, tem-se que a sustentabilidade financeira traz um conceito mais amplo que o mero equilíbrio orçamentário em sentido estrito. Por vezes, um orçamento com déficit pode configurar uma situação de sustentabilidade financeira, ao passo em que um orçamento com superávit pode estar em um contexto ruim. O equilíbrio orçamentário numérico é como uma foto, enquanto a sustentabilidade financeira pode ser relacionada a um filme.

Cabe a alerta que, embora seja admissível haver eventualmente alguns exercícios com déficit público para atingimento de bons fins econômicos e sociais, essa possibilidade não pode ser uma “carta na manga” para qualquer situação orçamentária de déficit. O ordenamento jurídico brasileiro é muito claro ao

65 SCAFF, Fernando Facury; ROCHA, Francisco Sergio Silva. Equilíbrio Orçamentário e Sustentabilidade Financeira. In: POMPEU, Gina; CARDUCCI, Michelle; ARAÚJO, Luiz Alberto David (orgs.). **A Constituição à Prova da Crise Financeiro- Internacional**: textos das jornadas italo-hispano-brasileiras de direito constitucional, Lecce-Itália, Universidade de Salento. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p.238.

determinar que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetarem o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições determinadas pela lei (vide parágrafo 1º do artigo 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal).

Ainda no que se refere à noção de sustentabilidade financeira, é pertinente tecer comentários quanto ao *elemento intergeracional*. Ao se analisar a história política brasileira, não é raro perceber que houve gestores que instalaram verdadeiras “bombas-relógio” orçamentárias para seus sucessores. Ainda pior, observam-se gestores que contrataram péssimos negócios por meio de empréstimos a serem pagos por muitos anos. Em situações como essa, os mais prejudicados serão as gerações mais novas. Uma gestão pública financeiramente irresponsável prejudica pessoas que existem na atualidade e até as que ainda nem nasceram.

Nesse contexto, Scaff e Rocha (2017)⁶⁶, diante de uma nova compreensão de direitos fundamentais, os direitos dos que não nasceram ainda passam a ser considerados. Nesse caso, a “dimensão da pessoa humana é projetada para o futuro, não apenas como a dimensão civilista do nascituro, mas de toda uma futura (e ainda nem mesmo gestada) geração de pessoas humanas”.

66 SCAFF, Fernando Facury; ROCHA, Francisco Sergio Silva. Equilíbrio Orçamentário e Sustentabilidade Financeira. In: POMPEU, Gina; CARDUCCI, Michelle; ARAÚJO, Luiz Alberto David (orgs.). **A Constituição à Prova da Crise Financeiro- Internacional**: textos das jornadas italo-hispano-brasileiras de direito constitucional, Lecce-Itália, Universidade de Salento. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p.239.

DECISÕES JUDICIAIS QUE DETERMINAM BLOQUEIO DE RECEITAS PÚBLICAS NO CONTEXTO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Decisões que determinam bloqueios pecuniários de contas bancárias que contêm recursos públicos são corriqueiras na história da Justiça do Trabalho. Embora bem intencionadas, essas decisões desequilibram orçamentos de entes federados e, ao longo dos anos, prejudicam a sustentabilidade financeira dos serviços públicos prestados pelas pessoas jurídicas de direito público interno, afetadas por esses bloqueios.

Nesse contexto, ao longo dos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que determina bloqueio, penhora ou liberação de receitas públicas, que estão em disponibilidade de entes públicos, para satisfação de créditos trabalhistas violam os princípios da legalidade orçamentárias, separação dos poderes, eficiência e continuidade dos serviços públicos.

Em outubro de 2022, o Supremo Tribunal Federal julgou a *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 988 de Santa Catarina*. A ação foi ajuizada pelo Governador do Estado de Santa Catarina, em 27-6-2022, contra “dezenas de decisões da Justiça do Trabalho no Estado de Santa Catarina que ofendem vários preceitos fundamentais” [...] “por realizarem bloqueios de verbas públicas, de origem de financiamento federal, das contas de Associações de Pais e Professores de escolas públicas estaduais”.

O Governador entendeu que havia violação do disposto no art. 2º, inc. III do § 4º do art. 60, caput do art. 6º, caput do art. 37, caput e incs. II, VI, VIII e XI do parágrafo único do art. 70, art. 71, incs. II, V, VI, VIII e X do art. 167, art. 205, inc. VII e §

2º do art. 208, §§ 1º e 4º do art. 211, inc. III do art. 214 e caput do art. 227 da Constituição Federal. Além disso, alegou que:

A controvérsia constitucional que originou a imperiosa necessidade de se buscar o controle abstrato de constitucionalidade exercido por esta Egrégia Suprema Corte é relativa ao direito à educação e à forma com que são operacionalizados os pagamentos de determinadas despesas das unidades escolares do Estado de Santa Catarina, realizados por intermédio de Associações de Pais e Professores (APPs). [...] com a retirada de recursos específicos e oriundos do PDDE (Programa Dinheiro Direto na Escola) de APPs e a consequente inviabilização da realização de atividades por tais entidades prestadas nas escolas públicas estaduais e, ainda, estando na iminência de sofrerem mais constrições da justiça trabalhista sobre os valores de origem pública federal, não podendo, quiçá, reverter essas transferências, e restando às APPs sem recursos para continuidade de seus serviços públicos, é que se propõe - por inexistir outro meio amplo e eficaz de sanar tais lesividades -, essa Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com pedido liminar. [...] além de toda a disciplina constitucional e legal acerca da implementação do direito à educação através de APPs (competência comum de todas as unidades federativas, art. 23, V, da Constituição Federal), o Estado de Santa Catarina tem papel fundamental na procedimentalização do recebimento de recursos federais por aquelas entidades, na medida em que firma as parcerias que possibilitam e legitimam a atuação e a prestação dos serviços nas escolas públicas da rede de ensino

estadual, além de ter a obrigação legal de realizar a prestação de contas junto aos órgãos de controle federais, o que pode reverberar na responsabilização do Estado de Santa Catarina e convolar, eventualmente, em decisão a si desfavorável em processos de tomada de contas (SANTA CATARINA, 2022).

O Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE) é um programa que foi criado pelo Governo Federal, executado pela autarquia federal Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), cujo objetivo é prestar assistência financeira, em caráter suplementar, às escolas públicas da educação básica das redes estaduais, municipais e do Distrito Federal, às escolas de educação especial, qualificadas como beneficentes de assistência social ou de atendimento direto e gratuito ao público, às escolas mantidas por entidades de tais gêneros e aos polos presenciais do sistema Universidade Aberta do Brasil - UAB que ofertem programas de formação inicial ou continuada a profissionais da educação básica, nos termos da Lei Federal n.º 11.947, de 16 de junho de 2009.

O PDDE é regulamentado pela Resolução CD/FNDE/MEC n.º 15, de 16 de setembro de 2021, que dispõe:

Art. 2º O Programa Dinheiro Direto na Escola – PDDE consiste na destinação anual, pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, de recursos financeiros, em caráter suplementar, as escolas públicas estaduais, municipais e distritais de educação básica, as escolas de educação especial qualificadas como beneficentes de assistência social ou de atendimento direto e gratuito ao público, com o propósito de contribuir para o provimento das necessidades prioritárias dos estabelecimentos

educacionais beneficiários que concorram para a garantia de seu funcionamento e para a promoção de melhorias em sua infraestrutura física e pedagógica, bem como incentivar a autogestão escolar e o exercício da cidadania com a participação da comunidade no controle social.

Art. 4º Os recursos do PDDE e Ações Integradas destinam-se à cobertura de despesas de custeio, manutenção e pequenos investimentos que concorram para a garantia do funcionamento e melhoria da infraestrutura física e pedagógica dos estabelecimentos de ensino beneficiários, devendo ser empregados:

- I – na aquisição de material permanente;**
- II – na realização de pequenos reparos, adequações e serviços necessários à manutenção, conservação e melhoria da estrutura física da unidade escolar;**
- III – na aquisição de material de consumo;**
- IV – na avaliação de aprendizagem;**
- V – na implementação de projeto pedagógico; e**
- VI – no desenvolvimento de atividades educacionais.**

(...)

§ 2º É vedada a aplicação dos recursos do PDDE e Ações Integradas em:

I – implementação de outras ações que estejam sendo objeto de financiamento por outros programas executados pelo FNDE, exceto aquelas executadas sob a égide das normas do PDDE e Ações Integradas;

II – gastos com pessoal;

III – pagamento, a qualquer título, a:

- a) agente público da ativa por serviços prestados, inclusive consultoria, assistência técnica ou assemelhados; e
- b) empresas privadas que tenham em seu quadro societário servidor público da ativa, ou empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, por serviços prestados, inclusive consultoria, assistência técnica ou assemelhados;
- c) despesas de manutenção predial como aluguel, telefone, água, luz e esgoto;
- d) despesa de caráter assistencialista.

IV – cobertura de despesas com tarifas bancárias, incluídas as previstas no art. 16, § 2º, desta Resolução; e

V – dispêndios com tributos federais, distritais, estaduais e municipais quando não incidentes sobre os bens adquiridos ou produzidos ou sobre os serviços contratados para a consecução dos objetivos do PDDE e Ações Integradas (BRASIL, 2021, grifos do autor).

No âmbito do PDDE, o FNDE repassa verbas para as escolas, por meio de Entidades Executoras (EEx), Unidades Executoras Próprias (UEX) e Entidades Mantenedoras (EM). As Associações de Pais e Professores são entidades que se encaixam no conceito de UEX. Conforme da resolução:

Art. 5º O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE irá repassar os recursos do PDDE e Ações Integradas às escolas de que tratam o art. 3º desta Resolução, por intermédio de suas Entidades Executoras – EEx, Unidades Executoras Próprias – UEX e Entidades Mantenedoras – EM, assim definidas:

I – Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, autarquia federal responsável pela execução de políticas educacionais do Ministério da Educação – MEC, com o objetivo de alcançar a melhoria e garantir uma educação de qualidade a todos;

II – Entidade Executora – EEx, prefeituras municipais e secretarias estaduais e distrital de educação que representam unidades escolares públicas com até 50 (cinquenta) estudantes matriculados;

III – Unidade Executora Própria – UEx, organização da sociedade civil com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, constituída com a finalidade de representar uma unidade escolar pública ou um consórcio de unidades escolares públicas, integrada por membros da comunidade escolar e comumente denominadas de caixa escolar, conselho escolar, associação de pais e mestres, círculo de pais e mestres, dentre outras denominações; e

IV – Entidade Mantenedora – EM, organização da sociedade civil com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, qualificada como beneficente de assistência social ou de atendimento direto e gratuito ao público, representativa das escolas privadas de educação especial (BRASIL, 2022).

Na ADPF 988, o Governador sustentou que:

[...] os bloqueios realizados pela Justiça do Trabalho, muito embora tenham a pretensão de dar cumprimento às suas determinações, **afeta diretamente a aplicação destas verbas oriundas do PDDE e podem levar à**

suspensão dos repasses, em notório prejuízo à implementação das atividades exercidas pelas APP's, no âmbito das escolas públicas do Estado de Santa Catarina, e aos estudantes - crianças e adolescentes -, destinatários primaciais e detentores de prioridade absoluta nos termos do texto constitucional. [...] a forma com que a Justiça Trabalhista no Estado de Santa Catarina vem atuando demonstra a reiteração de seu entendimento e, igualmente, a reiteração das ofensas à Constituição Federal em tema de direito à educação no território catarinense. Revela, outrossim, que outras decisões e bloqueios continuarão a ser realizados, daí que também tem a presente Arguição a pretensão de alcançar, além de uma tutela repressiva, uma tutela preventiva/inibitória, que possa resguardar, das contas das APP's, especificamente os valores repassados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação no Programa Dinheiro Direto na Escola (SANTA CATARINA, 2022, grifo do autor).

O Governador acrescentou que os bloqueios violam o princípio da separação dos poderes e prejudicam a prestação dos serviços públicos educacionais, asseverando que:

[...] se a política pública educacional é implementada mediante programas destinados às transferências de recursos com objeto específico de aplicação, estruturado e administrado no âmbito do Poder Executivo, **o desvio de tais recursos e o consequente esvaziamento do programa público (PDDE) por ato do Poder Judiciário ofende o princípio de separação de poderes, porquanto apesar de exercido dentro de competências jurisdicionais atinge,**

de modo direto e imediato, política pública educacional do Poder Executivo, ofendendo direito à educação de crianças e adolescentes que detêm prioridade absoluta. Mas não só há usurpação das atribuições e objetivos administrativos, igualmente as decisões e atos judiciais da Justiça Trabalhista contrariam o princípio da separação dos poderes em relação ao Poder Legislativo, que disciplinou por lei (Lei Federal n. 11.947/2009) a destinação das verbas públicas do FNDE (BRASIL, 2021, grifo do autor).

De fato, os bloqueios judiciais dos recursos públicos do PDDE esvaziam política pública educacional legítima e assim ofende o princípio constitucional de separação de poderes, além de violar o direito à educação de crianças e adolescentes que têm prioridade absoluta. Evidentemente trata-se de situação que compromete a sustentabilidade financeira dos serviços da educação e configura intolerável interferência de um poder da república nas atividades de outro. Destaque-se que a resolução do FNDE veda a aplicação de recursos destinados ao PDDE em despesas com pessoal.

Sistematizando-se, pode-se estabelecer que essas decisões **violam:**

1. **O princípio da separação dos poderes**, na medida em que esvaziam política pública educacional legítima traçada pelo Poder Executivo, configurando interferência ilegítima do Poder Judiciário sobre o Executivo, ao não se observar o art. 2º da Constituição Federal, que determina que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. A harmonia entre os poderes verifica-se quando há atenção às “normas de cortesia no trato

recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito”⁶⁷.

2. **O princípio da legalidade orçamentária**, previsto no inciso VI do art. 167 da Constituição, que veda a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa. José Afonso da Silva (2016)⁶⁸ esclarece que “para evitar burla que se tornou necessário o emprego dos três termos” (transposição, remanejamento e transferência), “porque, quando se usava apenas transposição, praticava-se outra daquelas formas de movimentação”. Além disso, destaca que:

A transferência pelo seu sentido literal se aplica especialmente à retirada de recursos de um órgão para a administração de outro; já o remanejamento está mais próximo do ato de recompor os recursos de uma categoria de programa ou de um com o que se frustrava a vedação órgão; enquanto a transposição para troca de recursos, anula uma dotação de algum programa ou órgão com o fito de transportá-la para outro (Silva, 2016).

3. **O princípio da eficiência da Administração Pública**, que, segundo Di Pietro (2018)⁶⁹, apresenta dois aspec-

67 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p.112.

68 SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

69 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.151

tos: em relação ao modo de atuação do agente público, de que se espera o melhor desempenho possível; e em “relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público”. No caso relatado, é esse segundo aspecto que foi prejudicado pelas decisões da Justiça do Trabalho, que esvaziou políticas públicas educacionais de forma indevida.

4. **O princípio da continuidade dos serviços públicos**, que determina que “o serviço público, sendo a forma pela qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade, não pode parar”⁷⁰. No caso concreto, as decisões da Justiça do Trabalho inviabilizaram a prestação do serviço público essencial da educação, ao impedir que recursos importantes do PDDE chegassem aos alunos das escolas públicas no tempo devido.

Ao se estudar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vários casos problemáticos envolvendo bloqueios da Justiça do Trabalho podem ser encontrados e merecem menção nesta pesquisa. Na *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 484*, o STF julgou inconstitucionais decisões judiciais que determinaram o bloqueio, penhora ou sequestro de verbas públicas destinadas à merenda, ao transporte de alunos e à manutenção das escolas públicas para o pagamento de dívidas trabalhistas. Constou da ementa:

70 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.139.

[...] 2. **Os princípios da separação dos poderes e do fomento à educação são violados por decisões judiciais que gerem bloqueio, penhora ou sequestro, para fins de quitação de débitos trabalhistas, de verbas públicas destinadas à merenda, ao transporte de alunos e à manutenção das escolas públicas.** 3. A proteção constitucional a direitos individuais e a garantias fundamentais, inclusive de ordem trabalhista, convive com a impenhorabilidade, in casu, sob a ratio de que estão afetados a finalidades públicas e à realização das atividades e serviços públicos decorrentes do exercício obrigatório da função administrativa. 4. O artigo 167, VI, da Constituição proíbe a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa, mandamento esse que também vincula o Judiciário. Isso porque as regras sobre aprovação e gestão orçamentárias consagram mecanismos de freios e contrapesos essenciais ao regular funcionamento das instituições republicanas e democráticas e à concretização do princípio da separação dos poderes.

(ADPF n.º 484, Relator o Ministro Luiz Fux, Plenário, DJe 10.11.2020) (BRASIL, 2020, grifos acrescidos).

Outro caso foi a *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 485*, proposta pelo Governador do Amapá contra decisões judiciais proferidas pelo TRT-8ª Região que determinaram o bloqueio, a penhora e/ou o sequestro de verbas estaduais, sob a justificativa de que os valores em questão constituíam créditos devidos pelo Estado a empresas que são rés em ações trabalhistas. Consta, na petição inicial, que os valores

bloqueados e/ou sequestrados alcançavam quantias vultosas, correspondentes a muitos milhões de reais. Ao julgar o caso, o STF fixou tese no sentido de que “Verbas estaduais não podem ser objeto de bloqueio, penhora e/ou sequestro para pagamento de valores devidos em ações trabalhistas, ainda que as empresas reclamadas detenham créditos a receber da administração pública estadual, em virtude do disposto no art. 167, VI e X, da CF, e do princípio da separação de poderes (art. 2º da CF)” (STF - ADPF: 485 AP, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 07/12/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 04/02/2021).

Outra situação digna de nota é que aconteceu nos autos da *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 664*, em que Governador do Estado do Espírito Santo impugnou um conjunto de decisões judiciais dos Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª, 5ª, 8ª, 9ª, 10ª, 15ª, 17ª e 18ª Regiões, que determinaram “bloqueio, arresto, penhora, sequestro e liberação de valores das contas administradas pelo Poder Executivo para atender finalidade específica, qual seja, execução de contratos públicos (convênios, contratos de parceria e contratos de gestão na área da saúde pública)”. O STF, ao dar razão ao Governador, julgou no sentido de que:

[...] 1. Decisões judiciais que determinam o bloqueio, penhora ou liberação, para satisfação de créditos trabalhistas, de receitas públicas oriundas do Fundo Estadual de Saúde objeto de contratos de gestão firmados entre o Estado do Espírito Santo e entidades de terceiro setor violam o princípio da legalidade orçamentária (art. 167, VI, da CF), o preceito da separação funcional de poderes (art. 2º c/c art. 60, § 4º, III, da CF), o princípio da eficiência da Administração Pública (art. 37, caput, da CF) e o princípio da continuidade

dos serviços públicos (art. 175 da CF). Precedentes: ADPF 275, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 17/10/2018, DJe de 27/6/2019; ADPF 556, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 14/2/2020, DJe de 6/3/2020; ADPF 620-MC-Ref, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 3/4/2020, DJe de 12/5/2020; ADPF 484, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 4/6/2020, pendente publicação de acórdão; entre outros julgados. 2. Medida Cautelar confirmada e ação julgada procedente.

(STF - ADPF: 664 ES 0088856-50.2020.1.00.0000, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 19/04/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 04/05/2021) (BRASIL, 2021).

Na *Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental n.º 275*, o STF fixou entendimento de que:

[...] Decisões judiciais que determinam o bloqueio, penhora ou liberação de receitas públicas, sob a disponibilidade financeira de entes da Administração Pública, para satisfação de créditos trabalhistas, violam o princípio da legalidade orçamentária (art. 167, VI, da CF), o preceito da separação funcional de poderes (art. 2º c/c art. 60, § 4º, III, da CF), o princípio da eficiência da Administração Pública (art. 37, caput, da CF) e o princípio da continuidade dos serviços públicos (art. 175, da CF). Precedente firmado no julgamento da ADPF 387 (Rel. Min.

GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/3/2017). 2. Arguição conhecida e julgada procedente.

(STF - ADPF: 275 PB, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 17/10/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 27/06/2019) (BRASIL, 2021).

Por fim, traz-se à baila a *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 387*, ajuizada contra decisões da Justiça do Trabalho que resultaram em bloqueio, penhora e liberação de valores da conta única do Piauí para pagamento de créditos trabalhistas de empresa pública estadual.

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. 2. Ato lesivo fundado em decisões de primeiro e de segundo grau do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região que determinaram bloqueio, penhora e liberação de valores oriundos da conta única do Estado do Piauí, para pagamento de verbas trabalhistas de empregados da Empresa de Gestão de Recursos do Estado do Piauí S/A (EMGERPI). 3. Conversão da análise do pedido de medida cautelar em julgamento de mérito. Ação devidamente instruída. Possibilidade. Precedentes. 4. É aplicável o regime dos precatórios às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial.

Precedentes. 5. Ofensa aos princípios constitucionais do sistema financeiro e orçamentário, em especial ao da legalidade orçamentária (art. 167, VI, da CF), aos princípios da independência e da harmonia entre os Poderes (art. 2º da CF) e ao regime constitucional dos precatórios (art. 100 da CF). 6. Arguição de

descumprimento de preceito fundamental julgada precedente.

(STF - ADPF n. 387 PI, Relator GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, Data de publicação: 25/10/2017) (BRASIL, 2017).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O compromisso do Estado com a Constituição é indispensável. Nesse sentido, Maliska e Schier (2016)⁷¹:

O Estado, por certo, existe para a realização daquilo que está definido na Constituição. A razão de sua existência encontra-se na promoção do bem-estar social. Como escreve Creveld, o Estado surgiu e se desenvolveu para fazer a guerra. No entanto, essa trajetória se alterou entre a primeira e a segunda metade do Século XX. O Estado hoje se justifica pela promoção de bem-estar que ele propicia aos seus cidadãos. Desta forma, o compromisso do Estado com a Constituição é inquestionável (Maliska e Schier, 2016).

A promoção do bem-estar dos cidadãos do Estado é feita por meio da implementação das políticas públicas que, nas palavras de Josué Mastrodi (2015)⁷², são:

71 MALISKA, Marcos Augusto; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Entre o pesado Estado Autárquico e o indiferente Estado Mínimo: reflexões sobre o Estado Constitucional Cooperativo a partir de um caso concreto. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 20, p.159-173, 22 ago. 2016.

72 MASTRODI, Josué; RODRIGUES, Mônica Nogueira. A VINCULAÇÃO DO ADMINISTRADOR ÀS LEIS ORÇAMENTÁRIAS COMO MEIO DE CONCRETIZAR O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA: ESTUDO SOBRE CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE

[...] ações realizadas pelo Estado de forma direta ou indireta direcionadas a determinado segmento social, cultural, econômico ou étnico. São instrumentos criados pelo Estado para concretização de direitos reconhecidos constitucionalmente, tendo como principal função a promoção do interesse social, além de diminuir a grande desigualdade social existente, visando a equilibrar a situação dos cidadãos que não tiveram acesso aos mesmos direitos fundamentais (Mastrodi, 2015).

Quando essas políticas são esvaziadas por meio de bloqueios oriundos da Justiça do Trabalho, como foi visto na jurisprudência do STF, há prejuízo direto à função social do Estado, que reflete em serviços públicos insatisfatórios à população. Diante disso, pode-se afirmar que o STF acertou ao entender que bloqueios indevidos de verbas públicas perpetrados pela Justiça do Trabalho violam os princípios da separação dos poderes, legalidade orçamentária, continuidade dos serviços públicos e eficiência da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. Orçamento público como instrumento de cidadania fiscal. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 17, p.188-209, 10 jun. 2015.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORADIA NO MUNICÍPIO DE CAMPINAS. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 20, p.3-21, 30 nov. 2015.

BRASIL. BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Plano Real**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/plano-real>. Acesso em: 2 out. 2023.

KEYNES, J. M. **Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2010, p.362.

MALISKA, Marcos Augusto; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Entre o pesado Estado Autárquico e o indiferente Estado Mínimo: reflexões sobre o Estado Constitucional Cooperativo a partir de um caso concreto. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 20, p. 159–173, 22 ago. 2016.

MASTRODI, Josué; RODRIGUES, Mônica Nogueira. A VINCULAÇÃO DO ADMINISTRADOR ÀS LEIS ORÇAMENTÁRIAS COMO MEIO DE CONCRETIZAR O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA: ESTUDO SOBRE CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE MORADIA NO MUNICÍPIO DE CAMPINAS. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 20, p.3-21, 30 nov. 2015.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.151.

SCAFF, Fernando Facury. Orçamento público, direitos sociais e escolhas políticas ou reserva do possível e escolhas trágicas na implementação dos direitos sociais. *In*: LUCCA, Newton de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (orgs.). **Direito Constitucional Contemporâneo**:

homenagem ao professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin, 2012, cap. 64, p.570-580.

SCAFF, Fernando Facury; ROCHA, Francisco Sergio Silva. Equilíbrio Orçamentário e Sustentabilidade Financeira. *In*: POMPEU, Gina; CARDUCCI, Michelle; ARAÚJO, Luiz Alberto David (orgs.). **A Constituição à Prova da Crise Financeiro Internacional**: textos das jornadas italo-hispano-brasileira de direito constitucional, Lecce-Itália, Universidade de Salento. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p.217-244.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

PROCEDIMENTO DE USUCAPIÃO E A SUA CONSOLIDAÇÃO NO CÓDIGO NACIONAL DE NORMAS DO FORO EXTRAJUDICIAL: INSTRUMENTO EXTRAPROCESSUAL DE DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO IMOBILIÁRIO

*José Herbert Luna Lisboa*⁷³

INTRODUÇÃO

A usucapião representa modo originário de aquisição de propriedade em razão da posse prolongada do bem imóvel. Chamada também de prescrição aquisitiva, realça a possibilidade legal de atribuir-se juridicidade a uma situação fática que persistiu no tempo e consolidou a aquisição pela sua forma pura, sem antecedentes negociais, ônus ou gravame. O tempo é o senhor da razão para a usucapião, preenchidos os requisitos previstos em lei.

No dizer de Luiz Antônio Scavone Júnior (2019, p.1.192), “havendo a posse por certo lapso temporal determinado em lei,

73 Juiz de Direito do Tribunal de Justiça da Paraíba - TJPB, Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Católica de Santos-PB, Especialista em Direito Notarial e Registral e em Direito Imobiliário pela Escola Paulista de Direito – São Paulo.

genericamente, haverá autorização para aquisição da propriedade”. A usucapião transforma um fato, que é a posse, em um direito, no caso, o direito de propriedade. Leva a efeito a função social da propriedade, com a devida regularização fundiária do bem ocupado.

O art. 216-A, acrescido pelo Código de Processo Civil de 2015 à Lei dos Registros Públicos, apresentou facultativamente uma nova forma de processamento e reconhecimento do pedido da usucapião, mediante procedimento administrativo junto ao cartório imobiliário da circunscrição do imóvel.

Sem prejuízo da via jurisdicional, portanto, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado.

É possível utilizar o procedimento para qualquer espécie de usucapião, seja ela extraordinária, ordinária, constitucional urbana ou rural (arts.183 e 191 da CF/88), coletiva ou por abandono do lar (art.1.240-A do Código Civil). A lei não distinguiu ou excluiu qualquer espécie, bastando tão somente que estejam preenchidos os pressupostos elencados no art. 216-A da Lei n. 6.015/73 e do direito material respectivo.

A Corregedoria Nacional de Justiça editou o Provimento nº 65, de 14 de dezembro de 2017, estabelecendo diretrizes gerais para o procedimento da usucapião extrajudicial nos serviços notariais e de registro de imóveis. Segundo o normativo, o procedimento poderá abranger a propriedade e demais direitos reais passíveis de usucapião.

O requerimento será sempre assinado por advogado ou defensor público constituído pelo requerente, e a existência de ônus real ou de gravame na matrícula, caso exista matrícula

imobiliária, não impedirá o reconhecimento extrajudicial da usucapião. O próprio normativo destacou que a inércia dos órgãos públicos não obstará o andamento do procedimento administrativo, tampouco eventual reconhecimento da usucapião.

Portanto, cuida-se de instrumento que deve ser fomentado pelos Tribunais e Corregedorias da Justiça, haja vista que proporciona desenvolvimento socioeconômico para o município e afasta a informalidade das negociações imobiliárias urbanas e rurais, ampliando o acesso à terra regularizada com a garantia da efetivação da função social da propriedade.

DAS ESPÉCIES DE USUCAPIÃO:

a) ORDINÁRIA E EXTRAORDINÁRIA

O Código Civil de 1916 previa dois tipos de usucapião: a ordinária e a extraordinária, cada qual com requisitos diversos. O justo título e a boa-fé eram necessários à ordinária, como os são ainda hoje.

O Código Civil de 2002 reduziu o tempo da *extraordinária* para 15 anos, mantendo a orientação no sentido de que aquele que, sem interrupção nem oposição, possuir como seu um imóvel pelo aludido prazo, adquirirá a propriedade, independentemente de título e boa-fé (art.1.238, CC).

O legislador ainda reduziu excepcionalmente para dez anos a usucapião extraordinária, caso o possuidor prove ter estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo (§ único, art. 1.238).

Restou mantida ainda, pelo Código Civil de 2002, a *usucapião ordinária*, desta feita, com lapso temporal de dez anos, sem distinção de presentes ou ausentes, exigindo, no entanto, o justo título e a boa-fé para essa modalidade, tal como era na legislação

anterior: “Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos”. (Código Civil de 2002).

A boa-fé é a crença do possuidor de que se encontra em situação legítima no imóvel. Trata-se de um significado ético comportamental do possuidor diante de um justo título. Para Scavone Júnior (2019), a boa-fé é a convicção do titular de direito em função de um título, de que não se encontra numa situação de afronta a um direito alheio.

Assim, até que se prove o contrário, o possuidor de justo título é considerado de boa-fé. E o justo título, para a moderna doutrina, é um título que contém um erro, uma falha ignorada, em tese, por quem dele seja portador. Se não houvesse a falha, seria possível transferir a propriedade, como, por exemplo, uma escritura de compra e venda com a quebra do princípio da continuidade registral ou ausência de um elemento essencial de conteúdo, uma procuração em causa própria, formal de partilha, um legado com erros que podem ser de conteúdo ou de forma e que, por isso, não são passíveis de ingresso no fólio real.

O conceito de justo título não é tão simples, e há divergências sobre o alcance da referida expressão. Scavone Júnior (2019, p.1.230) realça que o “[...] justo título é aquele com possibilidade abstrata de transferência do direito, mas que não transfere de fato, e que, ademais, infunde a crença no titular de que realmente adquiriu o direito a ele relacionado”.

b) USUCAPIÃO PRO LABORE (ART. 1.242, § ÚNICO DO CC)

Essa é uma hipótese bastante peculiar tratada pela lei, pois reduz para cinco anos o prazo de usucapir no caso de aquisição onerosa lastreada em título devidamente registrado e, posteriormente,

cancelado por alguma razão, não explicitada pelo legislador. Se o possuidor provar que estabeleceu sua residência no imóvel ou tenha efetivado investimentos de caráter social ou econômico, como, por exemplo, construções e plantações, o prazo será quinquenal a contar da mansidão e ausência de oposição de terceiros.

A lei exige o justo título e boa-fé, tal como na hipótese do *caput* do art. 1.242, do Código Civil, uma vez que a modalidade continua sendo ordinária.

c) USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL ESPECIAL URBANA E ESPECIAL RURAL

A *usucapião especial urbana* está disciplinada no art. 183 da Carta Magna e no Estatuto da Cidade, exigindo-se o lapso temporal de cinco anos de posse mansa e pacífica, sem oposição, devendo o imóvel ter, no máximo, 250m². Ainda não pode o possuidor ser proprietário de outro imóvel, urbano ou rural, como não pode ter sido beneficiário anteriormente pela usucapião (art. 9º, Lei nº 10.257/2001).

Por sua vez, a *usucapião especial rural*, igualmente denominada constitucional, está desenhada no art. 191 da Constituição Federal, segundo o qual “aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”. Aqui também não pode o interessado ser proprietário de qualquer outro imóvel, ainda que em outro município.

d) USUCAPIÃO DE SERVIDÕES (ART. 1.379, CC)

A aquisição por meio da usucapião não se restringe ao direito de propriedade, haja vista que é possível adquirir outros

direitos reais, utilizando-se esse instrumento de política fundiária, sobretudo o direito de servidão, como, por exemplo, a servidão de passagem, de dutos, etc.

Art. 1.379. O exercício incontestado e contínuo de uma servidão aparente, por dez anos, nos termos do art. 1.242, autoriza o interessado a registrá-la em seu nome no Registro de Imóveis, valendo-lhe como título a sentença que julgar consumado a usucapião. Parágrafo único. Se o possuidor não tiver título, o prazo da usucapião será de vinte anos (BRASIL, 2012).

Para Franciso Eduardo Loureiro (2012), há flagrante inconsistência entre os arts. 1.238 e 1.379, referente ao prazo para consumação da usucapião de servidão, posto que, para usucapir a propriedade plena, o prazo legal é de 15 anos, mas, para usucapir um direito real sobre coisa alheia, considerado um direito menor, ou seja, uma parcela do direito de propriedade, o prazo continuou sendo de 20 anos.

De fato, parece ter ocorrido um descuido do legislador que não reduziu o prazo também da usucapião de servidão.

e) USUCAPIÃO ESPECIAL INDÍGENA (ART. 33, LEI N° 6.001/73)

O Estatuto do Índio, sancionado desde 1973, já previa a usucapião para o indígena. O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a 50 hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena, ressalvadas as terras do domínio da União e as terras de propriedade coletiva de grupo tribal.

Nesse contexto, impõe frisar que essa espécie de usucapião tem por finalidade precípua resguardar a cultura e a tradição indígena, em proteção aos direitos dos integrantes desses povos. Assim, tem-se que a área a ser usucapida só pode ser rural e particular, diante da impossibilidade constitucional de usucapião de terras públicas.

f) USUCAPIÃO COLETIVA E USUCAPIÃO POR ABANDONO DO LAR

Por fim, ainda há a *usucapião coletiva*, tratada no art. 10 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e a *usucapião por abandono do lar*. Esta última prevista no art. 1.240-A do Código Civil.

Na coletiva, em regra, cada requerente receberá uma fração ideal que poderá ser diferenciada, caso exista consenso dos coproprietários, mediante termo de acordo.

A usucapião fundada em abandono do lar é eminentemente urbana, estando, assim, delineados os seus requisitos:

Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade dividida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural (BRASIL, 2001).

Infere-se do texto legal que se trata de uma proteção à família, notadamente ao cônjuge que se apresenta mais vulnerável por ter sido abandonado. O que de logo se percebe que, na grande maioria das vezes, é a mulher que fica sozinha a cuidar

dos filhos após o abandono do companheiro. Numa hipótese de divórcio, é possível sustentar a exclusão da partilha desse imóvel, independente do regime de patrimonial adotado pelos cônjuges, mediante a provocação do procedimento de usucapião.

Franciso Eduardo Loureiro (2012) já defendeu que a usucapião familiar ou bienal “[...] caminha na contramão do direito de família de abolir a questão da culpa no desfazimento do casamento e da união estável. Não faz o menor sentido que o desaparecimento do afeto, seguido do abandono do lar, constitua razão para perda do imóvel no curto espaço de dois anos”.

Cláudia Neves (2021), entretanto, destacando a importância da regularização do domínio de inúmeros lares abandonados pelos companheiros ou cônjuges, ressalta que essa modalidade de usucapião “visa facilitar a regularização dessa propriedade, permitindo àquele que nele reside, dar-lhe a destinação que bem entender, sem qualquer entrave decorrente da necessidade de manifestação da vontade do outro”.

Por outro lado, a jurisprudência dos tribunais tem firmado o entendimento no sentido de que o abandono do lar pelo ex-cônjuge deve ser voluntário e injustificado, sendo, portanto, requisitos para o reconhecimento da propriedade por essa modalidade.⁷⁴

É válido apontar que, para todas as espécies de usucapião mencionadas, a lei exige a posse mansa e pacífica durante o prazo legal de posse, sem oposição. Para além disso, a exigência do *animus domini*, ou seja, o possuidor deve agir com o ânimo de dono, de senhor, em relação ao imóvel que pretende usucapir.⁷⁵

74 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 1370179, 0002433520178070019, Relator: JOÃO EGMONT, Segunda Turma Cível, data de julgamento: 8/9/2021, publicado no PJe: 17/9/2021.

75 Fernando Fukassawa (2013) defende ainda a existência de uma outra modalidade: a usucapião administrativa da Reurb, prevista no art. 19 da lei nº

Tupinambá Miguel Casto do Nascimento (1992), discorrendo sobre a ausência de oponibilidade da posse, como pressuposto para a usucapião, já realçava, há muito tempo, que a aquisição originária se aperfeiçoa por conduta bilateral:

São duas condutas que, somadas, geram a aquisição do domínio, ou do direito real limitado. A conduta do usucapiente e a conduta do proprietário, ou de qualquer outro interessado. A primeira, conduta positiva, um *facere* continuado; A segunda, um *non facere*, que é a conduta do proprietário, ou de quem de direito, em nada fazer diante da posse contínua de terceiro (Nascimento, 1992).

Pelo sim ou pelo não, destaca-se que a posse precária jamais convalesce, pois representa uma posse revestida de abuso de confiança, sendo, portanto, considerada mera detenção, de acordo com o art. 1.198 do Código Civil de 2002.⁷⁶

DA DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA E O PROVIMENTO 149, DE 24 DE AGOSTO DE 2023

Inicialmente, merece frisar que, mesmo cuidando de um procedimento extrajudicial, a petição inicial dirigida ao

13.465/2017, decorrente do registro da legitimação de posse. Esse instrumento já estava disciplinado no art. 60 da lei 11.977/2009.

76 A precariedade está prevista no aludido artigo nos seguintes termos: considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas. Aquele que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário.

Registrador Imobiliário, assinada por advogado, deverá conter, no que couber, os requisitos do art. 319 do CPC.⁷⁷

É extremamente relevante esclarecer a modalidade (espécie) de usucapião requerida, tomando como fundamento os dispositivos legais que disciplinam o tema. Se há edificação ou qualquer acessão no bem usucapiendo, a origem e as características da posse exercidas devem ser apontadas nas datas significativas do exercício da posse.

Ainda se deve pontuar o número da matrícula, caso seja o imóvel matriculado, o nome, estado civil dos possuidores anteriores, se houver, cujo tempo de posse poderá ser somado para fins de complementação do período aquisitivo (art. 1.243, CC/2002).

A petição inicial deverá indicar o valor do imóvel usucapiendo, bem assim estar acompanhada de certidão dos órgãos municipais e/ou federais que evidencie a natureza urbana ou rural do imóvel. Tal condição poderá ser demonstrada por outros documentos hábeis.

Essa é a orientação prevista nos artigos 400 e 401 do Código Nacional de Normas do Foro Extrajudicial (Provimento n.º 149/2023 – CNFE).

A inicial deverá estar acompanhada da procuração devidamente assinada pelo interessado, com poderes específicos ao advogado, com cópias dos documentos de identificação e comprovantes de residência dos requerentes (inciso VI, art. 401, do CNFE); documentos que comprovem a posse, IPTU e TCR (se houver); comprovantes de fornecimento de água e esgoto, energia elétrica, etc.

⁷⁷ A petição indicará o registrador a quem é dirigida, os nomes, estado civil, qualificação possível dos requerentes e dos titulares do imóvel, confrontantes, descrição do imóvel, valor estimado, tal como numa petição judicial de usucapião, porém, de forma mais simples, por ser um procedimento extrajudicial.

Ficha Cadastral Imobiliária da Prefeitura, certidão negativa de débitos junto ao Município e outros documentos que possam identificar a narrativa fática alegada.

Não se pode olvidar das seguintes certidões cartorárias imobiliárias: certidão de inteiro teor de propriedade e ônus do imóvel e certidão negativa de propriedade dos demais cartórios imobiliários da Comarca, caso exista mais de uma serventia registral de imóveis, com o escopo de comprovar a inexistência de domínio de outro imóvel em nome do requerente.

A ata notarial e o memorial descritivo são documentos igualmente imprescindíveis ao regular desenvolvimento da pretensão.

A ata notarial deve ser lavrada no cartório de notas da circunscrição do imóvel, posto que não pode o tabelião de um outro município encetar diligências fora da sua área de competência, conforme preceitua o art. 9º da Lei nº 8.935/94: “O tabelião de notas não poderá praticar atos de seu ofício fora do Município para o qual recebeu delegação”.

Embora o art. 8º da aludida lei permita a livre escolha do tabelião pelos interessados, independente do “domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio”, a confecção da ata notarial exige deslocamento e, por isso, esbarra na norma anteriormente referenciada.

Segundo o art. 402 do CNFE, a ata notarial será lavrada pelo tabelião de notas do município em que estiver localizado o imóvel usucapiendo ou a maior parte dele. Podem constar da ata notarial imagens, documentos, sons gravados eletronicamente e depoimentos de testemunhas, além das declarações do requerente (§ 2º).

O tabelião de notas lavrará a ata notarial, atestando o tempo de posse do requerente e de seus antecessores, de acordo com as

circunstâncias do caso, podendo constar da ata dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos, em conformidade com a previsão tratada no parágrafo único do art. 384 do CPC.

Frise-se que o tabelião de notas possui elevada responsabilidade social e jurídica na materialização desse procedimento extrajudicial. Cabe ao notário delinear todos os dados fáticos relevantes para apoiar o pedido inaugural, sendo certo que a sua tarefa é encarar a pretensão com idoneidade, e não o contrário. O requerente está amparado por uma presunção fática de que a sua narrativa é verossímil, devendo o delegatário buscar essa confirmação via ata notarial.

A PLANTA E O MEMORIAL DESCRITIVO

Nos termos do inciso II, do art. 216-A da lei nº 6.015/73, a inicial dirigida ao Registrador de Imóveis deverá estar acompanhada da planta e do memorial descritivo do bem, assinado por profissional devidamente habilitado, com prova da ART – Anotação de Responsabilidade Técnica – no conselho de fiscalização profissional, bem assim pelos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel. Semelhante orientação foi inserida no inciso II, do art. 401 do CNFE.

A planta e o memorial descritivo independem da existência de matrícula imobiliária. É extremamente relevante que a descrição seja objetiva e clara, respeitando o princípio da especialidade, previsto no art. 225 da Lei dos Registros Públicos, porquanto será com base nesses dados que, em regra, o registrador abrirá a matrícula do imóvel, se inexistente.

Em conformidade com o preceituado no art. 196 da lei de regência, “[...] a matrícula será feita à vista dos elementos

constantes do título apresentado e do registro anterior que constar do próprio cartório”.

Em sendo assim, a planta e o memorial descritivo deverão indicar, com precisão, as características, as confrontações e a localização do imóvel usucapiendo, mencionando os nomes dos confrontantes e, ainda, quando se tratar só de terreno, se este fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro, em que quadra e a que distância métrica da edificação ou da esquina mais próxima, se possível.

O inciso IV do art. 216-A faz referência a justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel. Evidente que a expressão “justo título” deverá ser interpretada de forma mais ampla possível, no sentido de possibilitar a regularização fundiária do imóvel por meio da usucapião.

DO PROCEDIMENTO

Confeccionada a ata notarial a que alude a norma, o pedido será autuado pelo registrador, prorrogando-se o prazo da prenotação até o deferimento ou rejeição da pretensão. Como sabido, nos moldes do art. 182 da Lei dos Registros Públicos, “todos os títulos tomarão, no Protocolo, o número de ordem que lhes competir em razão da sequência rigorosa de sua apresentação”, reproduzindo-se, em cada título, o número de ordem respectivo e a data da prenotação, para fins de prioridade registral, especialmente.

Em outras palavras, o legislador estabeleceu que, se existe pedido de usucapião extrajudicial, o prazo de validade do protocolo que é de 30 dias, segundo a Lei nº 6.015/73, fica postergado até que o requerimento seja decidido pelo registrador.

Marcos Aurélio S. Viana (2016) aponta que:

O que a Lei processual criou foi um procedimento que admite seja adquirida a propriedade mediante usucapião, de caráter administrativo e que se processa perante o oficial do registro imobiliário. Não se criou uma nova espécie de usucapião, cuja regulamentação se faz pelo direito civil, sede dos direitos subjetivos. O que se buscou foi tornar mais pronta a obtenção da propriedade, o que não afasta o enquadramento em uma das espécies previstas no diploma civil ou no Estatuto da Cidade (Viana, 2016).

Se houver exigência a ser satisfeita, após o recebimento do petição, deverá o registrador indicá-la de uma só vez, articuladamente, de maneira objetiva. Caso não seja possível cumprir a exigência, o interessado deverá requerer que o pedido e a declaração de dúvida sejam remetidos ao juízo competente (juiz dos registros públicos) para dirimi-la, consoante explícita o inciso VI do art. 198 da Lei nº 6.015/73, redação dada pela Lei 14.382 de 2022.

Caso a planta não venha com a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos registrados na matrícula do imóvel usucapiendo ou dos confinantes, o respectivo titular, inclusive, eventual confinante, será notificado pelo registrador pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, “para manifestar consentimento expresso em quinze dias, interpretado o silêncio como concordância” (§ 2º, art. 216-A).

O art. 410 do Provimento n.º 149/2023 considerou implícita a outorga de consentimento, com dispensa de notificação, quando o interessado apresentar justo título ou outro instrumento que prove a existência de relação jurídica com o titular registral, somada a prova de quitação das obrigações e da ausência de ação

judicial contra o requerente ou contra seus cessionários, envolvendo o imóvel objeto da pretensão, a exemplo de compromisso de compra e venda; procuração pública em causa própria; cessão de direitos, etc.

Sobreleva ressaltar o objetivo facilitador da lei, pois, caso não seja encontrado o notificando ou caso esteja ele em lugar incerto ou não sabido, tal fato será certificado pelo registrador, que promoverá a sua notificação por edital mediante publicação, por duas vezes, em jornal local de grande circulação, pelo prazo de 15 dias cada um, interpretado o silêncio do notificando como concordância, em conformidade com o § 13 do referido artigo.

A Fazenda Pública será cientificada (União, Estado e Município), para que se manifeste no prazo de 15 dias (§ 3º). Essa notificação poderá ser por correio com Aviso de Recebimento. O Oficial de Registro poderá solicitar ou realizar diligências para a elucidação de qualquer ponto de dúvida.

Note-se que o campo de atuação do registrador foi ampliado com o escopo de desjudicializar a usucapião. No caso de ausência ou insuficiência dos documentos, por exemplo, a posse e os demais dados necessários poderão ser comprovados em procedimento de *justificação administrativa* perante a própria serventia extrajudicial, obedecendo-se, no que couber, ao que dispõe o procedimento de justificação judicial, nos moldes do § 5º do art. 381 e ao rito da antecipação de provas previsto no CPC/15.

Caberá ao registrador promover a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 dias.

Transcorrido o prazo do edital sem pendência de diligências, estando em ordem a documentação, o oficial competente registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso.

De regra, por se tratar de aquisição originária, uma nova matrícula será aberta, mesmo já existindo uma anterior em relação ao imóvel usucapiendo. A matrícula antiga será encerrada com a abertura de uma nova, com as consequentes anotações reminiscentes.

Não obstante a expressão “sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso”, prevista no § 6º, a providência mais eficaz e que respeita o princípio da segurança jurídica parece ser a abertura de uma nova matrícula para o imóvel usucapiendo, livrando-o de qualquer ônus ou eventual gravame pretérito. Essa providência parece ser a mais adequada sob o ponto de vista prático, tanto que o Provimento nº 65 do CNJ (§ 2º, art. 20) autoriza encerramento e abertura de nova matrícula nas hipóteses de a usucapição atingir fração de imóvel matriculado ou imóveis referentes, total ou parcialmente, a duas ou mais matrículas. Far-se-ão, nestes casos, as averbações dos respectivos desfalques ou destaques apontados na matrícula.

Frise-se que é permitida a utilização da usucapição extrajudicial com o objetivo de regularização fundiária de unidade autônoma situada em edifício ainda não concluído juridicamente, ou seja, mesmo com ausência de “habite-se”.

Essa é a conclusão que se tem da redação dada pelo Provimento nº 65 da Corregedoria Nacional de Justiça, segundo o qual, “a abertura de matrícula de imóvel edificado independerá da apresentação de habite-se” (§ 3º, art. 20).

De acordo com a Lei nº 14.382/2022, a documentação física apresentada pelo interessado será digitalizada, devolvida aos apresentantes e mantida exclusivamente em arquivo digital, nos termos estabelecidos pela Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça (art. 194).

DA IMPUGNAÇÃO POR EVENTUAIS TITULARES

Pode ocorrer resistência à pretensão deduzida pelo interessado, em especial, por parte de titulares de direitos registrados, como, por exemplo, o proprietário. Diversas alegações podem ser suscitadas, dentre elas, a ausência de requisitos temporais e a inexistência de posse mansa e pacífica.

Em caso de impugnação justificada do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum. Porém, em caso de impugnação injustificada, esta não será admitida pelo registrador, cabendo ao interessado o manejo da suscitação de dúvida de acordo com o art. 198 da lei de regência.

Nessa situação específica de impugnação, o pedido seguirá pelo rito do procedimento comum do CPC, com as suas devidas adequações. Contudo, a intenção do legislador foi a de conferir atribuição ao registrador, para que ele busque a melhor solução no sentido de resolver a pretensão deduzida pelo interessado. Em não sendo possível, o caminho será a judicialização.

Impõe lembrar que eventual rejeição do pedido extrajudicial não é empecilho para o ajuizamento de ação de usucapião.

IMPACTOS ECONÔMICOS IMOBILIÁRIOS DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

De acordo com dados apresentados pelo Correio Brasiliense (2019), dos 60 milhões de domicílios urbanos no país, em torno de 30 milhões não têm escritura, e cerca de 50% dos imóveis no território brasileiro possuem alguma irregularidade registral.

Existem milhares de condomínios irregulares ocupados no país por população de baixa, média e alta renda. No propósito de regularizar esse imenso passivo foi que surgiu a Lei nº 13.465/2017, com quebras de paradigmas e dispensa de formalidades previstas na Lei do Parcelamento do Solo Urbano.

O procedimento da usucapião, portanto, é considerado um dos instrumentos de Regularização Fundiária, consoante se depreende do art. 15, inciso II, da mencionada lei, bem assim conceituado como instituto jurídico de política urbana (art. 4º, inciso V, alínea j, Lei nº 10.257/2001).

Habitat para a Humanidade, destaca:

Em países em desenvolvimento, a segurança de posse da terra abrange menos de 30% dos imóveis, deixando os habitantes dos outros 70% sem a certeza de que não correm o risco de serem removidos injustamente das suas moradias. A ausência dessa segurança está presente na vida da maioria da população de baixa renda que vive em habitações irregulares, lhe privando das seguranças físicas, psicológicas e econômicas atreladas a um lar regularizado (BRASIL, 2018).

E onde se insere a usucapião extrajudicial nessas questões? Enquanto instrumento de política urbana, deve ser utilizado de forma efetiva pela sociedade civil e devidamente recepcionado pelos cartórios de imóveis, com a finalidade não só de desafogar o Sistema de Justiça, mas propiciar com eficiência a regularização do imóvel do possuidor interessado.

Essa providência de caráter social reverbera diretamente na economia do país, porquanto a manutenção desse passivo irregular acarreta prejuízos financeiros no mercado imobiliário, deixando de circular recursos, garantias bancárias de financiamento,

abrindo espaço para sonegação de tributos, o que prejudica também o erário público, que deixa de arrecadar ITBI, ITCMD e outros tributos incidentes sobre o bem. Para além disso, o cartório imobiliário com maior número de matrículas e imóveis regularizados consegue ampliar o seu fluxo de clientela, consequentemente, a sua receita.

VALORES DOS EMOLUMENTOS E A POSSIBILIDADE DA GRATUIDADE PROCEDIMENTAL

O Provimento nº 65 do CNJ orienta que, enquanto os Estados não editarem legislação específica acerca da fixação dos emolumentos, o procedimento da usucapião extrajudicial adotará as seguintes diretrizes:

ata notarial considerada ato de conteúdo econômico, tomando-se por base o valor venal do imóvel relativo ao último lançamento do IPTU ou ITR, ou, quando não estabelecido, o valor médio de mercado;

no âmbito do registro de imóveis, serão devidos, em regra, dois valores: um, pelo processamento da usucapião como valor unitário, equivalente a 50% do valor previsto na lei estadual de emolumentos para o registro do título; outro, pelo registro;

como dito, caso o pedido seja deferido, também serão devidos emolumentos pelo registro de propriedade, equivalentes a 50% do valor previsto na lei estadual de emolumentos para um registro de escritura pública (BRASIL, 2018).

Impõe ressaltar, no entanto, que as diligências, reconhecimento de firmas, notificações, atos preparatórios e instrutórios

para lavratura da ata notarial, buscas e editais serão considerados atos autônomos para efeito de cobrança de emolumentos, devendo haver adiantamento dessas despesas, segundo o Provimento nº 65 do CNJ.

Com todo o respeito ao aludido ato normativo, instituído para uniformizar regras sobre o tema, verifica-se que os valores exigidos afastam os requerentes de baixa renda, ficando o custo quase superior às custas processuais iniciais de uma ação judicial de usucapião.

A cobrança da ata notarial com valor econômico já deveria envolver todas as diligências decorrentes dos atos preparatórios e instrutórios da citada ata (§ único, art. 26). E, no âmbito da serventia registral, o pagamento do valor do processamento também deveria abraçar todas os eventuais custos acessórios internos do cartório. Todavia, parece não ter sido esse o entendimento da Corregedoria Nacional de Justiça.

Para além disso, resta pontuar que a gratuidade forense prevista no art. 98 do CPC/15 merece ser extensiva aos serviços notariais e registrais destinados às pessoas de baixa renda. A responsabilidade social do delegatário do serviço é digna de ser revisitada pelas Corregedorias da Justiça dos Estados e Distrito Federal, no sentido de recomendar aplicação de determinado percentual de seus serviços à população carente.

Não se vislumbra quebra do princípio que assegura o direito à percepção integral dos emolumentos pelos delegatários, haja vista que os serviços extrajudiciais, embora exercidos em caráter privado, constituem serviços delegados pelo Poder Público (art. 236, CF/88).

Não se afigura razoável, portanto, destinar esse valioso instrumento da usucapião extrajudicial apenas para pessoas financeiramente abastadas, o que parece não ter sido o objetivo

do legislador ao estabelecer esse procedimento de desjudicialização processual.

No âmbito do Estado da Paraíba, tem-se que a matéria da gratuidade está regulamentada no Código de Normas Extrajudicial da Corregedoria Geral da Justiça, no Título X, destinado aos EMOLUMENTOS, CUSTAS E DESPESAS:

Art. 244. No caso de gratuidade advinda de requerimento formulado por pessoa reconhecidamente pobre, o estado de pobreza será comprovado por declaração do próprio interessado ou a rogo, tratando-se de analfabeto, neste caso, acompanhada da assinatura de duas testemunhas.

§ 4º Havendo fundada dúvida quanto à condição de pobreza, o delegatário poderá inquirir o interessado a fim de avaliar a existência ou não da condição declarada.

§ 5º Se o registrador se recusar a praticar o ato gratuitamente, emitirá declaração na qual fará constar os motivos da recusa, em duas vias, sendo uma entregue ao interessado e a outra permanecerá arquivada na serventia.

§ 6º Insistindo o interessado na prática do ato na forma gratuita, deverá o registrador impugnar o pedido perante o Juiz Corregedor Permanente da Comarca, instruindo-o com documentos que comprovem o alegado ou com indicação de testemunhas, observando-se, no que couber, o procedimento contido no arts. 252 a 262 (BRASIL, 2023).

Jeferson Luciano Canova (2017) discorre com maestria sobre o tema da gratuidade dos serviços extrajudiciais aos necessitados:

[...] o serviço público de natureza forense, ao migrar, em parte, para os Cartórios Extrajudiciais, continua circundado pelas mesmas prerrogativas de acesso, tais como a representação por advogado e concessão da gratuidade para os hipossuficientes. A título de argumentação, seria de duvidosa constitucionalidade a lei que viesse tolher dos hipossuficientes a gratuidade dos serviços com natureza forense, quando prestados pelos Cartórios Extrajudiciais (Canova, 2017).

Não se pode olvidar que a atividade desenvolvida no procedimento da usucapião extrajudicial é de natureza jurídica e íntegra, no sentido *latu sensu*, os serviços forenses do Sistema de Justiça. Não aparenta justo, tampouco constitucional, deixar as pessoas de baixa renda de fora do procedimento da usucapião extrajudicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi possível observar, mesmo de forma geral, que o procedimento de usucapião extrajudicial tem repercussões de ordem social e econômica, não apenas jurídica. O acesso à regularização fundiária deve ser tratado como política pública *perene* e envolver todos os segmentos da sociedade civil organizada, União, Estados, Municípios, órgãos do Judiciário e serviços auxiliares da Justiça, incluindo-se aí os cartórios extrajudiciais (arts.103-B, § 4º, I e III, e 236, § 1º, da Constituição Federal).

Quebrar paradigmas e regras excessivamente formais no intuito de reduzir o passivo irregular dos imóveis, ainda que atinja tão somente a regularização jurídica do bem, desde que não esteja em desacordo com as normas de sustentabilidade

ambiental, propicia desenvolvimento econômico e social, gera negócios e recolhimento de impostos, ampliando o poder de crédito aos possuidores dos imóveis objeto de usucapião. Para além disso, desafoga o Sistema de Justiça já tão combalido com o elevado número de ações judiciais e expande o leque de atividades nas serventias extrajudiciais de notas e registros imobiliários, com aumento do número de matrículas e de imóveis regularizados, prontos para futuros negócios.

É preciso, portanto, que se abra amplo diálogo para aprofundar estudos sobre o tema relacionado ao procedimento da usucapião, a fim de encontrar, de modo definitivo e em todos os Estados da Federação, uma solução uniforme para a questão da gratuidade em benefício dos mais necessitados e outras nuances que possam incrementar a realização da usucapião extrajudicial pelos cartórios, tendo em vista que a situação da regularização fundiária envolve a própria dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07 setembro. 2023.

BRASIL. Código Nacional de Normas do Foro Extrajudicial. Provimento nº 149, de 24 de agosto de 2023, do CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/codigo-nacional-de-normas-da-corregedoria-nacional-de-justica-v6-23-08-2023.pdf>. Acesso em: 20 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 29 de novembro de 1973.** Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, [1973]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16001.htm. Acesso em: 07 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 13 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1973]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm. Acesso em: 07 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2001]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em: 07 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 04 set. 2023.

CANOVA, Jefferson Luciano. **A gratuidade dos serviços forenses prestados pelos Cartórios de Notas e de Registros de Imóveis.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/260465/a-gratuidade-dos-servicos-forenses-prestados-pelos-cartorios-de-notas-e-de-registro-de-imoveis>. Acesso em: 07 set. 2023.

RIBEIRO, Luiz. Metade dos imóveis no país são irregulares, segundo ministério. **Correio Braziliense**. Minas Gerais, 28 jul. 2019. Disponível em: <https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/07/28/interna-brasil,774183/imoveis-irregulares-no-brasil.shtml>. Acesso em: 07 set. 2023.

FUKASSAWA, Fernando. **Regularização Fundiária Urbana**. São Paulo: Saraiva, 2013.

KRAMBECK. A usucapião extrajudicial diante do fenômeno da desjudicialização do direito brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6589, 16 jul. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/91913>. Acesso em: 7 set. 2023.

LENZI, Márcio Timotheo. **Aplicação da Justiça Gratuita Extensiva aos efeitos Extrajudiciais**. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/feitos-extrajudiciais>. Acesso em: 07 set. 2023.

LISBOA, José Herbert Luna. **A Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia e a Regularização Fundiária: Institutos Jurídicos de Política Urbana, nos termos da lei nº 13.465/17**. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

LOUREIRO, Franciso Eduardo. Código Civil Comentado. Doutrina e Jurisprudência. (coord.) César Peluso. Barueri, SP: Editora Manole, 2012.

NASCIMENTO, Tupinambá M. C. do. **Usucapião**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

NEVES. A usucapião por abandono de lar. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6716, 20 nov. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/94928>. Acesso em: 12 set. 2023.

ONU HABITAT BRASIL. **Direito à Terra Urbana e Moradia**. Disponível em: <https://habitatbrasil.org.br/projetos/advocacy/terra-urbana-moradia/>. Acesso em: 07 set. 2023.

PARAÍBA. **Código de Normas Extrajudicial do Tribunal de Justiça do Estado**. Disponível em: <https://corregedoria.tjpb.jus.br/legislacao/codigo-de-normas-cgjpb-extrajudicial/>. Acesso em: 07 set. 2023.

SALEME, Edson Ricardo. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2018.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Direito Imobiliário. Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SILVA, Alexandre Barbosa da. **Propriedade sem registro**. Contrato e Aquisição da Propriedade Imóvel. Curitiba: Juruá, 2018.

VIANA. Usucapião extrajudicial: Código de Processo Civil de 2015, art. 1.071. Art. 216-A da Lei dos Registros Públicos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4637, 12 mar. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47167>. Acesso em: 7 set. 2023.

VILAS BOAS, Rodrigo. **Usucapião Extrajudicial Otimizado**. 4. ed. – Revisada e Atualizada. Recife: Extrajus, 2021.

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR INCUMPRIMENTO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

*Juliana Duarte Maroja*⁷⁸

INTRODUÇÃO

Enquanto, no Estado Liberal, os remotos Códigos Civis, frutos de um pensamento burguês, concentravam toda a regulação da vida civil do indivíduo e primavam pela não intervenção do Estado nas relações privadas e no controle do poder econômico, visando proteger a liberdade contratual, a autonomia de vontade e o direito de propriedade; o Estado Social procurava interferir na ordem privada e no controle do poder econômico, apresentando uma busca pela garantia aos indivíduos do mínimo existencial ou de instrumentos para alcançá-los.

Os pensamentos sociais pós-guerras galgaram uma nova era interventiva do Estado nas relações privadas, resultando em consideráveis mudanças nas ordens constitucionais, as quais adotaram como primazia a dignidade humana e valorização do ser humano.

78 Juíza do Tribunal de Justiça da Paraíba – TJPB. Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa (Portugal).

Nesse contexto de mudanças de paradigmas, as normas disciplinadoras do Direito de Família também passaram a refletir as condições e modelos sociais, morais e religiosos dominantes na sociedade em cada época, abandonando a família o conceito de núcleo impermeável e intangível às intervenções corretivas e de orientação do Estado.

Entretanto, conquanto pacificado o pensamento acerca da possibilidade de o Estado intervir nos tratados privados e, igualmente, nas relações familiares, persistem as controvérsias acerca dos limites dessa ingerência em contraposição com a autonomia da entidade familiar; e, ainda, a confrontação entre o exercício do poder familiar e a valorização do filho no universo da relação de filiação.

A propósito, ressurgiu, também, nessa conjuntura, a necessidade de se perquirir sobre a quebra do protótipo da concepção do que vem a ser poder familiar ou responsabilidades parentais. É imprescindível analisar se consiste em um poder ou em uma atribuição a (im)permeabilização de direitos e deveres na célula familiar; a condição do filho como sujeito de direitos e, como tal, a ausência ou presença da subordinação na relação entre pais e filhos.

Ultrapassada a indispensabilidade de compreender sobre as questões acima expostas, também merece relevo a seguinte indagação: Qual o limite da ingerência do Estado nas relações familiares em contraposição à sua imunidade?

Assim, dada a relevância das responsabilidades parentais, o objeto do presente trabalho consiste em uma pesquisa bibliográfica de cunho explicativo que pretende analisar a responsabilidade dos pais e o eventual dever de compensar o dano causado aos filhos pelos transtornos relacionados ao descumprimento dos deveres jurídicos principais e acessórios decorrentes do poder familiar.

Assim, tratando-se de abordagem relativa à responsabilidade civil por incumprimento dos deveres jurídicos inerentes ao poder-dever familiar, o fato gerador a ser analisado consiste nas responsabilidades parentais, as quais apenas subsistem quando da menoridade, embora suas consequências possam manifestar-se após a maioridade civil.

Ademais, será necessário fundamentar a possibilidade de incidência das regras gerais da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família, baseando-se no incumprimento de um dever jurídico preexistente, concedendo-lhe, pois, *substrato jurídico*, abandonando a retrógrada concepção de que a fundamentação da prática de atos ilícitos na relação pais e filhos estaria fadada aos meros valores morais abstratos e eivada de emotividade.

Por isso, serão abordadas linhas gerais sobre a constitucionalização do Direito Civil, com a conseqüente intervenção do Estado nas relações familiares, advinda como reflexo da mudança do Estado Liberal para o Estado Social. Em seguida, analisar-se-á a proteção legal conferida à instituição familiar no sistema jurídico luso-brasileiro.

Também são abordados os pressupostos da responsabilidade civil por descumprimento de deveres provenientes do poder familiar (fato voluntário do agente: ação ou omissão dos genitores; ilicitude; culpabilidade: dolo e culpa do agente causador do dano; dano e nexo de causalidade).

E, por fim, não menos importantes serão expostas algumas condutas passíveis de ser consideradas como ilícitos civis, e suscetíveis de gerarem o dever de indenizar, mais presentes no cotidiano forense. Sem olvidar outras violações, tais como a ausência de reconhecimento voluntário da paternidade, a inatendimento do dever de alimentar, o exercício do poder familiar

de forma abusiva com atos de violência doméstica, enfermidades contraídas por contágio e transmitidas pelos pais, dentre outras.

O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA: BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A INTERVENÇÃO DO ESTADO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Como colônia portuguesa, no período anterior ao Código Civil de 1916, o sistema jurídico brasileiro era regido pelas normas contidas nas Ordenações Filipinas. O primeiro Código Civil Brasileiro (Lei n. 3.071) foi publicado em 05 de janeiro de 1916, com início para sua vigência em 01 de janeiro de 1917. Herança do Código Napoleônico, nítida era a dicotomia existente na época entre o direito público e o direito privado.

Já as Constituições Federais vigentes durante o Estado liberal tratavam basicamente da divisão e estrutura dos poderes e garantiam apenas os designados *direitos de primeira geração*, segundo os quais a liberdade do indivíduo deveria ser respeitada pelo Estado. Eram diplomas eminentemente políticos, sem força normativa, visto que dependiam do poder legislativo para adquirir aplicabilidade.

Sob forte influência do Código Oitocentista Napoleônico, os remotos Códigos Civis, por seu turno, frutos de um pensamento burguês, concentravam toda a regulação da vida civil do indivíduo e primavam pela não intervenção do Estado nas relações privadas e no controle do poder econômico, visando proteger a liberdade contratual, a autonomia de vontade e o direito de propriedade.

O diploma civil brasileiro herdou do Código Civil Francês de 1804 um caráter eminentemente patrimonial e individualista, extensivo também ao Direito de Família, sendo considerados

irrelevantes os aspectos afetivos da relação familiar. Passou a legitimizar como família apenas aquela constituída pelo casamento; também estabeleceu a diferenciação entre os filhos havidos fora do matrimônio; assim como a hierarquização e o patriarcalismo na direção da família, a indissolubilidade do casamento e a imoralidade das relações de fato.

A família nuclear era formada pelos cônjuges e os filhos biológicos advindos do matrimônio (relação triangularizada). O homem exercia a função de chefe da sociedade conjugal, cabendo-lhe a representação legal da família, a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher – quando lhe fosse outorgada a incumbência de administrá-los, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial – e, ainda, o direito de fixar o domicílio da família e a obrigação de prover a manutenção desta.

A indissolubilidade do matrimônio conduz à ilação de que o aspecto anímico da afetividade não era considerado; eis que o indivíduo deveria permanecer *ad eternum* ostentando a condição de casado, em razão de um vínculo jurídico anteriormente firmado, salvo se optasse em viver às margens da sociedade. Ademais, a família matrimonializada, indissolúvel e hierárquica apresentava-se como meio de garantir que o patrimônio acumulado pela burguesia, dominante à época, não fosse transferido para outras pessoas de classes sociais diversas.

Por outro lado, a industrialização e o regime capitalista fizeram surgir evidentes e palpáveis discrepâncias entre as classes sociais e, conseqüente e paralelamente, a concepção da necessidade de intervenção estatal nas relações privadas com o escopo de se garantir uma justiça social; o que se intensificou após a Primeira Guerra Mundial. Concomitantemente a essa necessidade, foi surgindo a de promulgação de leis esparsas para regulamentarem principalmente matérias da seara econômica.

Nesse contexto, eclodiram diversificados microssistemas legais; o que foi paulatinamente enfraquecendo a centralização da legislação civil codificada. Surgiu, também, a posituação constitucional dos denominados *direitos de segunda geração*, constituídos pelos direitos sociais. Dessa maneira, de uma forma ainda tímida, mas relevante, passou o Estado a interferir na ordem privada e no controle do poder econômico. A ideologia social intervencionista foi firmando-se gradativamente, com o intuito de garantir aos indivíduos o mínimo existencial, ou instrumentos para alcançá-lo.

Com o advento das normas de terceira dimensão, alicerçadas na solidariedade e fraternidade, a dignidade humana e valorização do ser humano galgaram, em alguns sistemas legislativos, a condição de princípios constitucionais. Isso acarretou uma maior intervenção da ordem pública nas relações privadas, ao mesmo tempo em que também se impunha ao Estado a observação e cumprimento das próprias normas por ele edificadas. Dessa forma, buscava-se evitar a repetição das atrocidades praticadas nos períodos de guerra contra o indivíduo, sob o argumento da legítima atuação estatal baseada no interesse público.

Tal ingerência estatal decorreu da necessidade de se conferir eficácia aos direitos fundamentais e sociais constitucionais, não apenas na relação firmada entre indivíduo e Estado – e vice-versa –, mas igualmente naquela travada entre particulares. Ambas eram consideradas relevantes para a estabilidade da ordem pública, dada a percepção de que o desequilíbrio entre as partes também pode ocorrer nas relações de cunho eminentemente privado.

No âmbito do Direito de Família – partindo da premissa que é a família o primeiro ambiente social em que o indivíduo firma seus vínculos sociais, e cujas consequências terão reflexos

mediatos e imediatos em toda a sociedade; e mais, que o ser humano é mais propenso a alcançar sua realização pessoal no seio familiar quando firmes seus laços afetivos, os quais não necessariamente são oriundos do vínculo biológico –, a própria sociedade foi aos poucos abandonando a ideia de família como sendo apenas uma unidade de constituição e transmissão patrimonial.

A FAMÍLIA E SUA PROTEÇÃO LEGAL NO SISTEMA JURÍDICO LUSO-BRASILEIRO

As Constituições Federais do Brasil dos anos de 1934, 1937, 1946 e 1967, sob a guarida da forte influência do direito canônico, apesar de não apresentarem definição sobre o conceito de família, reconheciam-na apenas como aquela constituída mediante o casamento, o qual era considerado indissolúvel (art. 144, art. 124, art. 163 e art. 167, § 1º, respectivamente).

Foi na transição do Estado Liberal para o Social, advinda com a Constituição Federal de 1934, que a família recebeu proteção jurídica pela primeira vez na Lei Maior. Mas foi a Constituição Federal de 1988 o diploma constitucional que mais estampou uma função intervencionista, protetora e reguladora do Direito de Família, atuando como verdadeiro fundamento de validade e orientação na interpretação das normas jusfamiliares.

Embora contendo os direitos considerados de terceira geração, também não conceitua a família, entretanto a reconhece como aquela constituída pelo casamento (art. 226, § 1º), pela união estável (art. 226, § 3º) e pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, 4º). Assim, passou a ser merecedora de tutela do Estado não só a família firmada por meio das relações de sangue, mas, sobretudo, aquelas traduzidas em uma *comunhão espiritual e de vida*.

Sem adentrar profundamente a questão constitucional, percebe-se que a Constituição Federal de 1988 não restringe a configuração da família àquelas constituídas mediante o casamento, união estável ou famílias monoparentais, apenas as elencam como formas de constituição.

Assim, as espécies de entidades familiares mencionadas no diploma constitucional são meramente enunciativas, podendo advir outras formas de constituição familiar por meio de normas infraconstitucionais. Em simetria, o Código Civil brasileiro de 1916 também apresentou apenas formas de constituição da família legítima, cuja relação familiar se estabelecia por meio do matrimônio e, ainda, por vínculos biológicos e jurídicos (adoção).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) define a família natural como a comunidade formada pelos pais – ou qualquer um deles – e seus descendentes; e família extensa ou ampliada, como aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (art. 25).

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal, por meio dos hodiernos e simbólicos julgamentos proferidos nas ADI n. 4.277/DF e ADPF n. 132/RJ, passou a reconhecer a existência de união estável de pessoas do mesmo sexo, denominada de união homoafetiva, atribuindo-lhe a condição de entidade familiar. Conferindo, assim, novo contorno jurídico ao disposto no art. 1.723 do Código Civil brasileiro.

Dada a inexistência de norma legal infraconstitucional acerca do tema, o Conselho Nacional de Justiça, em 14 de maio de 2013, por meio da resolução n. 175, passou a disciplinar administrativamente a habilitação e a celebração de casamento civil

ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

OS EFEITOS DA FILIAÇÃO

A relação paterno-filial natural eclode, no mundo jurídico, a partir de um fato jurídico *strictu sensu* que, no caso em apreço, dá-se por meio de um evento biológico. A constituição da filiação biológica, por seu turno, dá-se com o nascimento, com vida, da criança. Entretanto, os efeitos decorrentes da filiação ou do parentesco só serão atendíveis se a filiação se encontrar legalmente estabelecida, por meio da confecção do registro de nascimento, que apenas possui efeito declaratório. Nesse compasso, os efeitos da filiação retroagirão à data do nascimento do indivíduo.

Constituída e registrada a filiação, emergem efeitos jurídicos relativos ao filiado (filho) e aos seus genitores. Dessa forma, como primeiro efeito, tem-se o direito personalíssimo, indisponível e imprescritível à filiação propriamente dita, que consiste no reconhecimento do mundo jurídico em integrar um organismo familiar, com a sequente identificação não só dos genitores, mas de toda sua ascendência. Trata-se do direito à busca da ancestralidade.

O direito de conhecer a origem biológica constitui um direito geral da personalidade e deriva dos princípios da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade. O direito à identidade pessoal determina o conjunto de características pelas quais o indivíduo define sua personalidade e se diferencia dos seus semelhantes. A privação de conhecer um dos elementos da respectiva origem implica em impedir o pleno desenvolvimento da personalidade.

Como forma de garantir o direito à ciência de sua origem biológica, o art. 48 do ECA passou a conferir ao adotado o direito de conhecê-la, mediante acesso aos dados contidos no processo de sua adoção, ao completar 18 anos; ou, se menor, com assistência jurídica e psicológica. Importante salientar que o exercício de tal faculdade não conduz ao desfazimento da relação de parentesco firmada pela adoção, por ser a mesma inviolável e irrevogável (art. 39, § 1º do ECA).

Da filiação também decorre o direito ao nome e à descendência – aqui considerada em sentido amplo, não se restringindo apenas aos genitores – os quais incorporam o direito à identidade pessoal. Segundo Carla Amado Gomes (2009), esse direito decorre do mero fato do nascimento, ou, se não nesse momento, em momento posterior, por força do reconhecimento voluntário (perfilhação) ou judicial.

As responsabilidades parentais e os deveres paterno-filiais também se apresentam como efeitos da filiação. Constituindo-se a paternidade e ou maternidade, emerge, conseqüentemente, a obrigatoriedade pelos genitores à estrita obediência aos deveres jurídicos em relação à prole, enquanto esta ostentar a condição de civilmente incapaz. Os deveres paterno-filiais também são considerados efeitos da filiação, os quais subsistem após o alcance da capacidade civil, por meio do advento da maioridade ou emancipação. Funda-se no princípio constitucional da solidariedade e compreende o dever de respeito, auxílio e assistência.

Sob o pensamento consubstanciado na base patriarcal da família, a norma material revogada dispunha que, durante o casamento, embora competisse aos pais o pátrio poder, caberia ao marido exercê-lo com a colaboração da mulher e, havendo divergência quanto ao seu exercício, prevaleceria a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para a solução

da dissensão (art. 380 do CCB de 1916), revelando uma nítida subordinação de todos membros da família à vontade paterna.

Com o advento da nova ordem jurídica imposta pela Constituição Federal brasileira de 1988, a qual estabelece a igualdade entre homens e mulheres na aquisição de direitos e obrigações (art. 5º, I), o Código Civil vigente e o Estatuto da Criança e do Adolescente desacolheram a expressão *pátrio poder* e passaram a empregar *poder familiar*, abandonando a ideia de preponderância do homem sobre a mulher, inclusive no seio familiar (art. 1.631 do CCB e art. 26 da Lei n. 8.069/90).

Analisando os dispositivos legais atinentes ao exercício do poder familiar, infere-se que os deveres impostos se revelam em benefício da pessoa do vulnerável com vistas a garantir tanto seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (art. 227 da CF e art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente) quanto a administração dos seus bens.

Nesse sentido, é primário afirmar que o poder familiar se resume à representação do incapaz e administração do seu patrimônio. Com efeito, o poder familiar desdobra-se em dois aspectos: a) sob a perspectiva pessoal, que compreende a guarda, educação e correção; b) sob a perspectiva patrimonial, que diz respeito à administração do patrimônio e usufruto desses bens.

É mister salientar que, em relação ao aspecto patrimonial, os pais, na condição de administradores dos bens dos filhos menores de idade, têm o direito de usar e gozar do seu patrimônio, pois, caso contrário, seriam equiparados aos empregados em geral. Tal assertiva evidencia-se com clareza no Código Civil português, que trata, em dispositivos legais distintos, a responsabilidade parental relativamente ao plano pessoal (art. 1.885 ao art.

1.887-A) e ao plano patrimonial. Este, por sua vez, compreende o poder-dever de administração dos bens e de representação.

A denominação atualmente acolhida no sistema brasileiro (poder familiar) apresenta-se inadequada, uma vez que os deveres decorrentes da filiação conferidos aos genitores não constituem um poder, indicando equivocadamente a noção de faculdade em agir, subordinação e um exercício realizado no interesse próprio. Deveras, o emprego da expressão responsabilidade parental apresenta-se mais pertinente, por revelar a imposição de um múnus, exercido no interesse de outrem.

A RESPONSABILIDADE PARENTAL COMO UM PODER-DEVER: O EXERCÍCIO DE UM MÚNUS PAUTADO NO INTERESSE DE OUTREM

Com a eclosão da nova realidade jurídica pós-moderna, advinda com a despatrimonialização e publicização do direito civil, em que se reconhece o pluralismo de sujeitos e se privilegia a pessoa em detrimento de seu patrimônio, passaram os diplomas legais a reconhecer a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres – extirpando-se o entendimento da prevalência da autoridade paternal sobre a maternal – ao tempo em que a denominação *pátrio poder* foi substituída para *poder familiar* no Código Civil de 2002. No sistema jurídico português, o poder paternal passou a denominar-se *responsabilidades parentais* (Lei n. 61/2008).

Observa-se, pois, que o dever de um dos sujeitos e o direito de outro se fundem em um único dispositivo legal, dentro de um contexto homogêneo, cujo dever de cumprir do genitor/responsável acarreta o direito de receber do incapaz, conferindo-lhe o direito de ação em caso de omissão daquele.

Nesse sentido, aborda José Casalta Nabais (2017, p.295) que os deveres fundamentais dos pais consistentes na manutenção e educação dos seus filhos constituem uma complexa configuração por se apresentarem simultaneamente um direito-dever de liberdade dos pais, correlativo ao direito dos filhos, mencionando, ainda, que tais deveres apresentam conteúdo positivo simultaneamente à prestação de fato (*facere*) e prestação de coisa (*dare*).

Dessa forma, a concepção da família-instituição cede lugar à percepção da família como instrumento de materialização da dignidade do indivíduo. Para tanto, confere-se a todos os componentes da entidade familiar direitos e deveres – por muitas vezes fundidos em um único dispositivo legal – tornando-os, então, sujeitos da relação e titulares de direitos subjetivos. Assim, sendo o filho incapaz sujeito de direitos, e não mais o objeto da relação parental, o exercício das responsabilidades parentais tem um fim voltado para o melhor interesse da prole, sendo esse elemento preponderante nessa relação jurídica de filiação.

No contexto atual, o poder familiar ou responsabilidade parental não constitui tão somente um poder, uma vez que seu exercício não contempla apenas direitos, ou faculdades de agir. Também não consiste unicamente em um dever, visto que não se resume à imposição de deveres jurídicos.

CARACTERÍSTICAS DA RESPONSABILIDADE PARENTAL

O poder dever dos pais visa proteger os civilmente incapazes e promover sua valorização, garantindo-lhes um desenvolvimento físico, intelectual e moral. Sob tal ótica, os valores específicos do poder familiar – a autoridade paterna e a obediência filial – não se revestem de caráter material, mas de *instrumentos* para garantir

a consecução e proteção dos bens de personalidade de que os civilmente menores são titulares.

O exercício do poder familiar é personalíssimo à pessoa dos genitores, visto que lhes compete privativamente tal mister (art. 1.634 do CCB e art. 1878º, n. 1, do Código Civil Português). Tal característica descortina-se como uma garantia tanto dos filhos quanto dos pais, na medida em que lhes é assegurado o direito de exercer tal múnus.

Sendo o poder familiar consequência da filiação, apresenta-se como um dever irrenunciável (art. 1882º do Código Civil português), pois inexistente a faculdade de não o exercer. Como tal, revela-se também como intransmissível, haja vista a impossibilidade de quem está investido do poder familiar transferir deliberadamente tal atribuição a outrem.

E, ainda, sendo as normas relativas ao poder familiar de caráter imperativo e de ordem pública, não é facultado aos progenitores deliberarem sobre o conteúdo dos deveres e atribuições conferidos. Como tais, não se adquirem nem se perdem pela prescrição.

A característica da funcionalidade conduz à percepção de vinculação do exercício do poder familiar ao fim a que se destina, mas não quanto aos meios empregados, os quais são, regra geral, eleitos pelos progenitores. Ou seja, no campo da relação jurídica estabelecida entre pais e filhos, é conferida àqueles uma discricionariedade no sentido de que a liberdade de escolher a forma pela qual pretende educar e criar seu filho encontra-se limitada pela prevalência do interesse do vulnerável. Outrossim, o poder familiar fundamentado na menoridade também apresenta a característica da transitoriedade, pois tem como termo *a quo* o nascimento do indivíduo como vida e, como termo *ad quem*, o alcance da maioridade civil.

De forma elucidativa, Jorge Duarte Pinheiro (2011) esclarece que, da filiação – espécie de parentesco – decorrem tanto os deveres paterno-filiais quanto as responsabilidades paternas, ressalvados os casos em que tais atribuições são conferidas, legal ou judicialmente, em favor de terceiros.

Enquanto os deveres paterno-filiais perduram durante toda a existência da relação filiativa, as responsabilidades paternas são dotadas de transitoriedade, visto que persistem apenas quando da menoridade, cessando tal incumbência quando o filho alcança a maioridade civil (Art. 5º do Código Civil brasileiro e art. 130 do Código civil português). Assim, os deveres paterno-filiais e responsabilidades parentais coexistem enquanto perdurar a menoridade civil, excluindo-se a última com o advento da maioridade civil ou emancipação.

Os deveres paterno-filiais no sistema brasileiro estão previstos no art. 229 da Constituição Federal de 1988. Consistem nas obrigações de assistir, criar e educar os filhos, reforçadas pelas responsabilidades parentais elencadas no art. 1.634 do Código Civil e pelo art. 22 da Lei n. 8.069/90. Já no ordenamento jurídico português, os deveres paterno-filiais – que perduram mesmo após o alcance da maioridade civil ou emancipação – estão elencados no art. 1.874º, n. 1, do seu Código Civil, o qual estabelece que pais e filhos se devem, mutuamente, respeito, auxílio e assistência.

O auxílio compreende a questão relativa ao princípio da solidariedade familiar (que não se restringe ao auxílio material, mas engloba o amparo moral); enquanto a assistência refere-se à manutenção financeira.

O dever de criação consiste na atribuição dos pais em prestar aos seus filhos os mecanismos necessários que garantam o seu desenvolvimento físico, intelectual e moral. Trata-se da criação, do cuidado diário propriamente dito; incluindo, no dever de

criação, os deveres de se conferir segurança e resguardar a saúde dos filhos.

Do dever de criação, desdobram-se outros direitos-deveres jurídicos que viabilizam sua concretização, pois sem o direito-dever de guarda, de dar educação, de ter os filhos sob sua companhia, dentre outros, não há como dar efetividade ao sadio desenvolvimento do vulnerável, por meio de uma boa criação.

No âmbito da educação, aos pais competem o direito e o dever de educar seus filhos (art. 227 da CFB e art. 36º, n. 5, da Constituição portuguesa), que reside na faculdade de definição e execução das linhas de formação intelectual, espiritual, moral e profissional dos seus filhos, cabendo-lhes o dever de propiciar-lhes educação.

Sob o aspecto da educação como processo de socialização e aculturação, desdobra-se o poder de correção razoável e moderada dos pais, com natureza pedagógica e não punitiva; e, em contrapartida, o dever de obediência e respeito dos filhos, consistente no cumprimento às ordens lícitas dadas pelos seus progenitores no exercício de suas faculdades.

Também como um dos atributos do poder familiar tem-se o dever de companhia e guarda (art. 1.634, inciso II, do CCB), apresentando-se como corolário do direito fundamental de convivência familiar (art. 227 da CFB) e do princípio constitucional português da inseparabilidade de pais e filhos (art. 36, n. 4, da CRP).

Dos deveres de companhia e guarda, decorrem o efeito da fixação do domicílio e o direito de permanência do menor na casa paterna ou naquela que seus genitores lhe destinaram. É facultada aos pais e, em caso de urgência, às pessoas a quem eles tenham confiado o menor, a possibilidade de reclamá-lo, recorrendo, se for necessário, ao tribunal ou à autoridade competente, caso o vulnerável a abandone ou dela seja retirado (art. 1187º do CCP).

O exercício dos deveres de companhia e guarda e a consequente fixação do domicílio dependerão da situação conjugal vivenciada pelos genitores, uma vez que, como regra geral, estão ambos os genitores incumbidos de tal mister, havendo regras legais específicas quando se encontram separados de fato ou judicialmente e quando houver limitação, suspensão ou extinção do poder familiar.

Importante salientar que, em se tratando da hipótese de inexistência de vida conjugal entre os pais, quando a guarda é conferida a um dos genitores, a falta de convivência com os filhos sob o mesmo teto não limita nem exclui o poder-dever familiar de ambos os titulares.

No tocante aos deveres de companhia e guarda, desdobra-se o dever de visitação. Este consiste em encontros periódicos, deliberados consensual ou judicialmente, em que é oportunizado ao genitor que não goza da guarda e custódia do filho o exercício do seu *múnus*; salvo em situações consideradas excepcionais, em que restem comprovadas razões de incompatibilidade entre o exercício de convivência do genitor e o melhor interesse do filho.

O contato pessoal entre filhos e pais concretiza a prerrogativa constitucional da convivência familiar e comunitária (art. 227 da CFB), apresentando-se inexoravelmente fundamental para a formação e desenvolvimento da personalidade do ser humano em crescimento. Por essa razão, pode-se afirmar que se trata de um dever jurídico, e não de uma mera faculdade de agir.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE PAIS E FILHOS

Os membros que compõem a unidade familiar – titulares das garantias constitucionais – passam a gozar de direitos e

deveres jurídicos. Enquanto aos pais é garantido o direito de ter seus filhos sob sua companhia, de educá-los e criá-los; aos filhos garante-se o direito de ter uma família (biológica ou substituta), preferencialmente composta por seus genitores, de receber educação e sustento e, dada sua condição de vulnerabilidade, que o exercício do poder-dever dos pais atenda seu melhor interesse moral e social.

O descumprimento da responsabilidade parental pelos genitores – ou terceiros incumbidos de tal mister – poderá acarretar sérias consequências de natureza psíquica, moral e social, as quais serão involuntariamente suportadas pelo vulnerável, enquadrando-se como violação aos direitos de dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso II, e no art. 1º, respectivamente, das Constituições Federais brasileira e portuguesa). Diz-se involuntariamente, porque o filho é fruto da educação recebida dos seus familiares e, na condição de vulnerável, certamente não disporá de meios para se insurgir contra atos praticados pelos genitores, restando-lhe apenas a absorver e conviver com o desinteresse parental.

A ideia de prejuízo logo nos remete ao instituto da responsabilidade civil, o qual surge da necessidade de ressarcimento de danos. Assim, incide no dever de reparar (art. 927 do CCB e art. 483 CCP) aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187 do CCB e art. 483 do CCP), acarreta dano a outrem.

Nesse sentido, há necessidade de se perquirir com cautela e de forma individual cada situação colocada em apreço, uma vez que nem todo descumprimento do poder-dever familiar importa em ilícito civil e nem todo ilícito civil gera dano passível de indenização; principalmente quando os atos e consequências questionáveis são praticados em ambientes eminentemente emotivos, nos quais naturalmente não se vivenciam relações impessoais.

Relevante é a função daqueles que exercem o poder familiar, a ponto de culminar em considerável interferência do Estado, o qual garante a obtenção de direitos e impõe a aquisição de deveres mínimos nas relações familiares interpessoais e nas de seus membros com a sociedade.

O descumprimento de algum dos deveres jurídicos compreendidos no âmbito da responsabilidade parental pode acarretar consequências morais, emocionais e sociais para os filhos, que figuram como vítimas e, dada a condição de vulnerabilidade, não dispõem de instrumentos capazes de impedir tal descompromisso com o dever de cuidado.

Apenas a título ilustrativo, o Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Políticas Públicas do Álcool e Outras Drogas (INPAD) divulgou o resultado parcial de uma pesquisa realizada sobre a violência entre crianças e adolescentes e o uso de drogas. Concluiu-se que a exposição ao abuso físico e psicológico na infância acarreta desfechos negativos na saúde física e emocional na vida adulta, com aumento significativo da predisposição à depressão e, principalmente, ao uso problemático de substâncias psicotrópicas na vida adulta.

No Brasil, a responsabilização civil no âmbito do Direito de Família sustenta basicamente três argumentos em contrário, apresentados a seguir. O primeiro deles consiste na inexistência de norma a respeito, autorizando a incidência da responsabilidade civil nos tratos familiares ilícitos. De fato, em que pese a apatia legislativa, deve-se considerar que, ao tempo em que ausente norma jurídica específica a respeito, inexistente disposição legal que impeça a aplicação das regras gerais da responsabilização civil às relações familiares.

Ademais, tanto o art. 186 do Código Civil brasileiro como o art. 483º do Código Civil português não limitam sua aplicação;

ambos apresentam conteúdo irrestrito. Assim, a ausência de um regramento legal expresso e a falta de restrição do seu campo de incidência conduzem à aplicação de uma espécie de teoria geral da responsabilidade civil. Se não bastasse, não seria plausível excluir a tutela de ressarcimento de danos nas relações familiares, pois, anterior ao patrimônio, tem-se um indivíduo, e a ele é que deve ser conferida integral proteção, inclusive como forma de edificar valores relativos à dignidade humana.

As sanções civis, consistentes na suspensão ou perda do poder familiar, não suprem nem afastam as possibilidades de indenizações ou compensações, visto que apresentam como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores; e nunca compensando os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos pais.

As providências familiares visam prevenir a destruição dos equilíbrios institucionais ameaçados, tentando preservá-los enquanto possível, ou lhes definir soluções alternativas. Possuem, então, a finalidade de remediar situações que se tornaram intoleráveis, sem que se apresentem caráter compensatório, ressarcitório ou sancionatório.

A responsabilidade civil repousa numa cláusula geral: não necessariamente pressupõe uma ilicitude, e visa ressarcir o dano. Como tal, apresenta, como previsão, o dano; e, como consequência, a indenização. A responsabilidade penal, por seu turno, assenta-se no princípio da tipicidade: sempre pressupõe uma ilicitude e tem em vista punir o agente. Compreende, como previsão, um crime; e, como consequência, uma pena, moldada em função do crime e do agente.

Além dos argumentos favoráveis acima expostos acerca do reconhecimento do descumprimento das responsabilidades

parentais como ilícito civil, acrescenta-se que a circunstância da conduta delituosa ter ocorrido no âmbito familiar, mais precisamente na relação jurídica entre pais e filhos, não pode servir como elemento de imunidade civil.

Outrossim, a alegação de que eventual condenação consistente no ressarcimento por danos importaria em prejuízo material aos demais herdeiros, em razão da diminuição do patrimônio dos pais, não encontra respaldo pelo fato de que o ressarcimento civil não se equipara ao instituto sucessório da antecipação da legítima, não havendo que falar em beneficiamento de um filho em detrimento dos demais.

Também não cabe o pretexto de que se estende analogicamente às relações familiares entre pais e filhos a imunidade conjugal, posto que, se em tal caso, a imunidade é relativa, admitindo-se, pois, o ressarcimento por danos em eventuais práticas de ilícitos civis, com mais razão deve-se restringir a concepção dessa imunidade na relação jurídica filiativa, haja vista a vulnerabilidade dos sujeitos titulares de direitos subjetivos; devendo imperar, portanto, a igualdade de tratamento.

Se não bastasse, deve-se partir da premissa de que nenhuma imunidade é suscetível de legitimar a violação de direitos constitucionais fundamentais. Pelo contrário: o ilícito civil praticado no seio familiar por outro membro da família não só deve submeter-se às regras da responsabilização civil, como também tal circunstância deve ser considerada para fins de agravamento das consequências da responsabilidade civil.

Ademais, não se apresenta plausível que a proteção jurídica entre os familiares se apresente em categoria inferior àquela em que os lesados se beneficiariam caso as mesmas lesões fossem praticadas por terceiro. Conclui-se, portanto, que inexistente prerrogativa legal que legitime a ação do sujeito em praticar atos ilícitos

e causar danos a qualquer membro de sua família, sob os auspícios da imunidade familiar.

Não submeter o Direito de Família às regras gerais da responsabilização civil não conduz a uma intranquilidade familiar, visto que a harmonia é incompatível com a prática de um ilícito civil; assim, ambas são, inevitavelmente, excludentes. Não é o dever de indenizar que gera a intranquilidade familiar, e, sim, o desassossego na família, provocado por um ilícito civil, que conduz ao dever de ressarcir civilmente.

A discussão sobre o não cabimento da reparação civil nos casos afetos ao Direito de Família também compreende o argumento de que inexistente o dever jurídico de amar e que a ausência de afeto não tem o condão de ensejar responsabilização civil.

De fato, o dever jurídico de afeto não integra o rol das obrigações paterno. Justifica-se tal omissão por ser o amor elemento anímico, abstrato e subjetivo, ao passo que o Direito deve pautar-se em um mínimo de objetividade para que se torne efetivo. Portanto, a responsabilização civil nas relações familiares travadas entre pais e filhos fundamenta-se na inobservância do dever de cuidado e não na *falta de amor* espiritual e social – sadio, de forma unitária.

Isso quer dizer que o cumprimento de um dos deveres jurídicos impostos não exclui a necessidade de observância dos demais. O fato de o genitor adimplir pontualmente com o dever jurídico relativo ao pagamento da prestação alimentícia não o exime do dever de prestar assistência psicológica ou viabilizar o convívio familiar ao incapaz. Todos os deveres jurídicos caminham de mãos dadas e cada um, considerado isoladamente, é imprescindível para a mínima formação da criança e do adolescente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A industrialização e o regime capitalista acarretaram a necessidade de maior intervenção estatal nas relações privadas, com vista a garantir uma justiça social, com menos desigualdades entre as classes sociais. Concomitantemente a essa necessidade, foi surgindo a necessidade de promulgação de leis esparsas para regulamentarem principalmente matérias da seara econômica, culminando na eclosão de diversificados microssistemas legais, o que foi paulatinamente enfraquecendo a centralização da legislação civil codificada.

Nesse contexto de constitucionalização do Direito Civil, firma-se o pensamento da solidariedade social e, aliado à sua despatrimonialização, prioriza-se a valorização da dignidade humana ao seu patrimônio.

Nessa ruptura de paradigma constitucional, as Cartas Constitucionais passaram a ostentar um papel unificador do sistema jurídico, composto por vários diversificados microssistemas jurídicos, permitindo, assim, uma permeabilidade, comunicação e integração entre as normas de natureza pública e privada, constantes nos diversos diplomas legais setoriais integrantes do ordenamento jurídico.

Como consequência da despatrimonialização e publicização do direito civil, as responsabilidades parentais passaram a constituir-se como normas cogentes e de ordem pública, apresentando natureza jurídica de verdadeiros direitos-deveres, dada a peculiar bilateralidade e reciprocidade da relação contemplada.

Da relação paterno-filial, tem-se como efeitos o direito personalíssimo, indisponível e imprescritível à filiação propriamente dita, que diz respeito ao direito à busca da ancestralidade, além dos efeitos das responsabilidades parentais e deveres paterno-filiais.

A responsabilidade parental não constitui letra morta da lei, sem eficácia prática. A percepção da evolução normativa, com a compreensão de determinadas inserções de normas jurídicas no contexto legal e o estudo integrado da norma constitucional com as demais legislações esparsas conduzem à ilação de que a responsabilidade parental não é uma utopia, exercida ao bel-prazer, mas, sim, no interesse do vulnerável.

Como os ordenamentos jurídicos brasileiro e português não são considerados sistemas legais fechados, deve o princípio da especialidade ser rechaçado, pois, ao tempo em que ausente norma jurídica específica a respeito, inexistente disposição legal que impeça ou limite a aplicação das regras gerais da responsabilização civil às relações familiares.

Em que pese o reconhecimento de incidência da responsabilização civil no âmbito do Direito de Família, para fins de análise acerca da ocorrência de ato ilícito, impõe-se considerar os critérios de imputação, acrescentando-se também a necessidade das circunstâncias apresentadas no caso concreto serem cotejadas com o abalo do homem médio. Deve, portanto, ser rejeitada a hipersensibilidade, repelindo-se, assim, as condutas que se constituem em meros atos inseridos num contexto do risco permitido; ou seja, no risco geral da vida, assim entendido como equivalente ao perigo que qualquer ser humano deve suportar ao viver em uma coletividade.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. **Poder paternal, direitos de personalidade e responsabilidade civil: A vigência dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada.** Vol. III. – Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p.349.

BRASIL. Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo / Antônio Cláudio da Costa Machado (organizador); Anna Cândida da Cunha Ferraz (coordenadora). – Barueri, SP: Manole, 2009, p.1.201-1.210.

BRASIL. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916/ coordenador Cezar Peluso. - 3. ed. rev. e atual. - Barueri, SP: Manole, 2009, p.1.748-1.764.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada.** 1º volume. – 4ª edição. – Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.559-568 e 854- 877.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** – 8ª ed. - 3. reimpr. - São Paulo: Atlas, 2009, p.01-21, 272-289.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso.** – São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Ana Sofia. **Responsabilidades parentais: de acordo com a Lei nº. 61/2008.** - Lisboa: Quid Juris, 2009.

LOBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** 4ª ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.17-98, 189-271, 295-318 e 371-396.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das obrigações: Programa 2010/2011 apontamentos.** 3ª ed. – Lisboa, 2011, p.05-195.

MAZZINGHI, Jorge Adolfo. **Derecho de família**. – Buenos Aires: Editora Abeledo- Perrot, 1981, p.411-528.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. – Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.293-336.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.01-06, 35-56, 119-153, 213-217 e 243- 274.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O direito de família contemporâneo**. 3ª edição. – Lisboa: AAFDUL Editora, 2011, p.33-350.

SANTOS, Carla Lopes dos. **A tutela inibitória e o sagrado dever de visitas**. Texto eletrônico extraído da internet no endereço [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carla_Lopes- Artigo_versão_final_30.04.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carla_Lopes-Artigo_versão_final_30.04.pdf). Consultado em: 04 de fevereiro de 2014, às 16 horas e 02 minutos.

O DEVER DE SOLIARIEDADE INTERNACIONAL E O *HARD LAW*

*Milena Barbosa de Melo*⁷⁹

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da humanidade, existe a necessidade de regulamentação das atividades entre os povos, pois o ser humano, em sua essência, busca organizar as formas de vida nas quais está inserido. Todavia, mesmo diante das tentativas de regulamentação das atividades, a presença de conflitos armados era constante, pois os povos buscavam resolver suas diferenças através de conflitos armados, ocasionando momentos de apreensão e tensão.

Especificamente em relação aos conflitos armados, deve ser observado que em todos os períodos da história da evolução do Direito Internacional há a presença de conflitos militares. Dessa maneira, percebe-se que sua prática é, de fato, algo antigo e que sempre houve dificuldade de afastar situações conflituosas, conforme dispõe o artigo 2º da Carta das Nações Unidas.

79 Professora da Universidade Estadual da Paraíba e da Escola de Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Doutora em Direito Internacional pela Universidade de Coimbra. Pesquisadora. E-mail: milenabarbosa@gmail.com

O fenômeno do conflito bélico é, marcadamente, um ato multifacetado, visto que não possui definição exata da motivação para o surgimento, expressa-se através de várias questões, nomeadamente: intolerância religiosa ou cultural, relações comerciais, políticas, econômicas ou territoriais. Neste quadro de evolução e transformação, os conflitos armados se tornam uma grande rede de interações cruzadas, extremamente complexa e atomizada.

É importante destacar que as consequências dos conflitos armados são as mais diversificadas e acabam por prejudicar, de maneira ampla, o equilíbrio das relações internacionais, a segurança e boa-fé internacional, além da segurança plena do indivíduo. Portanto, a ocorrência dos conflitos armados desestabiliza as relações do Estado e vitimiza pessoas, ceifando direitos fundamentais indiscutivelmente reconhecidos.

Diante de um conflito armado, o sistema jurídico internacional se torna responsável no processo de minimização dos danos e construção de um caminho de paz, para que os envolvidos consigam equilibrar os interesses e refletir sobre um mecanismo menos ofensivo de resolução de controvérsias. Contudo, a realidade que vem sendo identificada no direito internacional é um pouco distinta, visto que existe uma certa inércia não apenas dos países, mas das organizações internacionais no que se refere à minimização dos danos que ocorrem nos conflitos armados.

Dessa maneira, a presente pesquisa assume como problemática central: O dever de solidariedade internacional pode ser reconhecido como *hard law*?

O objetivo geral do estudo é analisar se o dever de solidariedade internacional pode ser reconhecido como direito de *hard law*; e, como forma de responder aos questionamentos apresentados, adotou-se como objetivos específicos: compreender o significado do *hard law*, analisar a solidariedade internacional

como parte integrante do hard law, estudar os elementos que impedem a aplicação da solidariedade internacional e os mecanismos de responsabilização por parte do Direito Humanitário.

A metodologia caracteriza-se pela utilização do método dedutivo, elege metodologia qualitativa e pesquisa exploratória, tendo em vista que se faz o exame dos dados coletados por organismos internacionais, bem como por órgãos regionais competentes. A pesquisa em andamento tem como base referencial doutrina no de Direito Internacional, dados e os documentos das entidades que têm ligações com a temática, a exemplo da ONU, a Convenção de Genebra e a Declaração Universal de Direitos do Homem.

O texto foi organizado em cinco seções, a saber: a primeira é representada por este introito; a segunda introduz o leitor numa leitura que retoma a questão da ordem jurídica internacional e as relações com a solidariedade internacional; a terceira parte aborda, especificamente, questões relacionadas com o hard law; a quarta parte trata da importância de se reconhecer o dever de solidariedade como parte do hard law e, na quinta e última seção, são apresentadas as conclusões finais a que se chegou a partir de tudo quanto se expôs.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL

O período da antiguidade foi marcado por guerras privadas, sendo constantemente identificadas situações de pilhagem e escravidão, afastando, portanto, ideais de humanidade e fraternidade. Por isso, pode-se afirmar que este período teve como marca registrada tanto a exploração, como o desrespeito entre os povos, afirmação que a própria história pode comprovar.

Posteriormente, já na Mesopotâmia, foi possível observar o surgimento de algumas regras, nomeadamente, o estabelecimento de limites transfronteiriços e, ainda, a utilização da arbitragem, o Código de *Hamurábi*, bem como o primeiro acordo internacional referente à paz, alianças entre povos e extradição de refugiados políticos.

Apenas com o surgimento do Cristianismo, houve a modificação das formas de regulamentação e respeito entre os povos, de modo que os ideais de fraternidade e igualdade foram valorizados e, como consequência, houve a condenação do uso da força, em todas as suas vertentes. Estas circunstâncias, portanto, levaram à extinção das guerras privadas e, ainda, ao abrandamento dos costumes bárbaros. Todavia, uma das questões mais marcantes do período do Cristianismo foi o surgimento da figura do papa e a consequente intervenção direta nas atividades do Estado, pois houve a fusão entre o poder do Estado e as atividades da igreja.

E, como consequência, surgiu uma forte repressão no modo de viver da população, quando os indivíduos não tinham seus direitos e liberdades individuais reconhecidos, não podiam ter acesso à cultura e à informação, entre outros, uma vez que a eles não era permitido inventar, criar, projetar.

Em seguida, já na Idade Moderna, caracterizada como Período das Luzes, que foi marcada pela reforma protestante, houve a modificação do estilo de vida dos indivíduos e, ainda, na maneira como o governo deveria organizar o Estado. O Renascimento trouxe mudanças políticas, culturais, econômicas, jurídicas e sociais.

Nesse período, a população passou a ter acesso à informação, à produção científica, de forma que o tratado de *Vestfália* surgiu como instrumento importantíssimo de equacionamento dos interesses entre os países, pois gerou a igualdade jurídica

entre os Estados. Tal situação cria muita estabilidade jurídica e econômica, ou seja, desenvolvimento para os países envolvidos em relações comerciais, culturais ou políticas.

A modernização das regras de comportamento entre os países se transformou em instrumento essencial para harmonização e consolidação do comércio, da política e das relações internacionais. A construção de regras internacionais atravessou caminhos de incertezas, mais especificamente, no período que decorreu entre as duas guerras mundiais, entretanto, com o advento da ONU, os conflitos em larga escala deixaram de ser utilizados como forma de resolução de controvérsias.

Muito embora a Carta das Nações Unidas, mais especificamente em seu preâmbulo, evidencie a importância da manutenção da paz, o que se observa, na atualidade, é um distanciamento da realidade material nas relações internacionais, visto que muitos são os conflitos armados que podem ser identificados ao longo do globo, como é o caso do conflito na Síria, Ucrânia e Rússia, Armênia, Israel e Palestina, Mali, dentre outros. Dessa maneira, compreende-se que a realidade militar observada mundialmente vem, de maneira direta, desconstruir o evidenciado no documento das Nações Unidas.

Praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum (ONU, 1945).

A sensação apreendida superficialmente, desses fatos, é de que o direito humanitário não tem sido respeitado, em vários aspectos, tanto pelos governantes, como também, pela própria sociedade internacional, de maneira a gerar momentos de instabilidade social.

A presente instabilidade acaba por gerar um ambiente de incertezas e incentiva a busca por melhores condições de vida noutros países, situação que pode gerar esvaziamento de mão de obra qualificada por um país e, ainda, falta de aproveitamento necessário por outro país, pois a população, nesse viés, encontra-se em estado de vulnerabilidade plena, pois passam a ser reconhecidos como refugiados.

O cenário observado no âmbito dos conflitos armados tem sido caótico, visto que a dificuldade de se estabelecer um diálogo mínimo, no intuito de se garantir o cumprimento das diretrizes da Convenção de Genebra é inexistente. Como consequência, as vítimas dos conflitos armados acabam por não dispor de acesso à ajuda humanitária (água potável, alimentação, assistência médica) e a condição de vulnerabilidade se torna ainda mais acentuada, como pode ser observado no caso do conflito armado entre Israel e Palestina em que as duas únicas fronteiras com o território de Gaza foram fechadas e, dessa maneira, impedindo que qualquer tipo de ajuda pudesse chegar ao território.

A consequência para o sistema internacional dessa ausência de proteção ao indivíduo pode acarretar situações de desequilíbrio entre os países e, assim, passa-se a observar que o sistema de *Vestfália* está distante de sua origem idealizadora, pois as diferenças internas passam a tomar corpo externamente e, em consequência, passam a ter comportamentos desordenados no âmbito externo.

Sendo assim, vislumbra-se uma questão peculiar de afastamento no quesito de proteção do indivíduo e, ainda, a impossibilidade de equacionar interesses essenciais que gerem o *welfare state*, também conhecido como estado de bem-estar social (Sen, 2010).

Dessa maneira, o que se percebe, portanto, é que ao passo em que a sociedade internacional, através do Direito

Internacional, luta por um conjunto de normas que auxilia a convivência entre as nações, alguns países não têm feito muita questão pelo cumprimento e pela incorporação de regras que ajudem na consolidação de um sistema equilibrado voltado para a proteção dos indivíduos.

A SOLIDARIEDADE INTERNACIONAL COMO DEVER-SER JURÍDICO

Levando-se em consideração que o sistema jurídico internacional reveste-se de um caráter de obrigação jurídica imperfeita, não há como se falar em imposição das regras jurídicas internacionais e, por isso, no intuito de se cumprirem as determinações apresentadas no ordenamento internacional, existe a necessidade inevitável da boa-fé dos países que compõem a ordem internacional, visto que as questões relacionadas à soberania dos países passam a exigir a liberdade e autodeterminação entre os povos.

Portanto os países, por uma questão de soberania e autodeterminação, acabam por analisar a possibilidade de cumprimento das resoluções emitidas no âmbito das organizações internacionais, de acordo com a sua conveniência e, assim, acabam por enquadrá-la no quesito de recomendação ou medida optativa e, muitas vezes, os interesses individuais se sobrepõem ao coletivo.

Entretanto, não se pode olvidar da dedução lógica de que quando um país se torna membro de uma organização internacional ou signatário de uma convenção, compreende-se como interessado direto nas diretrizes estabelecidas nas discussões e, portanto, estaria disposto a cumprir as decisões adotadas em conjunto, afinal de contas passa a estar diante de um sistema de hard law e, dessa maneira, torna-se vinculativo aos acordos internacionais estabelecidos.

O interesse pessoal integrado por questões econômicas, políticas, culturais e sociais acaba por modificar a realidade da adoção das resoluções ou recomendações e, cada vez mais, aquilo que seria decidido em prol do benefício da coletividade passa a ser, cada vez mais, individual.

É, justamente nesse momento, que se observa o enquadramento do direito internacional, como um sistema de obrigação jurídica imperfeita, mesmo quando se trata de questões de *hard law*, pois o cumprimento das regras acaba dependendo da conveniência e interesse das partes envolvidas no processo. Nesse sentido, observa-se que:

The enforcement tools of international law are thus imperfect. Not only are they applied unevenly in some cases, but they frequently work slowly if at all. The bodies that apply them are not necessarily fully representative of the international community. Despite all this, there are international enforcement mechanisms that do work in ways that may not always be obvious. In particular, the international community, no less than domestic society within any nation-state, conducts much of its daily business on the basis of self-enforcing norms that never make the headlines. Enlightened self-interest makes those norms effective (Kirgis, 1996).

Diante do que se expõe, as ferramentas dispostas no cenário do sistema jurídico internacional são, de fato, imperfeitas, pois a falta de coercitividade no padrão de se fazer cumprir é muito reduzida, visto que a soberania é elemento proeminente neste cenário.

Por isso, o cumprimento das regras de direito internacional humanitário e, nesse caso em estudo, no âmbito dos conflitos armados, tem, como pressuposto essencial, a defesa da responsabilização dos descumprimentos do dever de solidariedade internacional como elemento parte do *hard law* (Ius Gentium), visto que a inércia ou obstacularização no âmbito da ajuda humanitária é elemento prejudicial para toda uma população que se encontra inserida num conflito armado.

E, nesse sentido, sabendo que o dever de solidariedade internacional é fundamentado na cooperação internacional e que este é princípio do direito internacional, é impossível dissociar o descumprimento destes elementos com as consequências desastrosas para a população que sofre com o estado de guerra.

Como é recorrente identificar, o ato cooperacional e solidário acaba por ser praticado mais pelas organizações internacionais, ficando os países que estão vinculados ao *hard law* às margens da construção de um direito internacional voltando o desenvolvimento global das nações.

A grande questão é que o sistema de cooperação não pode se limitar apenas ao realizado pelas organizações internacionais, mas também pelas parcerias e iniciativas interestatais. Assim, os governantes afirmam que o resultado de uma cooperação especialmente realizada entre os países é, de fato, um processo de substancial importância para transpor as barreiras existentes no fortalecimento e independência econômica que os países em desenvolvimento enfrentam.

Dessa maneira, afastar qualquer possibilidade do reconhecimento do dever de solidariedade como parte do *hard law* e, conseqüentemente, como parte essencial do direito ao desenvolvimento, seria um verdadeiro retrocesso e o sistema de crescimento social não estaria sendo valorizado.

Entretanto, como ficou evidenciado anteriormente, essa solidariedade passa por um esforço dos países no sistema internacional em compreender as disposições dos acordos internacionais, no âmbito das organizações internacionais e, ainda, em estabelecer uma abordagem coerente dos limites do sistema de proteção jurídica para a ajuda humanitária, sem, portanto, afetar a soberania e segurança dos países.

Sendo assim, para que ocorra esse equilíbrio é necessário que se estabeleça uma discussão sobre a necessidade humanitária e, ainda, sobre a realidade socioeconômica e política de cada país que, indiretamente, encontra-se envolvido no conflito, para que seja possível adequar os interesses dos países com os acordos internacionais.

A PREMISA ÉTICA E MORAL DA SOLIDARIEDADE NO DIREITO HUMANITÁRIO INTERNACIONAL

As consequências econômicas e sociais dos conflitos armados, ao redor do mundo, são caóticas, visto que o interesse dos países que compõem o cenário internacional ser, fundamentalmente, coletivo, acaba por revestir-se de uma característica, eminentemente, individual.

É indiscutível que a guerra proporciona desigualdade, discriminação e, ainda mais, individualismo social, visto que situações de fome e miserabilidade acabam por se tornar constantes no cenário da população que está vivenciando o conflito. A falta de alimento, medicamentos, saneamento básico, luz, água, moradia é algo, particularmente, recorrente no cenário da guerra.

Dessa maneira, como forma de minimizar os danos que são inerentes à população que se encontra envolvida na guerra, o Direito Internacional estabeleceu algumas diretrizes essenciais

quando da ocorrência de conflitos armados, que podem ser identificados no âmbito da Convenção de Genebra e demais acordos internacionais correlacionados com o tema.

O que se percebe com o advento dessas normas internacionais é a tendência de se tentar universalizar a importância dos direitos humanos, como forma de amparar juridicamente as vítimas desses conflitos.

Entretanto, para que seja possível o processo de consolidação das referidas normas de Direito Internacional, um instrumento é de extrema importância neste processo, nomeadamente, a solidariedade internacional.

Nesse sentido, partindo do pressuposto que a solidariedade internacional é peça fundamental para a solidificação do direito humanitário e, por isso, não há como se afastar do reconhecimento deste dever como princípio jurídico internacional, visto que apesar de complexo em tempos de guerra, existe a compreensão da sua importância no cenário jurídico como medida essencial aplicada para a minimização dos danos causados por conflitos armados, conforme dispõe as Convenções I, II, III e IV de Genebra.

As referidas convenções dispõem de elementos importantes para o fortalecimento das circunstâncias de humanidade, em casos de conflitos armados. Compreende-se que em todos os documentos convencionais, as partes contratantes estabeleceram diretrizes mínimas de proteção humanitária a partir do envolvimento direto das partes que se encontram no conflito bélico.

Observa-se, por exemplo, o evidenciado no protocolo I (adicional às convenções de Genebra no que se refere à proteção do ser humano em momentos de conflitos armados).

As pessoas que não participarem diretamente do conflito, incluindo membros das forças

armadas que tenham deposto as armas e pessoas que tenham sido postas fora de combate por enfermidade, ferimento, detenção ou qualquer outra razão, devem em todas as circunstâncias ser tratadas com humanidade, sem qualquer discriminação desfavorável baseada em raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo (ONU, 1949).

O referido dispositivo está relacionado com questões de proteção às vítimas civis, em tempos de guerra, mas é importante destacar que a proteção integral do indivíduo deve ser concedida para qualquer indivíduo, independentemente de sua condição, ou seja, civil, militar, homem, mulher, criança e idoso, deve ser prioridade. Dessa maneira, depreende-se que a Convenção de Genebra e seus protocolos estabelecem um caráter essencial de proteção integral do indivíduo a partir do princípio da humanidade e que, assim, o direito humanitário se encaixa perfeitamente como pressuposto essencial para a redução dos danos decorrentes de conflitos armados.

Percebe-se que, apenas com o respeito ao ser humano, torna-se possível o cumprimento dos princípios humanitários e que o dever de solidariedade internacional passa a se revestir de um caráter pleno de humanidade, pois vincula gerações atuais e futuras.

Este princípio, basado en el respeto de la persona humana, está indisolublemente relacionado con la idea de paz y resume el ideal del Movimiento. Así pues, de él se desprenden los demás Principios Fundamentales. Constatar y compartir el sufrimiento ajeno, prevenirlo y aliviarlo es una acción de vida ante la violencia. Es esta la primera contribución a la

prevención y a la eliminación de la guerra: La humanidad es um factor esencial de la paz verdadera, que no puede ser afectado ni por la dominación ni por la superioridad militar” (Verri, 2008, p.50-51).

Como desafio do cumprimento do dever de solidariedade internacional, apresenta-se o caso da inércia do sistema do direito internacional quando da prestação de assistência humanitária aos países em caso de conflito que, quando da não chegada de insumos (alimentos, roupas e remédios) para as vítimas, o estado de vulnerabilidade passa a ser ampliado.

A insatisfação observada por parte dos países em desenvolvimento, no tocante ao sistema de cooperação, é tema bastante complexo, visto que os países desenvolvidos apresentam certas restrições para a aplicação do sistema de cooperação.

O aumento da desigualdade está alimentando o ressentimento e exacerbando a exclusão social, o que pode levar à injustiça e violência. No nível internacional, a geopolítica está cada vez mais multipolar.

É bem-vindo o fato de que nenhum país sequer, ou um mesmo grupo de países, possa impor seus desejos aos outros. Ao mesmo tempo, essa difusão da governança global faz disso um desafio enorme para enfrentamento dos problemas que requerem maior cooperação global.

Dessa maneira, tendo como pressuposto a concepção do desenvolvimento, os países têm a possibilidade de usufruir oportunidades que são essenciais para atingir seu objetivo central através da prática solidária: o pleno desenvolvimento.

Mesmo sabendo que existe a impossibilidade, por motivos práticos, de tornar real a igualdade entre os países, não se pode olvidar que a capacidade de acolhimento através da ajuda

humanitária, ou seja, solidária são elementos essenciais para atingir o objetivo do desenvolvimento e, conseqüentemente, do direito internacional.

Sendo assim, não se pode apenas desejar que o direito humanitário seja cumprido através das diretrizes estabelecidas por convenções internacionais, como é o caso da Convenção de Genebra, mas essencialmente que a solidariedade seja implementada como valor moral e ético em cada ordenamento jurídico, para que seja possível reconhecer o outro também como detentor de direitos e, assim fazendo, destaca-se que o dever de solidariedade se enquadra como parte do direito humanitário e que, portanto, deve ser respeitado e defendido como tal.

Dessa maneira, voltando ao ponto dos conflitos armados, se as vítimas nos conflitos passam a não ter acesso aos insumos, o cenário de incertezas quanto à manutenção pessoal é verificado de maneira real e consolida-se a inércia da sociedade internacional quanto ao cumprimento do dever de solidariedade.

A FRAGILIDADE DA SOLIDARIEDADE INTERNACIONAL E OS DESAFIOS DA INTEGRAÇÃO DO SISTEMA *HARD LAW*

Os conflitos bélicos, ao redor do mundo, acabam sendo recorrentes no cenário internacional e, por isso, as regiões que sofrem pelos conflitos acabam vivenciando momentos de instabilidade civil, econômica e política. Para além dos conflitos observados entre Israel e Palestina, o mundo presencia vários outros locais com questões bélicas, a exemplo da Rússia, Ucrânia, Mali etc.

Para compreender com mais clareza a questão da importância de se reconhecer o dever de solidariedade como parte do sistema do *hard law*, decidiu-se pela análise a partir do conflito entre Israel e Palestina, por ser o conflito mais recente, mas não

se pode esquecer de que todos os demais conflitos atravessam questões particularmente semelhantes.

Dessa maneira, seguindo o padrão da ideia apresentada, observa-se que o conflito entre Israel e Palestina remonta ao início do século XX e tem como fundamento básico uma disputa territorial que, atualmente, é ocupada pela Palestina. O referido conflito que, inicialmente, era territorial, ao longo dos anos acolheu outras características de intolerância religiosa, cultural e de embargos econômicos. Dessa maneira, se por um lado a Palestina luta pela autodeterminação de seu território árabe, Israel defende a autonomia do seu território judeu.

A referida questão materializa a construção de uma área intolerante no que se refere aos aspectos religiosos e políticos, dificultando, cada vez mais a possibilidade de uma relação harmônica, cooperacional e de solidariedade. Portanto, torna-se evidente que o elemento que fundamenta o conflito na região é, eminentemente, multifacetado, visto que, ao longo dos anos, muitas variáveis foram sendo alocadas nas disputas iniciais que geram, conseqüentemente, situações de sofrimento e afastamento da paz na região.

O início do mês de outubro de 2023 foi marcado, no Oriente Médio, por uma ofensiva do Grupo Hamas em Israel, causando diversas vítimas no país e, se valendo do direito de legítima defesa, o Estado de Israel realizou várias ofensivas militares na faixa de Gaza, fundamentando-se na necessidade de combate ao terrorismo praticado pelo *Hamas*.

Muito embora o presente estudo não tenha como fundamento basilar a defesa de um dos lados, destaca-se a necessidade primordial de se defender o ser humano e, por isso, não se deve aceitar nenhum tipo de ofensiva que venha a gerar vulnerabilidade, miséria, sofrimento, dor, fome, ou seja, morte. Afinal de

contas, defende-se, nesse estudo, a plena defesa do indivíduo independentemente de sua condição social, política ou étnica.

Dessa maneira, destaca-se que tendo como pressuposto a importância da VIDA para o mundo e, ainda, tendo como pressuposto os elementos evidenciados na Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal de Direitos do Homem, a Convenção de Genebra e demais convenções correlatas clamam pela defesa integral do indivíduo e, assim, a necessidade de se alocar o dever de solidariedade internacional a partir de uma perspectiva de *hard law*.

Entretanto, a realidade que se apresenta no conflito em análise é bastante distinta da desejada pelo direito internacional, visto que a solidariedade em casos de conflitos armados, de fato, não está sendo cumprida, por inúmeras questões, onde algumas se fundamentam pela segurança nacional, outras, pela segurança jurídica, comercial, política etc.

Esta afirmação pode ser comprovada com a análise geográfica do território palestino, em que se observa apenas dois limites territoriais, um com Israel e outro com o Egito. Destaca-se que Gaza é um dos territórios com a maior densidade populacional do mundo, face à área reduzida - 41 km de comprimento e 10 km de largura, tendo um território menor do que o Estado de São Paulo e do Rio de Janeiro (Berlinck, 2023).

Com a ofensiva apresentada por Israel contra a Palestina, as fronteiras foram bloqueadas, impossibilitando tanto a entrada de insumos (alimentação, medicação, roupas, fornecimento de gás, energia elétrica etc.) e, ainda, a saída de pessoas desejosas de fugirem do conflito.

Como consequência, a população ficou cercada, pois não tinha espaço para deslocamento e, conseqüentemente, estabeleceu-se ainda mais a vulnerabilidade para toda a população, visto que não tinha como sair e nada poderia entrar. E, com esse

bloqueio nas fronteiras, a proteção do indivíduo se torna secundária, desfavorecendo ainda mais o cumprimento do direito humanitário.

A população que se encontra em Gaza está cercada, sem direito ao mínimo essencial para suprir as necessidades diárias, como refeições ou curativos. Atualmente, já não existe local seguro no território e, portanto, não importa estar no Norte ou no Sul, pois o indivíduo pode ser alvo de algum ataque.

A ausência de abertura de corredor humanitário, que está previsto em Convenções Internacionais, para os casos da ocorrência dos conflitos armados é altamente impactante e, mais uma vez, vislumbra-se o distanciamento da proteção do indivíduo no direito internacional.

A resistência para a abertura de um corredor humanitário através do território egípcio reside no medo de transformar a região num assentamento de refugiados e destaca a incapacidade de acolhimento de tantos refugiados em território nacional.

De acordo com a justificativa do Estado egípcio, compreende-se o enaltecimento da manutenção do cenário de segurança nacional e, por isso, acaba por ser um posicionamento compreensível a partir de uma perspectiva individual. Entretanto, quando se passa a analisar o processo numa posição coletiva, não há como aceitar a inércia na atuação do país, visto que o valor da pessoa humana está, mais uma vez, em segundo plano.

Outro ponto que chama atenção é a falta de consenso no que se refere ao funcionamento do Conselho de Segurança da ONU, quando da dificuldade de se aprovar uma resolução conjunta para a minimização do conflito na região. O motivo político é o fato predominante que dificulta o processo de adoção de uma medida comum e, mais uma vez, se percebe os países longe de uma percepção humanitária e mais próximos de uma questão individual.

A organização das Nações Unidas, ao longo dos anos, tem sido incansável no processo de organização de medidas para estabelecimento da paz, mas as negociações acabam incorrendo sempre no mesmo impasse, os interesses individuais se sobrepondo aos interesses coletivos, os interesses comerciais sendo mais importantes do que os humanitários.

Muito embora se compreendam importantes os princípios da autodeterminação dos povos, da soberania dos países, da não intervenção nos assuntos internos dos países, da cooperação internacional, não se pode deixar em segundo plano a proteção integral do indivíduo que se identifica em vários acordos internacionais e, por isso, tem o caráter de *hard law*, deixando claro que um país quando resolve não proteger o ser humano, estaria, portanto, incorrendo em violação do direito internacional.

Sendo assim, se a proteção integral do indivíduo faz parte de vários acordos internacionais que, por sua vez, acabam por integrar o sistema do *hard law*, não há como deixar de relacionar que solidariedade nos casos de conflitos armados é um dever essencial para que o ser humano seja protegido e, portanto, deve ser considerado como parte do sistema do *hard law*.

E todas as vezes que a sociedade internacional valorizar, em larga escala, sempre interesse pessoal e não se acostar aos países e população que atravessa situações de miserabilidade em decorrência de conflitos armados, a paz estará muito longe de ser atingida e estar-se-á violando diretamente o sistema do *hard law*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, na presente pesquisa, uma análise acerca da possibilidade de enquadrar o dever de solidariedade internacional no âmbito do *hard law*, já que este sistema é composto por acordos

internacionais que se tornam vinculativos entre as partes envolvidas no processo.

Estudou-se, portanto, se o dever de solidariedade internacional pode ser reconhecido como direito de *hard law*; e, como forma de responder aos questionamentos apresentados, adotou-se como objetivos específicos: compreender o significado do *hard law*, analisar a solidariedade internacional como parte integrante do *hard law*, estudar os elementos que impedem a aplicação da solidariedade internacional e os mecanismos de responsabilização por parte do Direito Humanitário.

A metodologia se caracterizou na utilização do método dedutivo, elege metodologia qualitativa e pesquisa exploratória, tendo em vista que se faz o exame dos dados coletados por organismos internacionais, bem como por órgãos regionais competentes. A pesquisa em andamento teve como base referencial doutrina do Direito Internacional, dados e os documentos das entidades que têm ligações com a temática, a exemplo da ONU, a Convenção de Genebra e a Declaração Universal de Direitos do Homem.

Há que se considerar a imensa dificuldade em tratar da referida temática, visto que envolve problemas humanitários decorrentes de conflitos bélicos entre países com culturas, políticas e economia distintas. Dessa maneira, compreendeu-se que o interesse particular de cada país que se encontra envolvido no conflito, acabará por definir os contornos do conflito, afastando, portanto, a possibilidade do uso da modalidade pacífica e, assim, o interesse da coletividade.

Nesse ínterim, a ONU apesar de se apresentar como uma Organização Internacional atuante no cenário dos conflitos armados, fica adstrita aos interesses dos países envolvidos no conflito, em virtude da falta de vinculação no descumprimento das

ações humanitárias e, por isso, compreende-se que no momento em que se considerar a solidariedade internacional como um dever-ser jurídico, será possível a aplicação de medidas técnicas de responsabilidade internacional.

Dessa maneira, defende-se que enquanto a sociedade internacional se encontrar às margens do cumprimento de regras que possa proteger, integralmente, o indivíduo, a capacidade de compreender a sociedade internacional, de maneira coletiva, será sempre reduzida.

Nesse sentido, um melhoramento na coordenação das políticas entre os países, para que o diálogo prevaleça se faz importante, pois através dessa integração será possível considerar o direito de propriedade intelectual como um elemento importantíssimo da efetivação do direito ao desenvolvimento. Sendo assim, não há como afastar a importância do fortalecimento da cooperação técnica e da transferência de tecnologia entre os países, com o importante auxílio das organizações internacionais.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora. 200, p.143.

BBC BRASIL. **O brutal impacto do conflito entre Israel e Hamas nas crianças de Gaza**. 2023. Disponível em: O brutal impacto do conflito entre Israel e Hamas nas crianças de Gaza (msn.com). Acesso em: 26 de outubro de 2023.

BERLINCK, Fernanda. **O que é faixa de gaza**. O que é a Faixa de Gaza? Entenda o que é o território motivo de disputa entre

Israel e Hamas | CNN Brasil. 2023. Acesso em 26 de outubro de 2023.

FERABOLLI, Silvia. **Relações Internacionais do Mundo Árabe**: Os desafios para a realização da Utopia Pan-Arabista. @ aedição- Revista e Atualizada. Juruá.

ICRC. **As convenções de Genebra e seus protocolos adicionais**. Disponível em: As Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais - CICV (icrc.org). Acesso em: 26 de outubro de 2023.

KIRGIS, Frederic L. Jr., **International Organizations in Their Legal Setting** 522-715.

ONU. Carta das Nações Unidas. 1945. Disponível em: A Carta das Nações Unidas | As Nações Unidas no Brasil. Acesso em 26 de outubro de 2023.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Companhia das Letras. 2010.

SILVA, Pablo R. Alflen da. **O Tribunal Penal Internacional: Antecedentes Históricos e o Novo Código Penal Internacional Alemão**. In: SILVA, Pablo R. Alflen da. (Org.). Tribunal Penal Internacional: Aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional alemão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. cap. I. p.17-18.

SOMMIER, Isabelle. **Le Terrorisme**. Paris, Ed. Dominos Flammarion, 2000.

VERRI, Pietro. **Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados**. Madrid: CICR, 2008.

ENTRE ACUSAR E JULGAR: UMA ANÁLISE DA CONSTRUÇÃO DA GARANTIA DA IMPARCIALIDADE JUDICIAL

*Nilson Dias de Assis Neto*⁸⁰

Introdução

Quem tem um juiz como acusador precisa de Deus como defesa.⁸¹ Esse é um brocardo intimamente relacionado à relação entre acusação e defesa, que foi e é objeto de tratamento por diferentes sistemas processuais por muito tempo desde a Antiguidade, com o princípio acusatório em Roma, até a Idade Média, com o sistema inquisitivo mantido nas investigações eclesiásticas, que ainda é objeto de discussão sobre qual seria o sistema processual mais adequado e útil.

80 Juiz do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba - TJPB. Coordenador Adjunto de Educação a Distância da Escola Superior da Magistratura da Paraíba. Diretor Adjunto do Departamento de Direitos Humanos da Associação dos Magistrados da Paraíba. Professor com Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional e Direito Civil. Mestre em Direito pela Universidade de Barcelona (Espanha).

81 RADBRHUCH, G. **Introducción a la Ciencia del Derecho**. Tradução de Luís Recasens Sitges. Librería General de Victoriano Suárez: Madrid, 1930, p.177 (tradução nossa).

Com efeito, entre os sistemas puramente inquisitivos, em que o juiz investiga e julga com amplos poderes de instrução, e totalmente acusatórios, em que o juiz apenas julga sem poderes de produção de provas, há um intenso debate sobre qual seria a melhor forma de estruturar a persecução penal, que poderia valorizar mais o bem jurídico, “eficácia da investigação” ou o “garantismo penal” com base em uma ou outra opção legislativa.

Nesse contexto, surge o tema deste trabalho de pesquisa, que são os princípios acusatório e inquisitivo. Mais especificamente, a delimitação do tema será as evoluções históricas que levaram à configuração atual desses princípios. Estudaremos os princípios acusatório e inquisitivos que norteiam a instituição de um ou outro sistema processual penal e nosso objetivo será compreender suas características.

No trabalho de pesquisa, problematizamos: O que são os princípios acusatório e inquisitivo?; Qual a evolução histórica desses sistemas?; Quais são suas características gerais? E quais são os fundamentos que justificariam ou não a sua instituição? Portanto, em um trabalho teórico de pesquisa, nosso objetivo será entender as características padrões dos sistemas processuais acusatório e inquisitivo.

Em tal estudo, nossa metodologia consistirá em uma investigação teórica dos princípios acusatórios e inquisitivos e de comparação entre os sistemas processuais estabelecidos a partir deles. A metodologia será teórica, pois não haverá pesquisa empírica, mas um estudo teórico sobre os princípios acusatórios e inquisitivos com base em sua forte relação com a garantia constitucional e humana da imparcialidade judicial.

Além disso, a metodologia será comparativa, pois analisará legislação, doutrina e jurisprudência de sistemas jurídicos influenciados por esses princípios, sob a revisão bibliográfica dos

melhores autores selecionados⁸²⁸³. Por fim, o trabalho de pesquisa é dividido em três partes: após esta introdução, haverá a investigação sobre as configurações do princípio acusatório em oposição ao sistema inquisitivo, que será seguida pelas conclusões.

PRINCÍPIOS ACUSATÓRIOS E INQUISITIVOS

Temos diferentes sistemas processuais, como os sistemas inquisitoriais, misto e acusatório. No Brasil, de modo geral, as normas do direito penal estão no Código Penal⁸⁴ e as regras processuais penais (persecução) no Código de Processo Penal⁸⁵. Por sua vez, na Espanha, as regras de direito penal também estão no Código Penal⁸⁶, mas as regras de direito processual penal já estão na *Ley de Enjuiciamiento Criminal*⁸⁷, de modo que, na Espanha, o maior conjunto de normas processuais penal não recebeu a conformação de Código.

82 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 8ª Ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

83 FENOLL, Jordi Nieva. **Derecho Procesal III. Proceso Penal**. Marcial Pons: Barcelona, 2017.

84 BRASIL. **Código Penal** de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de12848compilado.htm. Sítio consultado em: 29.10.2022.

85 BRASIL. **Código de Processo Penal** de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Sítio consultado em: 29.10.2022.

86 ESPANHA. **Código Penal** de 23 de novembro de 1995. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Sítio consultado em: 29.10.2022.

87 ESPANHA. **Ley de Enjuiciamiento Criminal** de 14 de setembro de 1882. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>. Sítio consultado em: 29.10.2022.

PRINCÍPIO INQUISITIVO

Ao longo dos séculos, diferentes sistemas organizaram o funcionamento da persecução penal. Embora não seja o princípio acusatório em si, é importante falar sobre um dos sistemas mais antigos, qual seja, o princípio inquisitivo, pois o primeiro princípio teve seu desenvolvimento exatamente em oposição ao segundo. O princípio ou sistema inquisitivo, que vem do direito canônico⁸⁸, exige que as funções de acusar, defender e julgar se concentrem na mesma pessoa, ou seja, uma única pessoa desempenhava todas as funções de acusar, defender e julgar: o juiz inquisidor.

De fato, o professor Jordi Nieva afirma que “1215⁸⁹ foi também o ano em que, no mesmo Concílio Lateranense IV que instituiu o sistema inquisitivo, introduziu-se a forma escrita nos procedimentos e foram proibidas indiretamente as antigas ordálias”⁹⁰. Do direito canônico com a inquisição, em que surgiu para visibilizar as investigações eclesíásticas *ex officio*, o sistema

88 Em conformidade com o doutrinador Renato Brasileiro, a partir da experiência do Brasil, conclui: “adotado pelo Direito canônico a partir do século XIII, o sistema inquisitorial posteriormente se propagou por toda a Europa, sendo empregado inclusive pelos tribunais civis até o século XVIII. Típico dos sistemas ditatoriais, tem como característica principal o fato de as funções de acusar, defender e julgar encontrarem-se concentradas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, chamado de **juiz inquisidor**” (BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 8ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p.42).

89 O ano de 1215 foi certamente um dos mais importantes para os sistemas processuais penais, não só porque 1215 foi uma data importante para o sistema inquisitivo com o Concílio de Lateranense IV, mas também porque foi a data da Magna Carta do rei João sem Terra, quando foram lançados os fundamentos do *due process of law*, princípio relacionado ao desenvolvimento do sistema acusatório de que trataremos mais adiante neste estudo.

90 FENOLL, Jordi Nieva. **Derecho Procesal III. Proceso Penal**. Marcial Pons: Barcelona, 2017, p.11 (tradução nossa).

inquisitivo passou rapidamente para ordenamentos e usos jurídicos seculares medievais, muitas vezes através da prática judicial.

Tal mudança dos Tribunais da Igreja para os Tribunais Civis da Europa continental foi pela via dos fatos em muitos casos. Para doutrinador do NIEVA, isso “se deu, claro, porque o juiz secular tinha em seu âmbito os mesmos poderes que o juiz eclesiástico no dele. E, por isso, passou a instruir sistematicamente *ex officio*”⁹¹. Para verificar o resultado físico do sistema acusatório, podemos olhar para a pintura Galileu Diante do Santo Ofício, uma pintura do século XIX de Joseph-Nicolas Robert-Fleury, em que verificamos a regra inquisitiva de que as funções de acusar e julgar são concentradas na mesma pessoa do juiz inquisidor. Vejamos:^{92 93}



Figura 1 – Regra inquisitiva

Fonte: lahistoriaheredada.

91 FENOLL, Jordi Nieva. **Derecho Procesal III. Proceso Penal**. Marcial Pons: Barcelona, 2017, p.11 (tradução nossa).

92 Disponível em: <https://lahistoriaheredada.com/inquisicion-y-ciencia/>. Sítio consultado em: 29.10.2022.

93 Disponível em <https://lahistoriaheredada.com/inquisicion-y-ciencia/>. Sítio consultado em 29.10.2022.

Na pintura, podemos ver que há apenas o acusado e as autoridades eclesiásticas, as quais têm as duas funções de acusar e julgar ao mesmo tempo. Além disso, podemos verificar que o réu está sozinho e, verdadeiramente, é objeto de estudo e investigação no centro pelos juízes inquisidores. O juiz inquisitivo tem ampla iniciativa acusatória e probatória, ou seja, o juiz pode agir *de ofício* sem a necessidade de qualquer outra manifestação. O juiz *ex officio* fazia não só a iniciativa de acusação, bem como a iniciativa de provar os fatos imputados, tendo a gestão da prova em suas mãos.

Estas são as características fundamentais do sistema ou princípio inquisitivo. Como nos explica o professor Nieva (2017), “esse, especificamente, concentra o objeto de análise, basicamente, em uma única informação: o juiz, ou seja, o principal protagonista da jurisdição”⁹⁴. E então o doutrinador conclui: “se o juiz não acusa, mas exige um acusador para manter sua imparcialidade, o modelo é acusatório. Se, pelo contrário, o juiz acusa ao mesmo tempo em que julga, o processo é inquisitivo. O resto das características que têm sido atribuídas a um ou outro sistema são simplesmente falsas”⁹⁵.

Portanto, a gestão da prova ficou concentrada nas mãos do juiz inquisidor. Assim, o sistema inquisitivo buscava a verdade real, ou seja, o que realmente teria acontecido de fato, motivo pelo qual o juiz poderia realizar diligências probatórias para apurar a “verdade dos fatos”. Em consequência da busca pela suposta verdade real (ainda nunca encontrada), o réu não é um sujeito de direitos, mas sim um objeto do processo, sobre o qual métodos

94 FENOLL, Jordi Nieva. **Fundamentos de Derecho Procesal Penal**. Edisofer: Madrid, 2012, p.2 (tradução nossa).

95 FENOLL, Jordi Nieva. **Fundamentos de Derecho Procesal Penal**. Edisofer: Madrid, 2012, p.2 (tradução nossa).

de produção de provas nada ortodoxos podem ser aplicados como inclusive torturas ou ordálias (provas de Deus...).

O sistema inquisitorial é duramente criticado com base nos argumentos de falta de imparcialidade judicial⁹⁶, pois se entende que não é possível atuar com imparcialidade se a mesma pessoa desempenha as funções de acusar e julgar. Ademais, como fez a acusação anteriormente, entende-se que a defesa fica prejudicada. De fato, não só a verdade não é um problema deste mundo, ou seja, temos apenas uma percepção dos fatos e nunca poderemos conhecer os fatos em si⁹⁷, como também não é possível impor o contraditório se a mesma pessoa propõe a tese e a antítese, pelo que não é possível dizer que existe a possibilidade de se contraditar.

Assim, considerando que o princípio inquisitivo, embora já tenha sido adotado em partes do mundo e até mesmo no Brasil e na Espanha⁹⁸, viola a necessidade de imparcialidade e até mesmo

96 É, inclusive, garantia judicial prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José) que “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e **imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (grifo nosso). [ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convención Interamericana de Derechos Humanos** de 22 de novembro de 1969. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>. Sitio consultado em 28.09.2022] (tradução nossa).

97 Na verdade, entre o fato do mundo e a percepção humana do fato existem múltiplos problemas de conhecimento desde as questões da semiótica até o esquecimento, razão pela qual a pretensão de conhecer a verdade real pode ser fortemente criticada, o que certamente não é uma possibilidade.

98 A aplicação do sistema inquisitorial no Brasil ocorreu, por exemplo, com o processo “judicialiforme”, que era um processo criminal iniciado *ex officio* por meio de decisão judicial (“portaria”). Por sua vez, o princípio inquisitivo vigorou plenamente na Espanha antes da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882, a

o devido processo legal, uma mudança de paradigma foi necessária para a aplicação do princípio acusatório.

PRINCÍPIO ACUSATÓRIO

De acordo com o Dicionário Pan-hispânico de Espanhol Jurídico, o sistema ou princípio acusatório é a “exigência de que o órgão jurisdicional respeite os termos fáticos e jurídicos delimitados pela acusação criminal”⁹⁹. Esta definição é baseada na seguinte jurisprudência da Espanha, vejamos:

O princípio acusatório concretiza-se na necessidade de a acusação ser formulada por parte exterior ao órgão jurisdicional e de que esse permaneça na acusação dentro dos termos fáticos e jurídicos delimitados por dita acusação ou introduzidos pela defesa. O essencial é que o arguido tenha tido oportunidade de defender-se de forma contraditória e obriga o Juiz ou o Tribunal a pronunciar-se no âmbito dos termos do debate, tal como formulados pela acusação e pela defesa. Isto implica que deve haver correlação entre a acusação e a decisão da sentença (STS, 2.º, 13-IV-2015, rec. 10 598/2014)” (REA, 2022, grifo nosso)¹⁰⁰.

partir da qual foi introduzido um sistema acusatório formal com a separação das funções de acusar, defender e julgar.

99 ESPANHA. Real Academia Espanhola. **Diccionario Panhispánico del Español Jurídico**. Disponível em <https://dpej.rae.es/lema/principio-acusatorio>. Sítio consultado em 11.10.2022 (tradução nossa).

100 ESPANHA. Real Academia Espanhola. **Diccionario Panhispánico del Español Jurídico**. Disponível em <https://dpej.rae.es/lema/principio-acusatorio>. Sítio consultado em 11.10.2022 (tradução nossa).

Com o princípio acusatório, agora as funções de acusar e julgar são exercidas por diferentes órgãos, exatamente para manter a imparcialidade do corpo judiciário. Como afirma o brocardo que uma imagem vale mais que mil palavras, vejamos a conformação física de uma sala do Judiciário espanhol:^{101 102}



Figura 2 – Conformação do Judiciário espanhol

Fonte: Poder Judicial Espanhol.

Pela imagem, ao contrário da pintura analisada anteriormente, verificamos que agora existe um órgão acusatório, o Ministério Público com as denúncias eventuais, e um órgão judicial, o Juiz ou Juíza, Magistrada ou Magistrado ou Tribunal com a função de julgar. Esse princípio acusatório tem origem

101 Disponível em <https://www.poderjudicial.es/cgpi/>. Sítio consultado em 11.10.2022.

102 Disponível em <https://www.poderjudicial.es/cgpi/>. Sítio consultado em 11.10.2022.

ocidental no Direito Romano. Mais tarde, houve um desenvolvimento do princípio na Inglaterra, a partir da qual o princípio foi levado para a França pela Revolução Francesa e essa o expandiu para a Europa Continental com a regra, então, de que as funções de acusar e julgar são separadas.

Como a inquisição não teve muitos sucessos em sua instalação na Inglaterra devido ao Concílio de Lateranense IV, o antigo sistema acusatório já existente no Direito Romano¹⁰³ foi mantido mais presente na ordem secular inglesa, diminuindo a possibilidade de inquisição. O professor NEVA resume que a origem do sistema acusatório “foi o sistema de julgamento mais difundido em Roma. Em todo caso, como indiquei anteriormente, era o modelo vigente na Inglaterra do século XVIII, época em que o Direito inglês influenciou os juristas franceses e dali se espalhou para o restante da Europa”¹⁰⁴.

Com o desenvolvimento de tal sistema acusatório, há respeito ao contraditório e ao princípio da defesa (devido processo legal), promotores e juízes são pessoas e órgãos diferentes e há uma restrição à iniciativa probatória do Judiciário para manter sua imparcialidade. Isto porque, se o juiz também é o acusador e a defesa, não há como falar em princípio do contraditório e

103 Importa verificar aqui o desenvolvimento que já tinha o Direito Romano, que foi inclusive uma das origens mais antigas do princípio acusatório, pois, segundo o Professor NIEVA, “o Direito Romano de *Corpus iuris civilis* prevê a existência de um sistema exclusivamente acusatório, haja vista que os poucos indícios que existem de compulsão do poder público a uma acusação na chamada *pública iudicia* partem também do fundamento da existência de uma acusação. [...] Mas seja como for, pelo que sabemos, pelo menos formalmente o modelo acusatório sempre foi respeitado” (FENOLL, Jordi Nieva. **Derecho Procesal III. Proceso Penal**. Marcial Pons: Barcelona, 2017, p.17) (tradução nossa).

104 FENOLL, Jordi Nieva. **Derecho Procesal III. Proceso Penal**. Marcial Pons: Barcelona, 2017, p.17 (tradução nossa).

princípio de defesa, pois, como é a mesma pessoa que faz a acusação e a defesa, conseqüentemente, não podem se contraditar, violando o devido processo legal.

O princípio ou sistema acusatório muda a realidade, deixando o princípio inquisitivo, pois, como afirmou o jurista Ferrajoli (2013)¹⁰⁵, “*nullun in iudicium sine accusatione*” (nulo é o julgamento sem acusação) e agora as figuras do juiz e do promotor são diferentes para a imparcialidade. Com o princípio acusatório, as funções de julgar e acusar passaram a ser exercidas por pessoas diferentes e, conseqüentemente, a gestão de provas muda para a possibilidade de que o juiz tenha alguma iniciativa probatória ainda (limitada no sistema acusatório formal e inexistente no sistema acusatório puro), mas ela agora é residual e subsidiária às ações da acusação e da defesa.

Talvez o melhor exemplo da atuação residual do juiz na iniciativa probatória com o sistema acusatório no Brasil seja o parágrafo único do artigo 212 da CPP¹⁰⁶, que, ao tratar da audiência de testemunhas, determina que o juiz poderá formular perguntas complementares às formuladas pelas partes no processo caso ainda haja dúvida de fato. Para a maior parte da doutrina brasileira, a República Federativa do Brasil adotou o princípio

105 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. 10ª Ed. Madrid: Trotta, 2013.

106 Essa é a redação do artigo 212 do Código de Processo Penal do Brasil (CPP): “Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)” (BRASIL. **Código de Processo Penal** de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-3689compilado.htm. Sítio consultado em: 29.09.2022).

acusatório a partir da redação do artigo 129, I, de sua Constituição¹⁰⁷. Isto, porque, como diz a Carta que a denúncia será feita por uma acusação, no Brasil chamado Ministério Público, não pode mais ser feita pelo juiz.

A gestão da prova no sistema acusatório pode ser de dois tipos, segundo o estudioso Renato Brasileiro¹⁰⁸: I) sistema acusatório puro, em que o juiz não pode produzir prova *ex officio* nunca; e II) sistema acusatório não puro, misto ou formal, em que o juiz tem alguma iniciativa probatória restringida, cujo exemplo é o Brasil. Pois, como o Ministério Público acusa, a Defesa defende e o Juiz julga, essa passa a ter sua imparcialidade mantida, exatamente como expressão da reserva de jurisdição. Também, como consequência, há um afastamento da antiga busca pela verdade real.

No sistema acusatório, sabe-se que não é possível conhecer e reproduzir os fatos exatamente como ocorreram, então há um afastamento da antiga busca pela verdade real do sistema de inquisitivo. O que importa agora é a verdade encontrada na contradição entre acusação e defesa com respeito às garantias processuais. Por outro lado, então, há a nova preocupação de respeito pelas garantias constitucionais e legais como o devido processo legal, paridade de armas, isonomia entre outras, pois, como

107 Essa é a redação do artigo 129, I, da Constituição do Brasil: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm. Sítio consultado em: 29.09.2022).

108 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p.43.

chegou a afirmar Ferrajoli (2013)¹⁰⁹, “*nulla probatio sine defensione*” (a prova é nula se não houver defesa).

Com isso, o réu deixa de ser objeto de investigação como era no quadro retratando o julgamento de Galileu Galilei em um período de vigência de um sistema inquisitivo e se torna um verdadeiro sujeito processual junto com sua defesa, tendo muito mais voz em juízo. Em verdade, juntos com o princípio acusatório, há ainda a instauração do princípio da defesa, pois as funções antes concentradas no juiz para acusar e julgar encontram-se agora divididas e em dialética entre Ministério Público e Poder Judiciário, permitindo o contraditório, razão do surgimento do princípio da defesa¹¹⁰.

Com o *actum trio personarum*, temos um juiz ante as partes (acusação e defesa) mais inerte para preservar sua imparcialidade. Portanto, de acordo com o princípio acusatório, o acusado passa a ter direitos (garantias) que podem se opor à condução do processo (princípio do contraditório ou defesa)¹¹¹.

109 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. 10ª Ed. Madrid: Trotta, 2013.

110 Princípio da defesa, do contraditório ou da refutação, todos princípios como expressão do devido processo legal, do qual surgem múltiplos princípios em decorrência da separação das funções de acusar, defender e julgar como o princípio acusatório, o princípio do ônus da prova ou verificação e o princípio do contraditório ou defesa ou refutação.

111 Exatamente para garantir um contraditório real, efetivo e equilibrado, a jurisprudência da Súmula 707 do Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF) determina que: “constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 707**. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula707/false>. Sítio consultado em 29.09.2022).

PRINCÍPIO ACUSATÓRIO COMO GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS

O princípio acusatório é essencial para a imparcialidade judicial e, por isso, foi estabelecido como valor judicial determinante nos Princípios de Bangalore, que são diretrizes sobre conduta judicial da Organização das Nações Unidas para os países, elaborado a partir de contribuições de juristas de vários sistemas jurídicos.

Nos Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, o valor 2 é “Justiça Princípio. A imparcialidade é essencial para o correto desempenho das funções judiciais. A Justiça refere-se não apenas à decisão em si, mas também ao processo pelo qual ela é tomada”¹¹². Ainda no campo das regulações, agora em ferramentas com conteúdo mais obrigatório, temos determinações de respeito à imparcialidade que exigem o princípio acusatório na Declaração Universal, no Pacto sobre Direitos Cíveis e Políticos, na Convenção Interamericana e também no Convênio Europeu. A Declaração Universal dos Direitos Humanos ratificada em 10 de dezembro de 1948 pelos países da Organização das Nações Unidas (ONU) em Paris, França, determina que a imparcialidade deve ser regra de julgamento em seu artigo 10, que tem a seguinte redação:

Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, a ser ouvida publicamente e com justiça por um **tribunal independente e imparcial**, para a determinação de seus

112 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial** de 2002. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/ji/training/19-03891_S_ebook.pdf. Sítio consultado em: 20.10.2022 (tradução nossa).

direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal (ONU, 1948. grifo nosso).¹¹³

Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, outro dos três instrumentos que compõem a Carta Internacional dos Direitos Humanos juntamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, determina em seu artigo 14 que:

Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e cortes de justiça. Toda pessoa terá direito a ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um **tribunal competente, independente e imparcial**, estabelecido por lei, **na apuração de qualquer acusação de natureza penal formulada contra ela** ou para determinação de seus direitos ou obrigações de natureza civil. A imprensa e o público podem ser excluídos de todo ou parte dos julgamentos por considerações de moralidade, ordem pública ou segurança nacional em uma sociedade democrática, ou quando exigidos pelos interesses da privacidade das partes ou, na medida do estritamente necessário na opinião do tribunal, quando devido às circunstâncias especiais da matéria, a publicidade puder prejudicar os interesses da justiça; mas todas as sentenças em matéria penal ou contenciosa serão públicas, salvo nos casos em que o interesse de menores assim o exigir, ou nas acusações relativas a processos matrimoniais

113 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **La Declaración Universal de los Derechos Humanos** de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Sítio consultado em: 31.10.2022 (tradução nossa).

ou tutelares de menores (ONU, 1966, grifo nosso).¹¹⁴

Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como o Pacto de San José de Costa Rica em vigor desde 1978 e fundamento do sistema americano de promoção e proteção dos direitos humanos, determina em seu artigo 8º que:

Artigo 8.º Garantias judiciais 1. Toda a pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e em prazo razoável, por juiz ou tribunal competente, independente e **imparcial**, previamente estabelecida em lei, **na apuração de qualquer acusação criminal contra ela formulada**, ou na determinação de seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (OEA, 1969, grifo nosso)¹¹⁵.

Finalmente, o Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais adotadas pelo Conselho da Europa e em vigor desde 1953, como mecanismo de controle judicial de garantias individuais através do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, determina seu artigo 6:

114 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** de 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <https://www.ohchr.org/SP/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>. Sítio consultado em: 31.10.2022 (tradução nossa).

115 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convención Interamericana de Derechos Humanos** de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>. Sítio consultado em: 28.09.2022 (tradução nossa).

ARTIGO 6.º Direito a um processo justo 1. Todos têm direito a que a sua causa seja apreciada de forma justa, pública e num prazo razoável, por um Tribunal independente e imparcial, instituído por lei, que decidirá os litígios relativos aos seus direitos e obrigações de carácter **civil** ou **sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela**. A sentença deve ser proferida publicamente, mas o acesso à sala do tribunal pode ser proibido à imprensa e ao público durante todo ou parte do processo no interesse da moral, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da privacidade das partes no processo assim o exigirem ou na medida em que o tribunal o considere estritamente necessário, quando em circunstâncias especiais a publicidade possa prejudicar os interesses da justiça (CEE, 1950, grifo nosso)¹¹⁶.

ANÁLISE DO DIREITO COMPARADO ENTRE SISTEMAS NACIONAIS

Fora do cenário internacional, também podemos verificar expressões de normatividades seja diretamente da redação do princípio acusatório seja através do desenvolvimento do princípio acusatório com base na redação da garantia de imparcialidade em vários países como Brasil, Colômbia, Equador e Espanha. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “há íntima

116 CONSELHO DA EUROPA. **Convenio Europeo de Derechos Humanos** de 4 de novembro de 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf. Sítio consultado em: 20.10.2022.

relação entre a imparcialidade e o contraditório. A imparcialidade é essencial para que a tese defensiva seja considerada, pois em uma situação de aderência anterior do julgador à acusação, não há qualquer possibilidade de defesa efetiva”¹¹⁷.

Na Colômbia, a Corte Constitucional já determinou que “a representação do interesse estatal na supressão do crime e o ônus da prova ficam nas mãos de [uma entidade especializada] – a Procuradoria-Geral da Nação – e o juiz é liberado de certas funções oficiosas, típicas do modelo inquisitivo”¹¹⁸. No Equador, é a própria Constituição Política da República do Equador que garante que “todos têm livre acesso à justiça e à proteção célere, **imparcial** e efetiva de seus direitos e interesses, observados os princípios do imediatismo e da celeridade” (grifo nosso)¹¹⁹.

Na Espanha, o Poder Judiciário, mais especificamente o Superior Tribunal de Justiça Navarra, decidiu que o princípio acusatório requer uma acusação prévia e explícita, que permita ao acusado argumentar e fornecer provas para sua defesa, para garantir a imparcialidade do juiz ou Tribunal¹²⁰. Além disso, tal jurisprudência também determinou a observação de que a acusação seja feita por parte externa ao órgão jurisdicional e que seja

117 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 164.493/PR**. Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 09.03.2022.

118 COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-1291** de 2001 (tradução nossa).

119 EQUADOR. **Constitución de la República del Ecuador** de 20 de outubro de 2008. Disponível em: https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf. Sítio consultado em: 29.09.2022 (tradução nossa).

120 ESPANHA. Tribunal Superior de Justicia de Navarra. **STSJ NA 436/2021 – ECLI:ES:TSJNA:2021:436**.

mantida a persecução dentro dos termos de fato e jurídicos delimitados pela referida denúncia ou introduzidos pela defesa¹²¹.

Consequentemente, de acordo com esse Tribunal espanhol, pressupõe-se uma correlação entre a acusação e o veredicto da sentença. O juiz não pode condenar por factos diversos daqueles pelos quais a acusação foi feita, nem pode condenar outra pessoa que não o arguido¹²². Finalmente, com base na jurisprudência estabelecida no Tribunal espanhol, conclui-se que não é possível avançar com um processo judicial se em algum momento dele as partes – o Ministério Público ou outro querelante, dependendo de cada sistema jurídico nacional – retirarem ou não mantiverem a acusação¹²³.

JURISPRUDÊNCIA DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

No entanto, não apenas em regulamentos internacionais e nacionais e em tribunais nacionais, há proteção ao princípio acusatório, há ainda os julgamentos dos Tribunais Internacionais dos Direitos Humanos dos sistemas globais e regionais da América e da Europa que o protegem da mesma maneira. No sistema americano, temos o caso *Duque v. Colômbia* julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2016¹²⁴, e, no sistema

121 ESPANHA. Tribunal Superior de Justicia de Navarra. **STSJ NA 436/2021 – ECLI:ES:TSJNA:2021:436**.

122 ESPANHA. Tribunal Superior de Justicia de Navarra. **STSJ NA 436/2021 – ECLI:ES:TSJNA:2021:436**.

123 ESPANHA. Tribunal Superior de Justicia de Navarra. **STSJ NA 436/2021 – ECLI:ES:TSJNA:2021:436**.

124 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Duque Vs. Colombia**. Sentença de 26 de

européu, temos os casos *Castillo Algar v. Espanha* de 1998¹²⁵ e *Morel v. França* de 2000¹²⁶ ambos julgados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

O caso *Duque Vs. Colômbia* debate a imparcialidade diante do preconceito por orientação sexual, o caso *Castillo Algar Vs. Espanha* decorre do princípio acusatório objetivo e subjetivo e o caso *Morel Vs. France* discute a imparcialidade perante as provas debatidas ou a aplicação de convicções muito pessoais do juiz. Talvez o caso *Castillo Algar Vs. Espanha* seja o mais importante deles, porque foi nele que se desenvolveram as categorias de imparcialidade subjetiva e objetiva a partir do princípio acusatório, que até agora são ferramentas para verificar o respeito ou não ao referido princípio.

O primeiro dos requisitos de imparcialidade para respeitar o sistema acusatório é a imparcialidade subjetiva que se refere à conduta e às circunstâncias de cada juiz com base principalmente em seus vínculos, interesses, comportamentos ou relacionamentos que ele tem com as partes. A partir do julgamento do Tribunal de Estrasburgo, os princípios de Bangalore orientam que “o tribunal deve ser subjetivamente imparcial, ou seja, nenhum membro do tribunal deve ser tendencioso ou ter qualquer preconceito a nível pessoal. A imparcialidade pessoal deve ser presumida, a menos que haja prova caso contrário”¹²⁷.

fevereiro de 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf. Sítio consultado em 11.10.2022.

125 CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Castillo Algar c. España**, n.º. 28194/1995, CEDH 1996.

126 CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Morel c. Francia**, n.º. 34130/96, CEDH 2000-VI.

127 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Comentário Relativo a los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial**. Nueva York, 2013,

Por outro lado, a perspectiva objetiva do princípio da imparcialidade objetiva assegurar que os juízes e magistrados que intervêm na resolução de um processo o abordem sem prevenções ou preconceitos que em seu ânimo talvez possam existir devido a um relacionamento ou contato anterior com o objeto do processo. Com fundamento no acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, os princípios de Bangalore agora orientam que “o tribunal também deve ser imparcial desde um ponto de vista objetivo, ou seja, deve oferecer garantias suficientes para afastar qualquer dúvida legítima a esse respeito”¹²⁸.

A imparcialidade objetiva é a necessidade não apenas da existência da imparcialidade (imparcialidade subjetiva), mas também a existência de uma aparência de imparcialidade (imparcialidade objetiva), independente da conduta pessoal do juiz ou do Tribunal para garantir credibilidade e confiança no sistema de Justiça¹²⁹. Aqui, então, considerando importante tanto a

p. 61. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2012/V1380121-SPAN_eBook.pdf. Sítio consultado em: 31.10.2022 (tradução nossa).

128 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Comentario Relativo a los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial**. Nueva York, 2013, p. 61. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2012/V1380121-SPAN_eBook.pdf. Sítio consultado em: 31.10.2022 (tradução nossa).

129 Assim, a imparcialidade objetiva é um bônus à imparcialidade subjetiva, necessária para garantir a confiança da sociedade democrática no trabalho fundamental do Judiciário, pois: “ao ser feita essa verificação, deve-se apurar se, independentemente da conduta pessoal do juiz, há fatos demonstráveis que podem lançar dúvidas sobre sua imparcialidade. Nesse sentido, até a aparência é importante. O que está em jogo é a confiança que os tribunais devem inspirar ao público em uma sociedade democrática, incluindo o acusado. Portanto, qualquer juiz em relação ao qual existam razões legítimas para temer uma falta de imparcialidade de sua parte deve se afastar” [ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Comentario Relativo a los Principios**

imparcialidade real ou interna quanto a aparência de imparcialidade externa ou formal, vale o brocardo romano, segundo o qual, *mulier Caesaris non fit suspecta etiam suspitione vacare debet*¹³⁰, para a confiança no sistema judicial pela sociedade e pelo réu. Portanto, em conclusão, verificamos que o princípio ou sistema acusatório é uma ferramenta indispensável para manter a imparcialidade judicial e que, conseqüentemente, é um mecanismo para permitir a defesa com um contraditório *actum trio personarum*. Na verdade, o princípio acusatório é uma garantia fundamental sobre a qual é possível desenvolver os princípios de defesa e de presunção de inocência (e *in dubio pro reo*)¹³¹, como consequência e possibilidade do sistema acusatório.

Com o princípio acusatório, a função de julgar é separada das demais no processo, o que torna possível a existência de um princípio da defesa em contraposição à parte acusadora: *nulla probatio sine defensione* (a prova é nula se não houver defesa)¹³². Já com o princípio da defesa, o ônus da prova dos fatos imputados é atribuído à acusação, o que resulta que o acusado é presumido inocente (princípio da presunção de inocência) e que, não havendo prova certa, o acusado é absolvido (*in dubio pro reo*): *nulla accusatio*

de Bangalore sobre la Conducta Judicial. Nueva York, 2013, p. 61. Disponível em https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2012/V1380121-SPAN_eBook.pdf. Sítio consultado em 31.10.2022.] (tradução nossa).

130 A esposa de César não deve apenas ser honesta, mas também aparentar ser honesta (tradução).

131 Colocamos assim, porque, para alguns estudiosos como o professor NIEVA, princípio da presunção de inocência e *in dubio pro reo* são a mesma coisa; já para outros estudiosos como a professora CORCOY, o princípio da presunção de inocência e *in dubio pro reo* podem e devem ser diferenciados.

132 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.** 10ª Ed. Madrid: Trotta, 2013.

sine probatione (nula é a acusação sem prova)¹³³. De fato, na verdade, a conexão entre o princípio acusatório, o princípio da defesa e o princípio da presunção de inocência (e *in dubio pro reo*) é muito bem configurada pelo jurista Luigi Ferrajoli nos dez axiomas de sua teoria do garantismo penais. Vamos vê-los:

- “1. Nulla poena sine crimine (NULA É A PENA, SEM CRIME): retributividade;
2. Nullum crimen sine lege (NÃO EXISTE CRIME SEM LEI PRÉVIA): legalidade;
3. Nulla lex (poenalis) sine necessitate (NÃO HÁ LEI SEM NECESSIDADE): necessidade;
4. Nulla necessitas sine iniuria (NÃO HÁ NECESSIDADE SE NÃO HOVER LESÃO/DANO): lesividade;
5. Nulla iniuria sine actione (NÃO HÁ DANO SEM AÇÃO): materialidade;
6. Nulla actio sine culpa (NÃO HÁ AÇÃO SEM CULPA): culpabilidade;
7. Nulla culpa sine iudicio (NÃO HÁ CULPA SEM JURISDIÇÃO): jurisdicionalidade;
8. Nullum indicium sine chargee (NULO É O JULGAMENTO SEM ACUSAÇÃO: acusatório);
9. Nulla accusatio sine probatione (NULA É A ACUSAÇÃO SEM PROVA): ônus da prova;

133 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. 10ª Ed. Madrid: Trotta, 2013.

10. *Nulla probatio sine defensione* (NULA É A PROVA SE NÃO HÁ DEFESA): contraditório ou defesa¹³⁴.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema processual de um país é certamente algo central para o direito nacional. Na tarefa de estruturar um ordenamento jurídico, principalmente em questões mais sensíveis como o direito processo penal, que produz investigações efetivas a respeito dos direitos e garantias individuais fundamentais e humanos, o legislador pode estar mais ou menos influenciado pelos princípios acusatórios ou inquisitivos, a partir do que se justificaria um maior ou menor respeito pela imparcialidade do juiz.

Talvez a forma mais antiga de estruturar o processo penal seja através do princípio acusatório. Desenvolvido a partir do Direito Romano, o sistema acusatório foi preservado na Inglaterra, a partir de onde voltou para a Europa Continental através da Revolução Francesa para defender um modelo em que as funções de acusar, defender e julgar são exercidas por atores processuais diferentes e com a presença de juiz sem iniciativa probatória para garantir sua imparcialidade judicial.

Por outro lado, o princípio inquisitivo foi desenvolvido a partir da atividade investigadora da Igreja na Idade Média e influenciou fortemente o sistema jurídico-penal dos países da Europa Continental. Um sistema inquisitivo é um sistema de processo criminal estruturado a partir de uma confusão das funções de acusar e julgar na mesma pessoa: o juiz inquisidor que tem

134 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.** 10ª Ed. Madrid: Trotta, 2013, p.93-94 (tradução nossa).

amplios poderes de produção de prova com o objetivo de garantir a eficácia da investigação em busca da verdade real.

A garantia fundamental do princípio ou sistema acusatório é uma ferramenta desenvolvida para promover um processo justo e atualmente já está estabelecida no estado da arte do devido processo legal. A partir do desenvolvimento inicial do princípio acusatório para manter a imparcialidade judicial com a separação das funções de acusar e julgar, foi possível que os acusados deixassem de ser objetos do processo e passassem a ser sujeitos do direito à defesa como verdadeira garantia judicial.

Já estabelecidos os princípios acusatórios e de defesa, pois agora havia órgão acusador que tinha o ônus de provar suas acusações, como a acusação tem o ônus de provar suas acusações, o réu é abstratamente presumido inocente no processo. Portanto, com o desenvolvimento de tais garantias, foi possível um julgamento mais justo, principalmente com a melhor preservação da imparcialidade judicial necessária para a confiança da sociedade no sistema de Justiça, pois, como afirma o brocardo: “quem tem um juiz como acusador precisa de Deus como defesa”¹³⁵.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARROS, Marcos Antonio de Barros. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

135 RADBRUCH, G. **Introducción a la Ciencia del Derecho**. Tradução de Luís Recasens Sitges. Librería General de Victoriano Suárez: Madrid, 1930, p.177 (tradução nossa).

BRASIL. **Código de Processo Penal** de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Sítio consultado em: 29.10.2022.

BRASIL. **Código Penal de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Sítio consultado em: 29.10.2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Sítio consultado em 29.09.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 523**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario-Sumulas.asp?sumula=2729>. Sítio consultado em: 29.09.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 707**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula707/false>. Sítio consultado em: 29.09.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 242.021**. Quinta Turma; Rel. Mina. Laurita Vaz; DJE 04.09.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg-AREsp 973.343**. Sexta Turma. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; DJE 28.04.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.205.005/SP**, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 25/5/2021, DJe de 31/5/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp n. 1.815.720/PR**, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/2/2022, DJe de 15/2/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp n. 1.815.720/PR**, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/2/2022, DJe de 15/2/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RHC n. 155.064/SP**, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 5/4/2022, DJe de 8/4/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 164.493/PR**. Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 09.03.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MC na AD 6.299/DF**, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 22.01.2020.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho & MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. Dividir competências não é suficiente evitar contaminação do juiz do processo. *In: Consultor Jurídico*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-23/opiniao-dividir-competencias-nao-basta-evitar-contaminacao>. Sítio consultado em: 11.10.2022

CATENA, Víctor Moreno & DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. **Derecho Procesal Penal**. 10ª edição. Tirant lo Blanch: Madrid. 2020.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CONSELHO DE EUROPA. **Convênio Europeu de Direitos Humanos** de 4 de novembro de 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf. Sítio consultado em: 20.10.2022.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Castillo Algar c. España**, n.º. 28194/1995, CEDH 1996.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Morel c. Francia**, n.º. 34130/96, CEDH 2000-VI.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Piersack Vs. Bélgica**, n.º. 8/1982, CEDH 1982.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-1291** de 2001.

DATAR, Arvind. The origins of “Justice must be seen to be done”. In: **Bar and Bench**. Disponível em: <https://www.barandbench.com/columns/the-origins-of-justice-must-be-seen-to-bedone#:~:text=Ff%20sentences%20have%20been%20quoted,of%20this%20case%20are%20interesting>. Sítio consultado em: 13.10.2022.

DIDIER JR. Freddie. **Curso de direito processual civil.** Vol. I. Salvador: Ed. Juspodivm, 9ª edição, 2009.

ESPAÑA. Real Academia Española. **Diccionario Panhispánico del Español Jurídico**. Disponible em: <https://dpej.rae.es/lema/principio-acusatorio>. Sitio consultado em: 11.10.2022.

ESPAÑA. **Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal**. Disponible em: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20%281%29.pdf>. Sitio consultado em: 19.10.2022.

ESPAÑA. **Código Penal** de 23 de novembro de 1995. Disponible em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Sitio consultado em: 29.10.2022.

ESPAÑA. **Ley de Enjuiciamiento Criminal** de 14 de setembro de 1882. Disponible em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>. Sitio consultado em: 29.10.2022.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 9/2021**, de 1º de julho de 2021. Disponible em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-10957>. Sitio consultado em: 19.10.2022.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 6/1985**, de 1º de julho, do Poder Judiciário. Disponible em <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666#adoscientosdiecinueve>. Sitio consultado em 13.10.2022.

ESPAÑA. Tribunal Superior de Justicia de Navarra. **STSJ NA 436/2021 – ECLI:ES:TSJNA:2021:436**.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sala Primeira. **Sentencia 41/1998**, de 24 de fevereiro de 1998.

ESPAÑA. Poder Judicial. Disponível em: <https://www.poder-judicial.es/cgpj/>. Acesso em: 11.10.2022.

EQUADOR. **Constitución de la República del Ecuador** de 20 de outubro de 2008. Disponível em: https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf. Sítio consultado em: 29.09.2022.

FENOLL, Jordi Nieva. **Derecho Procesal III. Proceso Penal**. Marcial Pons: Barcelona, 2017.

FENOLL, Jordi Nieva. **Fundamentos de Derecho Procesal Penal**. Edisofer: Madrid, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. 10ª Ed. Madrid: Trotta, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GIACOMOLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIMENO, Vicente. SENDRA, Manuel Díaz Martínez & LÓPEZ, Sonia Calaza. **Derecho Procesal Penal**. Tirant lo Blanch: Madrid. 2021.

HEREDADA. La historia heredada. Disponível em: <https://lahistoriaheredada.com/inquisicion-y-ciencia/>. Acesso em: consultado em 29.10.2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 8ª Ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

LOPES JR. Aury. Juízes inquisidores? e paranoicos. uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos. In: **INCCRIM**. 2003. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/3357/>. Sítio consultado em: 11.10.2022.

LOPES JR. Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

MEDINA, José Andrés Medina. La mujer del César no solo debe serlo, sino parecerlo. In: **El Diario**. 2014. Disponível em: https://www.eldiario.es/canariasahora/lagomeraahora/la-gomera-opina/mujer-cesar-solo-serlo-parecerlo_132_4561858.html. Sítio consultado em: 13.10.2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Comentário Relativo a los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial**. Nueva York, 2013, p.61. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2012/V1380121-SPAN_eBook.pdf. Sítio consultado em: 31.10.2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **La Declaración Universal de los Derechos Humanos** de 10 de

dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Sítio consultado em: 31.10.2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial** de 2002. Disponível em https://www.unodc.org/documents/ji/training/19-03891_S_ebook.pdf. Sítio consultado em 20.10.2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** de 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <https://www.ohchr.org/SP/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>. Sítio consultado em: 31.10.2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convención Interamericana de Derechos Humanos** de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>. Sítio consultado em: 28.09.2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Duque Vs. Colombia**. Sentença de 26 de fevereiro de 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf. Sítio consultado em: 11.10.2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Derechos Humanos. **J. Vs. Perú**. Sentença de 27 de novembro de 2013. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf. Sítio consultado em: 30.09.2022.

ORTEGA, Juan José & FERNÁNDEZ, Ignacio Rodríguez. El proceso penal como sistema de garantías (I): la imparcialidad del juez en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la propuesta de Código Procesal Penal. In: **Diario La Ley**. Nº 8077, Seção Documento on-line, 7 de maio de 2013, Ref. D-166, 2013.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

RADBRHUCH, G. **Introducción a la Ciencia del Derecho**. Tradução de Luís Recasens Sitges. Librería General de Victoriano Suárez: Madrid, 1930.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. El garantismo procesal. In: **Activismo y garantismo procesal**. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.

YAGÜES, Verónica LÓPEZ y otros. **Derecho Procesal Penal**. Tirant lo Blanch: Madrid. 2019.

Sobre o livro

Capa	Jéfferson Ricardo Lima Araujo Nunes
Projeto Gráfico e Diagramação	Jéfferson Ricardo Lima Araujo Nunes
Normalização e Revisão Linguística	Elizete Amaral de Medeiros
Tipologias utilizadas	Aller 14/16 pt Adobe Caslon Pro 12/14 pt

Fruto de imersão acadêmica, por quem faz o Poder Judiciário, este livro traz à luz as inquietações acerca da atividade jurisdicional, seus limites e impacto socioeconômico, além da discussão de temas relacionados aos direitos humanos, proteção de vulneráveis, sustentabilidade nas relações econômicas e regularização fundiária, dentre outros.

Nesta coletânea inaugural de contribuição para as ciências jurídicas, a Escola Superior da Magistratura da Paraíba propõe aos operadores do direito um olhar atual acerca da complexa relação entre fato e normatividade, sob o prisma da articulação dos saberes científicos que promovem soluções adequadas ao presente, com vista no futuro, deixando no passado os conceitos que já não servem à sociedade contemporânea

ISBN 978-85-7879-939-7

