

REVISTA

Judiciária, DO PARANÁ

ANO XVI - MAIO 2021

Bonijuris
Editora



AMAPAR
ASSOCIAÇÃO DOS
— MAGISTRADOS —
— DO PARANÁ —

21

REVISTA
Judiciária,
DO PARANÁ

ISSN 2316-4212

REVISTA
Judiciária
DO PARANÁ

Diretor
Joatan Marcos de Carvalho

Editor
Luiz Fernando de Queiroz

21

www.revistajudiciaria.com.br

Revista Judiciária do Paraná – Ano XVI – n. 21 – Maio 2021

Versão digital: www.revistajudiciaria.com.br

Periodicidade: Semestral (novembro e maio)

Realização: Associação dos Magistrados do Paraná – Amapar

EDITOR RESPONSÁVEL

Luiz Fernando de Queiroz

COORDENAÇÃO DE CONTEÚDO

Geison de Oliveira Rodrigues

Pollyana Elizabethe Pissaia

REVISÃO

Dulce de Queiroz Piacentini

Noeli do Carmo Faria

PRODUÇÃO GRÁFICA

Jéssica Regina Petersen

DIAGRAMAÇÃO

Josiane C. L. Martins

CAPA

Priory

Edição, Publicação e Distribuição

EDITORA BONIJURIS LTDA.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

41 3323-4020 / 0800-645-4020

sac@bonijuris.com.br

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Index Consultoria em Informação e Serviços Ltda.

Revista Judiciária do Paraná / Associação dos Magistrados do
Paraná.— v. 1, n. 1— , (jan. 2006)— . — Curitiba :
AMAPAR, 2006.

Semestral

ISSN 2316-4212

1. Poder Judiciário – Paraná. 2. Juízes – Paraná.

CDD (20. ed.) 347.8162

CDU (2. ed.) 347.96(816.2)

1ª tiragem: 1.500 exemplares

REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ

CONSELHO EXECUTIVO

PRESIDENTE Geraldo Dutra de Andrade Neto

DIRETOR Joatan Marcos de Carvalho

MEMBROS Alberto Junior Veloso
Clayton de Albuquerque Maranhão
Rogério de Vidal Cunha
Rosana Andriguetto de Carvalho

EDITOR RESPONSÁVEL Luiz Fernando de Queiroz

CONSELHO EDITORIAL Albino de Brito Freire
Anita Zippin
Cláudia Lima Marques
Clèmerson Merlin Clève
Edson Ferreira Freitas
Fernando Antônio Prazeres
Francisco de Oliveira Cardoso
Ives Gandra da Silva Martins
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Jorge de Oliveira Vargas
José Laurindo de Souza Netto
José Sebastião Fagundes Cunha
Juarez Cirino dos Santos
Laurentino Gomes
Luiz Edson Fachin
Luiz Fernando Tomasi Keppen
Manoel Caetano Ferreira Filho
Mário Frota
Miguel Kfouri Neto
René Ariel Dotti "*in memoriam*"
Ricardo Hasson Sayeg
Roberto Portugal Bacellar
Teresa Arruda Alvim

APOIO INSTITUCIONAL

Associação dos Condomínios Garantidos do Brasil – **ACGB**

Associação dos Magistrados do Paraná – **AMAPAR**

(www.amapar.com.br)

Associação dos Magistrados do Trabalho – **AMATRA**

(www.amatra9.org.br)

Associação Paranaense dos Juízes Federais – **APAJUFE**

(www.apajufo.com.br)

Escola da Magistratura do Paraná – **EMAP**

(www.emap.com.br)

Escola de Magistratura Federal do Paraná – **ESMAFE**

(www.esmafe.com.br)

Escola dos Magistrado do Trabalho do Paraná – **EMATRA**

(www.ematra9.org.br)

Escola Judicial da América Latina – **EJAL**

(www.ejal.org)

Rede Latino-Americana de Juízes – **REDLAJ**

(www.redlaj.net)

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – **TJPR**

(www.tjpr.jus.br)

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ – AMAPAR

DIRETORIA

PRESIDENTE

Geraldo Dutra de Andrade Neto

1º VICE-PRESIDENTE

Jederson Suzin

2º VICE-PRESIDENTE

Helio Cesar Engelhardt

3º VICE-PRESIDENTE

Luis Eduardo Asperti Nardi

4º VICE-PRESIDENTE

José Candido Sobrinho

5º VICE-PRESIDENTE

Antonio Lopes de Noronha

6º VICE-PRESIDENTE

Jeane Carla Furlan

1º SECRETÁRIO

Márcio José Tokars

2º SECRETÁRIO

Mario Nini Azzolini

1º TESOUREIRO

Ricardo Henrique Ferreira Jentzsch

2º TESOUREIRO

Romero Tadeu Machado

DIRETORES EXECUTIVOS

Antonio Lopes de Noronha Filho, Antonio José Carvalho da Silva Filho, Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes, Eduardo Casagrande Sarrão, Fábio Ribeiro Brandão, Fernando Bueno da Graça, Frederico Mendes Júnior, Guilherme de Paula Rezende, Marcel Guimarães Rotoli de Macedo, Marco Vinicius Schiebel, Mario Luiz Ramidoff, Rafael Velloso Stankevecz, Roberto Antonio Massaro, Rodrigo Fernandes Lima Dalledone

APOIO E VALORIZAÇÃO AO MAGISTRADO

Alarico Francisco Rodrigues de Oliveira Junior, Antonio Evangelista de Souza Netto, Beatriz Fruet de Moares, Fernanda Monteiro Sanches, Jailton Juan Carlos Tontini, Luciano Souza Gomes, Rogério de Vidal Cunha, Vitor Toffoli

DEPARTAMENTOS

SEGURANÇA – DIRETOR

José Orlando Cerqueira Bremer

SEGURANÇA – VICE-DIRETOR

Fernando Bardelli Silva Fischer

SEGURANÇA – MEMBROS

Ferdinando Scremin Neto, Celso Jair Mainardi, Leonardo Bechara Stancioli

BOAS PRÁTICAS – DIRETORA

Bruna Richa Cavalcanti de Albuquerque

BOAS PRÁTICAS – VICE-DIRETOR

Marcelo Quentin

BOAS PRÁTICAS – MEMBRO

Marcelo Marcos Cardoso

APOSENTADOS – DIRETOR

João Maria de Jesus Campos Araújo

APOSENTADOS – VICE-DIRETOR

Antonio Ivair Reinaldin

ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Diego Santos Teixeira, Bruno Régio Pegoraro

ASSUNTOS LEGISLATIVOS – DIRETOR

Marcelo Pimentel Bertasso

ASSUNTOS LEGISLATIVOS

Glauco Alessandro de Oliveira, Adriano Scussiatto Eyng, Rafael Altoé, Pedro Roderjan Rezende, Marcel Ferreira dos Santos, Marcelo Furlanetto da Fonseca, Osvaldo Canela Junior, Rafael Wasserman, João Guilherme Barbosa Elias

ASSUNTOS PREVIDENCIÁRIOS

Marco Antonio da Cunha Araújo

ARTICULAÇÃO POLÍTICA

Anderson Ricardo Fogaça

COMUNICAÇÃO SOCIAL – DIRETORES

Rogério Ribas, Marcelo Pimentel Bertasso

CONVÊNIO – DIRETOR

Daniel Ribeiro Surdi de Avelar

CONVÊNIO – VICE-DIRETOR

Ricardo Augusto Reis de Macedo

CULTURAL – DIRETOR

Ramon de Medeiros Nogueira

CULTURAL – MEMBRO

Rafaela Zarpelon

POLÍTICAS PARA MULHER – DIRETORA

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

COMISSÃO ESTUDOS NCCP E CP – PRESIDENTE

Daniel Ribeiro Surdi de Avelar

COMISSÃO ESTUDOS NCCP E CP – VICE-PRESIDENTE

Leonardo Bechara Stancioli

COMISSÃO PERMANENTE – RES. 21/2019 CNJ

Marcel Ferreira dos Santos

COMISSÃO ESTUDOS PROMOÇÃO TJPR – COORD.

Marcelo Pimentel Bertasso, Marcel F. dos Santos

COMISSÃO ESTUDOS PROMOÇÃO TJPR – MEMBROS

Carolina Fontes Vieira, Clayton de Albuquerque Maranhão, Huber Pereira Cavalheiro, Jederson Suzin, Luciano Carrasco Falavinha Souza, Marcelo Quentin, Sigret Heloyna Raymundo de Camargo Vianna

RECURSOS HUMANOS – DIRETORA

Luciana Benassi Gomes Carvalho

RECURSOS HUMANOS – VICE-DIRETORA

Adriana Benini

COMENDA ALCESTE RIBAS DE MACEDO – PRESIDENTES

Eduardo Casagrande Sarrão

Marcos Antonio de Souza Lima

COMISSÃO MEDALHA ANTONIO FRANCO FERREIRA DA COSTA – PRESIDENTES

Eduardo Casagrande Sarrão

Marcos Antonio de Souza Lima

COMISSÃO LOCAÇÃO

Francisco Carlos Jorge, João Maria de Jesus C. Araújo, Marcos Antonio da Cunha Araújo

COMISSÃO PERMANENTE DE ESTUDOS EM DIREITO

DE FAMÍLIA, INFÂNCIA E JUVENTUDE

Carlos Eduardo Mattioli Kockanny,

Fábio Ribeiro Brandão, Ivanise Maria Tratz Martins, Luciana Assad Luppi Ballalai, Mario Luiz Ramidoff, Noeli Salete Tavares Reback, Rodrigo Rodrigues Dias, Sergio Luiz Kreuz

DIVULGAÇÃO E REVISTA

Joatan Marcos de Carvalho

DIVULGAÇÃO E REVISTA – MEMBROS

Alberto Junior Veloso, Clayton de Albuquerque Maranhão, Rosana Andriquetto de Carvalho, Rogerio de Vidal Cunha

ESPORTES

Eduardo Ressetti P. Marques Vianna

ATLETISMO

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

ESPORTE FEMININO – DIRETORA

Cristine Lopes

ESPORTE FEMININO – VICE-DIRETORA

Julia Maria Tesseroli de Paula Rezende

INFORMÁTICA

Antonio Sergio B. David Hernandes

INTEGRAÇÃO – CURITIBA, RMC E LITORAL

Sigret Heloyna R. de Camargo Vianna

INTEGRAÇÃO – INTERIOR

Rafaela Zarpelon

JURÍDICO

Antonio Mansano Neto

DIREITOS HUMANOS

Mayra dos Santos Zavattaro

MEMÓRIA E ARQUIVO

Chloris Elaine Justen de Oliveira

MOTOCICLISMO

Edgard Fernando Barbosa

MÚTUA

Themis de Almeida Furquim Côrtes

OBRAS – DIRETOR

Luiz Carlos Bellinetti

OUVIDORIA

Thiago Bertuol de Oliveira

PATRIMÔNIO

Francisco Carlos Jorge

PENSIONISTA

Marília de Oliveira Viel

PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO

Roberto Luiz Santos Negrão

RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Flavia da Costa Viana

SERSOCIAL – DIRETOR

Joel Pugsley

SERSOCIAL – MEMBROS

Andre Carias de Araujo, José Luiz Dosciatti,
Gilberto Ferreira

SOCIAL – DIRETORA

Nilce Regina Lima

SOCIAL – VICE-DIRETORA

Vanessa Jamus Marchi

SEDES

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR

Ederson Alves

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Alexandre Waltrick Caldecari

GUARATUBA – DIRETOR

João Maria de Jesus Campos Araujo

GUARATUBA – VICE-DIRETOR

Marcos Antonio da Cunha Araújo

LONDRINA – DIRETOR

Elias Duarte Rezende

CONSELHO FISCAL

PRESIDENTE

Marcos Antonio de Souza Lima

MEMBROS

Eduardo Ressetti Pinheiro Marques Vianna,
Jessica Valéria Catabriga Guarnier, Lourenço
Cristóvão Chemim, Luzia Terezinha Grasso
Ferreira

COMISSÃO DE PRERROGATIVAS

PRESIDENTE

Carlos Eduardo Mattioli Kockanny

GMF

PRESIDENTE

Diego Santos Teixeira

MEMBROS DA COMISSÃO

Antonio Sergio Bernardinetti,

SOCIAL – MEMBROS

Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da
Costa, Andrea Fabiane Groth Busato, Daniel
Ribeiro Surdi de Avelar

FUTEBOL – DIRETOR

Bruno Henrique Golon

TÊNIS – DIRETOR

Antonio Franco Ferreira da Costa Neto

TÊNIS – VICE-DIRETOR

Arthur Cezar Rocha Cazella Junior

MARINGÁ – DIRETOR

Antonio Mansano Neto

MARINGÁ – VICE-DIRETOR

José Camacho Santos

PIRAQUARA – DIRETOR

Anderson Ricardo Fogaça

PIRAQUARA – VICE-DIRETOR

Lorni Zaniolo

PONTA GROSSA – DIRETORA

Noeli Salete Tavares Reback

Rafaela Mari Turra, Suzana Massako Hirama
Loreto de Oliveira, Tais de Paula Scheer

SUPLENTES

Denise Terezinha Corrêa de Melo Krueger,
Cintia Graeff, Eduardo Villa Coimbra
Campos, Marcella de Lourdes de Oliveira
Ribeiro, Sidnei Dal Moro, Tatiane Bueno
Gomes

MEMBROS DA COMISSÃO

Carlos Henrique Licheski Klein, Alexandre
Gomes Gonçalves, Oswaldo Soares Neto,
Ariel Nicolai Cesa Dias

Ariel Nicolai Cesa Dias, Cintia Graeff,
Fernando Bardelli Silva Fischer, José
Orlando Cerqueira Bremer, Lourenço
Cristóvão Chemin, Marcelo Marcos
Cardoso, Ricardo Henrique Ferreira Jentzch

PROSP

PRESIDENTE

Oswaldo Canela Junior

EMAP

DIRETOR GERAL

Clayton de Albuquerque Maranhão

SUPERVISORA PEDAGÓGICA

Rafaela Mattioli Somma

COORD. GERAL DE CURSOS

Mauro Henrique Veltrini Ticianelli

COORD. CURSO EXTERNO E EAD

Mario Augusto Quintero Celegatto

MEMBROS DA COORD. CURSO EXTERNO E EAD

Marcelo Quentin

Antonio Evangelista de Souza Netto

CURITIBA – DIRETOR

Eduardo Novacki

CURITIBA – VICE-DIRETORA

Carolina Fontes Vieira

CASCAVEL – DIRETOR

Phellipe Muller

JUDICEMED

PRESIDENTE

Geraldo Dutra de Andrade Neto

VICE-PRESIDENTE

Luciano Carrasco Falavinha Souza

DIRETOR FINANCEIRO

Luís Carlos Xavier

DIRETOR ADMINISTRATIVO

Diego Santos Teixeira

MEMBROS

Antonio Lopes de Noronha, Glauco
Alessandro de Oliveira, Marcelo Pimentel
Bertasso, Oswaldo Soares Neto

CASCAVEL – VICE-DIRETOR

Pedro Ivo Lins Moreira

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR

Wendel Fernando Brunieri

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Rodrigo Luis Giacomini

LONDRINA – DIRETOR

José Ricardo Alvarez Vianna

LONDRINA – VICE-DIRETOR

Marcos Caires Luz

MARINGÁ – DIRETOR

Rafael Altoé

MARINGÁ – VICE-DIRETOR

Pedro Roderjan Rezende

PONTA GROSSA – DIRETOR

Helio Cesar Engelhardt

PONTA GROSSA – VICE-DIRETOR

Gilberto Romero Periotto

CONSELHO FISCAL – PRESIDENTE

Fernando Wolff Bodziak

CONSELHO FISCAL – MEMBRO

Luciana Luchtenberg Torres Dagostim

CONSELHO FISCAL – SUPLENTE

Fabricio Voltare

CONSELHO GESTOR

Antonio Loyola Vieira, Hayton Lee Swain
Filho, Nilson Mizuta, Shiroshi Yendo

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ

www.amapar.com.br

Rua Alberto Folloni, 541/543 – Juvevê

CEP: 80.540-000 – Curitiba – Paraná

Fone: (41) 3017-1600 / (41) 3017-1623

ENVIO DE ARTIGOS PARA A REVISTA

www.revistajudiciaria.com.br

APRESENTAÇÃO

Em outras oportunidades já ressaltai ser uniforme o entendimento de todos os presidentes de cujas diretorias participei e, igualmente, do nosso editor, sobre a importância e o significado de manter circulando uma publicação técnico-científica que permita a expressão livre e independente de nossos associados e colaboradores.

Sabemos que quando se escreve uma petição, um recurso, uma sentença, um acórdão, há uma especificação, uma redução de elementos concretos a um caso ou situação particular. Diferentemente, quando se produz um texto teórico ocorre justamente o oposto, há uma liberdade maior de considerações, que só se limita, para além das normas técnicas, pela ética e pela qualidade do conteúdo analisado.

Há, também, um célere avanço de outros meios e veiculações, vez que as publicações eletrônicas de revistas, artigos, livros e todos os demais formatos lograram a maturidade, estão plenamente normatizados e contam com o *digital object identifier* que assegura às publicações eletrônicas segurança e imutabilidade.

Vale, igualmente, considerar o gigantesco volume de *lives*, aulas, palestras, conferências e “que tais”, que são oferecidas, nem sempre com a melhor qualidade e, muitas vezes, nem mesmo com a melhor das intencionalidades. Esse espaço virtual da “mídia” permeada por algoritmos de informações, desinformações, *fake news*, estratégias de (*marketing*, política, consumo, comportamentos) deixa a desejar em termos de seriedade, segurança e confiabilidade.

Como se percebe, há atualidade na expressão “o meio é a mensagem” (McLuhan), posto que nem todos os meios e, mais ainda, os veículos são passíveis de credibilidade. Nota-se um aumento na produção de

textos e uma maior procura por espaços tradicionais e fidedignos por parte dos nossos associados e colaboradores.

Eis a razão de sentir-se honrada a AMAPAR em poder disponibilizar o espaço da Revista Judiciária do Paraná a importantes e significativas publicações como as que se traz neste volume e que representam uma pequena parcela do saber e da cultura jurídica atual.

Boa leitura.

Joatan Marcos de Carvalho (Diretor)

SUMÁRIO

ANÁLISE

1. Justificação externa da decisão judicial e *standard* probatório 17
Clayton Maranhão

DOCTRINA

2. As três personalidades do juiz: afinal, qual assumirá o controle? 39
Adriana Cristina de Siqueira Grossi dos Anjos
Ruy Alves Henriques Filho
3. Direito fundamental à tutela executiva: a preponderância do princípio da efetividade na fase de cumprimento de sentença 73
Luís Mauro Lindenmeyer Eche
4. Da necessidade de criação do magistrado instrutor no âmbito dos tribunais 87
Fernando Procópio Palazzo
5. Ausência de citação e retomada do processo após a suspensão prevista no art. 366 do CPP – reflexos da decisão proferida nos autos do Recurso Extraordinário 600851/Repercussão Geral, do STF 103
Glaucio Francisco Moura Cruvinel
6. Fenomenologia e crítica da democracia 115
Luiz Fernando Coelho
7. Da legitimidade para pleitear indenização por danos morais sofridos pelo falecido 127
Lívia Nobuko Moriyama
Renata Bolzan Jauris
8. De la administración de justicia a los tribunales inteligentes 139
Antonio A. Matino

| | |
|--|-----|
| 9. Inovação, propriedade intelectual e desenvolvimento | 157 |
| <i>Luciano Timm</i> | |
| <i>Renato Caovilla</i> | |
| 10. Renda básica, cidadania, direitos humanos e mínimo existencial | 213 |
| <i>Eduardo Cambi</i> | |
| 11. O estupro de vulnerável pela ingestão de álcool ou drogas | 229 |
| <i>Mauro Bley Pereira Junior</i> | |
| 12. A permeabilidade dos setores público e privado no sistema neoliberal | 249 |
| <i>Rafael Velloso Stankevecz</i> | |
| 13. Técnicas decisórias praticadas no direito comparado e possível harmonização com o quadro jurídico nacional brasileiro: a sana crítica e a margem de apreciação | 265 |
| <i>Tiago Gagliano Pinto Alberto</i> | |

EM DESTAQUE

| | |
|--|-----|
| 14. Declaração de nulidade <i>ex officio</i> da certidão de dívida ativa por ausência de indicação precisa do endereço do imóvel gerador do débito e do endereço do contribuinte | 291 |
| <i>José Sebastião Fagundes Cunha</i> | |
| <i>Osmar Gomes Junior</i> | |

ANÁLISE

Justificação externa da decisão judicial e *standard* probatório

Clayton Maranhão¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

I. Problemas do raciocínio jurídico contemporâneo

A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES É UMA GARANTIA dos direitos do cidadão contra o arbítrio de toda autoridade investida em cargo público de quaisquer dos poderes da República, sendo uma conquista democrática que não pode ser minimizada ou enfraquecida, sob pena de inevitável retrocesso histórico.

O passado histórico registra passagens de centralização de poder, despotismo, mero capricho, vingança, desforra, subjetivismos, solipsismos, voluntarismos, linguagem privada, enfim, tudo a não recomendar que uma decisão venha desacompanhada de justificativas racionalmente aceitas pela comunidade destinatária.

Para os fins deste trabalho, o *raciocínio jurídico* implica ao menos três âmbitos de análise: (i) a produção normativa; (ii) a interpretação normativa; e (iii) a aplicação normativa.

A *produção normativa* relaciona-se com a atividade do legislador, mediante a apresentação de um projeto de lei que se submeta a ampla discussão e deliberação, culminando em sua rejeição ou aprovação pelo Poder Legislativo, sanção ou veto do chefe do Poder Executivo, com ulteriores desdobramentos que não interessam ao presente estudo.

A *interpretação normativa* tanto pode dar-se *in abstracto* (orientada aos textos, tal como a tradução) como *in concreto* (orientada aos fatos, delimitando a classe de casos), e pode limitar-se a uma atividade de mera *identificação* dos diversos possíveis significados de um texto nor-

mativo (interpretação *cognitiva*) ou resultar da *escolha de um* dos possíveis significados do dispositivo normativo (interpretação *decisória*).

A *aplicação normativa* está imbricada com a interpretação *in concreto*, à medida que consiste em atividade de *subsunção individual* dos fatos reais (entidade concreta) ao antecedente normativo (fato jurídico hipotético) e, a depender da autoridade do intérprete, também a *determinação* das consequências previstas na norma (interpretação *in concreto* autêntica).

Note-se que quando a *doutrina* trata academicamente de uma ambiguidade do texto legal num manual jurídico, está procedendo a uma interpretação *in abstracto*. Um jurista pode dar a sua opinião independente sobre um caso de interesse público que está para ser julgado por um tribunal, e nesse sentido está interpretando *in concreto*. Evidentemente, a opinião doutrinária ou o parecer de um jurista *não decidem* um caso.

Interessa-nos aqui a atividade *jurisdicional*, cujas atividades *interpretativa e aplicativa* estão logicamente imbricadas pela atividade de *subsunção geral* (inclusão de uma classe dentro de uma classe mais ampla). O *texto legal* é o objeto da atividade interpretativa do juiz e a *norma* é o resultado dessa atividade interpretativa, norma essa que por sua vez será subsumida aos fatos de um caso concreto a ser *decidido* mediante *justificação racional* de suas *premissas*.

Pretende-se abordar um aspecto ainda mais específico, dentro da enorme gama de atividades abrangidas pela complexidade da estruturação de uma sentença judicial: refiro-me ao momento da valoração da prova, no qual o julgador já tem fixado da sua *mente* qual o nível de suficiência probatória exigido para o caso concreto, e que deve determinar qual o *standard* probatório para o caso concreto, dentre os admitidos na doutrina. É sabido que as fórmulas legais, doutrinárias e jurisprudenciais apenas dão indicativos de qual possa ser esse *minimum* probatório: evidências apreendidas ou vistoriadas; elementos de prova colhidos em fase inquisitorial; início de prova escrita corroborada por prova testemunhal; direito (*rectius*: fato) líquido e certo; prova escrita; prova inequívoca; verossimilhança; prova emprestada; regras de experiência, regularidades, generalizações; facilidade na obtenção da prova do fato contrário; prova diabólica; palavra da vítima; presunções; regras

de distribuição do ônus da prova; fiabilidade probatória; prova ilícita; regras de exclusão probatória; regras de privilégio; direito ao silêncio; relevância e admissibilidade da prova; dúvida razoável; indícios suficientes para processar e insuficiência probatória para condenar; *in dubio pro societate*, *in dubio pro reo*, e assim por diante.

Esse assunto tem sido tratado sempre lateralmente pela doutrina que se ocupa da teoria da prova. Levantar hipóteses, descartar hipóteses, valorar a prova produzida, dar como provado um fato e não provado outro fato, inferir um fato indiciário a partir de um fato provado, valorar a prova individualmente e no seu conjunto, tudo isso estaria subjacente à premissa fixada na sentença, sendo desnecessário justificar os motivos do convencimento judicial, por ser contexto de descoberta? Ou ao contrário, devem ser necessariamente justificados todos esses passos, na perspectiva do dever constitucional de fundamentação? Partimos do suposto que há esse dever de fundamentação e que, portanto, se trata de contexto de justificação da decisão judicial.

A determinação do *standard* probatório aplicável ao caso concreto integra a justificação externa da premissa fática do silogismo decisório

Como o tema do *standard* probatório está relacionado com o momento decisório onde é fixada a premissa fática, ou seja, com o momento de interpretação dos fatos controvertidos e da valoração da prova produzida, não abordaremos o momento aplicativo a não ser no que for estritamente necessário.

Delimitado o tema, o objetivo deste ensaio é abordar, ainda que sumariamente, a complexa estrutura da decisão judicial e *propor um específico lugar no ato de fundamentação decisória para a justificação da escolha do standard* probatório previamente fixado pelo juiz ao *firmar sua convicção*, assim considerado um ato *mental*, de instância meramente *psicológica*, e do qual se exige uma *justificação racional* para que possa ser objeto de controle.

Pretende-se demonstrar que a determinação do *standard* probatório aplicável ao caso concreto integra a *justificação externa* da premissa fática do silogismo decisório.

II. Da concepção persuasiva à concepção racionalista da prova

A tradição jurídica continental acentua a *liberdade de valoração da prova*, em que se outorga ao julgador uma faculdade para que julgue *segundo sua consciência e suas convicções*. Essa forma de *livre valoração da prova* parte de uma concepção mais ampla, chamada de *concepção persuasiva*, que tem como características: (i) a convicção do juiz como único critério de decisão; (ii) a defesa ao *princípio de imediação*, reservando-se a tarefa de valoração da prova quase integralmente ao juiz de *primeira instância* (em nome desse princípio se supõe que o juiz de primeiro grau estará em melhor posição epistemológica do que qualquer outro juiz ou tribunal que poderia revisar a valoração da prova realizada); (iii) *motivação praticamente inexistente* a respeito da decisão *sobre os fatos* (essa concepção persuasiva da prova *reduz a motivação à explicação* das causas que levaram o juiz a acreditar na ocorrência do caso; porém, o autor pondera que explicar as causas de uma crença é algo muito distinto de *justificar* uma decisão); (iv) *sistema de recursos* que dificulta a revisão do juízo sobre os fatos em sucessivas instâncias².

Frente à concepção persuasiva, pode-se formular uma *concepção racionalista da prova*, que se baseia no método de certificação de hipóteses, e não na crença de um indivíduo. A concepção racionalista exige uma motivação não como uma *explicação*, mas como uma *justificação em sentido estrito*. Não importa, aqui, o *iter* psicológico e subjetivo do juiz, mas a motivação deve basear-se nas provas que justificam sua decisão³.

III. Aspectos epistêmicos do *standard probatório*

São basicamente três os modelos de *standard* de prova no direito processual: (i) o modelo de *standard* de prova muito exigente, próprio do processo penal, precisamente por envolver a restrição do direito fundamental de liberdade do cidadão frente às condenações penais so-

mente quando a prova tiver atingido o *standard* “além de qualquer dúvida razoável” (BARD); (ii) o modelo da *probabilidade preponderante*, também conhecido por “mais provável que não”, considerado menos exigente que o *standard* penal acima referido e, portanto, adequado às exigências de direito material tuteláveis pela via do processo civil comum; (iii) o modelo da *prova clara e convincente*, considerado um modelo de exigência intermediária entre o *standard* padrão do processo penal e o *standard* padrão do processo civil, podendo ser utilizado também no processo civil.

O *standard* de prova não tem previsão normativa, sendo uma construção doutrinária e jurisprudencial, do que resulta a complexidade na definição de critérios objetivos para a decisão judicial e sua controlabilidade.

Deveras, é preciso que se registre que a dificuldade na definição do *standard* de prova reside no fato de que é antes de tudo um estado mental do julgador, portanto o que vale é a credibilidade da proposição⁴.

Na realidade, isso evidencia a necessidade de critérios de justificação da decisão judicial sobre a questão probatória, notadamente sobre definição do *standard* aplicável, além dos critérios de valoração dos elementos de prova e do conjunto probatório, pois em caso contrário essas escolhas ficariam inacessíveis na mente do julgador, num mero contexto de descoberta que não interessa à cláusula do devido processo.

O *standard* probatório está diretamente ligado ao tema epistemológico da verdade, portanto da justificação epistêmica racional de crenças na decisão judicial⁵. É da linguagem lógico-proposicional com valor de verdade que nem toda evidência de “*p*” se converte em prova de “*p*” e, portanto, o *standard da prova* define o momento em que se cumpre a transição da evidência à prova⁶. Portanto, se por um lado é complexa a determinação do *standard* de prova aplicável ao caso concreto, trata-se de aspecto essencial na justificação da premissa fática decisória, garantindo-se que a distribuição de erros desejada em dado ordenamento jurídico seja atingida⁷.

IV. Contexto de descoberta e contexto de justificação

Costuma-se afirmar que as decisões já estão previamente tomadas e que o julgador se limita a redigir a sentença. Geralmente, essa assertiva vem deturpada pelo *communis opinio* como se houvesse uma parcialidade ontológica na tomada da decisão. É certo que, por vezes, haverá amizade, inimizade ou parentesco com uma das partes, a fazer incidir as regras processuais de suspeição ou impedimento. Ultimamente, se tem abordado o problema dos vieses cognitivos, detectável apenas a partir da conduta judicial nos autos do processo e a permitir sua controlabilidade e sanção pela via recursal. Tudo isso é excepcional. É na franca maioria dos mais de 80 milhões de casos em trâmite na Justiça brasileira que há um interesse teórico em saber o alcance da assertiva há pouco mencionada. Uma vez conclusos os autos para sentença o juiz fará a leitura das petições, alegações, pedidos, provas produzidas, intercorrências no processo e formará convicção. *Aqui um hiato*. Em seguida, em solilóquio, passa a redigir a sua decisão⁸. Há, evidentemente, dois momentos, ainda que indissociáveis. Qual é o contexto do aspecto mental ou psicológico do ato de decidir? E, se há o dever de justificar essa convicção mental, qual é o contexto em que passa a justificar no documento sentença as razões do seu julgamento?

Remonta à tradição *grega* a distinção entre dois momentos do conhecimento humano: *explicar* e *justificar*. *Cícero* já afirmava que havia um momento de invenção (*inventio*) seguido da formação do juízo (*iudicium*)⁹. Trata-se de tema clássico da filosofia do conhecimento e da filosofia da ciência que também tem relevância na filosofia do direito, dele se ocupando recorrentemente filósofos e juristas, cada qual à sua maneira: Karl Popper (psicologia do conhecimento e lógica do conhecimento); Amodio (juízo e motivação); Taruffo (raciocínio decisório e raciocínio justificativo), Comanducci (lógica de descoberta no tocante à motivação-atividade/mental e lógica de justificação em relação à motivação-documento); Wróblewski (materiais psicológicos ou função heurística e materiais de decisão ou função justificatória)¹⁰. Podemos reunir todas essas nomenclaturas como versantes sobre a distinção entre *contexto de descoberta* (CD) e *contexto de justificação* (CJ)¹¹.

Há várias vertentes doutrinárias que tratam desses contextos relativamente ao momento decisório. Uma delas, da primeira metade do século passado, o realismo americano. Jerome Frank, representante dessa escola de pensamento, afirmara que havia uma resistência injustificada (*infantil*, dissera) da doutrina em saber como exatamente decidem os juízes (*angry theory* etc.). Todavia, essa seria a única maneira explicativa das decisões, que são tomadas antes do estabelecimento das próprias premissas, o que seria inadmissível¹². Contudo, Jerome Frank confundira *contexto de descoberta* e *contexto de justificação*. Manuel Atienza afirma que Jerome Frank estava tratando do assunto no âmbito do *contexto de descoberta*, o qual é de âmbito psicológico, mental, dificilmente controlável. Mas o que se pode e deve controlar são as razões explicitadas na decisão e que servem de justificativa (externa) para a fixação das premissas decisórias. Ademais, por que haveria o juiz de ao envergar a toga se tornar uma pessoa diferente de qualquer outro ser humano, raciocinando na ordem ritualística e linear idealizada por setores da doutrina? Por um lado, o raciocínio humano é de tentativa e erro, vai-se do fato à norma, da norma ao fato e novamente do fato à norma, até que se encontre a hipótese mais provável, e, em paralelo, mediante atribuição de sentido à norma, dentro dos possíveis significados abrangidos pela disposição legal. Nem por isso, há de se imaginar que o juiz parte de uma conclusão pré-concebida para buscar as justificativas que interessem na resolução do caso, em detrimento de outras mais consonantes com a realidade dos autos do processo. Seria herética uma tal concepção¹³.

Relativizando tal diferenciação, Tecla Mazzaresse aponta três correntes de pensamento sobre o tema: (i) afirmação da distinção entre CD/CJ em *sentido forte*; (ii) afirmação da distinção entre CD/CJ em *sentido fraco*, e (iii) negação da distinção entre CD/CJ¹⁴. Os argumentos para afirmar a distinção subdividem-se em irracionalidade do CD/ racionalidade do CJ, epistemologia pertence ao contexto de justificação

O contexto de descoberta e o contexto de justificação podem ser identificados tanto no que se refere às questões fáticas como às questões normativas

(*sentido forte*); mas nada impede que haja racionalidade no CD, tornando cinzenta a zona de diferenciação com base na irracionalidade do CD, assim como que a epistemologia também integre o CD (*sentido fraco*), tornando cinzenta a zona de diferenciação com base na exclusividade da epistemologia no âmbito do CJ e, portanto, tornando cinzenta a zona de diferenciação entre CD e CJ como um todo. A negação entre CD/CJ afirma que a epistemologia tem a tarefa de identificar as várias formas de articulação lógica e de racionalidade do contexto de descoberta, sendo este o objeto de análise epistemológico¹⁵.

De todo modo, o *contexto de descoberta* e o *contexto de justificação* podem ser identificados tanto no que se refere às questões fáticas¹⁶ como às questões normativas¹⁷.

Na perspectiva de uma teoria analítica da decisão judicial, importa exclusivamente o contexto de *justificação*. E, para os fins deste ensaio, resta ainda uma dúvida: cediço que tudo o que se passa na *mente* do julgador “*pertence*” ao contexto de descoberta e que, não obstante, há o dever de fundamentar, cabe verificar qual é o trato teórico da fundamentação da sentença. Nesse sentido, indaga-se: seria bastante o silogismo judicial?

Antes de abordar algumas teorias modernas sobre *contexto de justificação*, é pertinente o enfrentamento das críticas doutrinárias sobre a clássica concepção do *silogismo judicial*.

V. Crítica à concepção clássica da sentença como silogismo judicial

A *silogística* ou *teoria do silogismo* é o núcleo essencial da lógica aristotélica (*Organon, Analytica Priora*)¹⁸. Os humanistas do renascimento reagiram contra a escolástica e consideravam enfadonhos e triviais os *escritos dos lógicos*, e os *homens de inclinação científica* consideravam inútil a *silogística aristotélica*, deixando a lógica em período de estagnação entre os séculos 14 e 15. A *teoria silogística da decisão judicial*, por sua vez, remonta aos juristas iluministas do século 18, como Montesquieu¹⁹ e Cesare Beccaria²⁰.

Susan Haack relata que foi no final do século 19 que a *silogística aristotélica*, ainda empregada em textos de Christopher Langdell e Oliver Holmes, principia a ser suplantada pelos progressos da *lógica moderna*, por intermédio do pensamento de Gottlob Frege e Charles Sandres Peirce²¹.

Essa conclusão também decorre do pensamento de Jerzy Wróblewski, quando considera presentes resquícios de *lógica formal* apenas na fase de *produção jurídica* (atividade legislativa), sendo a *atividade jurídica (e jurisdicional)* de *interpretação e aplicação* do direito integralmente absorvida pela argumentação jurídica (*lógica não formal*)²².

Michele Taruffo menciona que a teoria do silogismo judicial estaria superada, registrando que “a teoria do silogismo judicial foi certamente uma vã ilusão”, “uma descrição, em cada tempo e em cada ordenamento, sem fundamento”, e que “os juízes não têm mais raciocinado por silogismos – e muito menos por cadeias de silogismos – e nenhuma motivação é de fato reduzível a um silogismo ou a uma cadeia de silogismos”²³.

Muito embora Taruffo não tenha sugerido a construção de um outro modelo lógico formal em substituição ao modelo silogístico²⁴, entende seja o caso de apontar algumas condições para uma “*boa decisão*”, a partir da abertura para a dimensão hermenêutica da interpretação, (i) sem renunciar à busca da verdade dos fatos (*valoração racional, validade lógica e epistêmica das inferências, narrativas verdadeiras*); (ii) sem renunciar à racionalidade do raciocínio judicial (*cânones lógicos da justificação, mediante motivações completas e coerentes, com boas razões e com base nas provas, cânones da interpretação jurídica e, dentro dos limites admitidos, mediante construção jurídica*); (iii) não se conformando com o arbítrio, mediante o controle do fundamento das escolhas judiciais operadas na seleção dos fatos relevantes (*provados*), por sua vez congruentes com a norma interpretada segundo o emprego dos cânones da hermenêutica jurídica.

No âmbito do raciocínio probatório, afirma-se que se trata de um *raciocínio por inferência simples*, por vezes mediante inferências complexas, correspondentes a uma *cadeia inferencial linear*²⁵, sem prejuízo de outras formas ainda mais complexas de raciocínio probatório,

como as *inferências convergentes*²⁶. O raciocínio probatório *abduativo* também é composto por uma *cadeia mais ou menos longa de passos* que partem do fato em sentido da norma e desta ao fato, movimento esse que pode dar-se mais de uma vez, descartando-se hipóteses que não se confirmam pelo caminho, até que se chegue à hipótese mais provável ou à hipótese que rende a melhor explicação para os fatos. É interessante que nesse percurso *fato-norma-fato* também se interpreta

O raciocínio probatório *abduativo* também é composto por uma *cadeia mais ou menos longa de passos que partem do fato em sentido da norma e desta ao fato*

a norma (*prótase*). A hipótese de fato corresponde à *prótase* da norma interpretada, momento em que o fato é nela subsumido. A hipótese sobre o fato determina de tempos em tempos a *formulação de hipóteses interpretativas da norma* por meio de *abdução subcodificada* (interpretação jurídica) ou *abdução criativa* (construção jurídica).

É preciso dizer que com frequência os *casos difíceis* apresentam dificuldade às questões de fato, mas são *fáceis* em relação

às questões de direito, razão pela qual a complexidade do caso está mais no acertamento dos fatos do que na interpretação e aplicação do dispositivo legal²⁷.

Em outro contexto e obra – *função preponderante da Corte de Cassação na teoria de Calamandrei e o significado de “exata observância da lei” contido no art. 65 do Ordenamento Judiciário italiano* – Taruffo refere que para tal fim devem ser consideradas como complementares entre si a *teoria dedutiva* da interpretação jurídica e a *teoria do silogismo judicial*, pois a *exatidão* na interpretação da lei conduz à ideia segundo a qual o método interpretativo da norma é um *“cálculo” lógico-dedutivo* e a teoria da interpretação é meramente *cognitiva*²⁸. Todavia, demonstra que essa forma de pensar a interpretação jurídica está em crise já há algum tempo e atualmente já não corresponde ao que ocorre na prática, pois os juízes não se limitam (e talvez nunca tenham se limitado) a descobrir o sentido da norma como se fosse um dado *a priori* do sistema, também adscrevendo sentido ao texto legal, razão pela qual não é um mero cál-

culo lógico-dedutivo (de maneira que o esquema silogístico é apenas um ponto de referência na justificação interna da decisão judicial²⁹.

Douglas Price também considera o esquema silogístico “*un encanto difícil de rechazar*” na medida em que sua ideologia implica dotar a decisão judicial de racionalidade controlada com vistas à segurança jurídica, ressaltando, porém, que, muito embora ainda haja quem defenda a nulidade das sentenças que rompam com os cânones da lógica formal, não se indicam quais seriam esses cânones, notadamente no que concerne à resolução de intrincadas questões que vão muito além da mera passagem da premissa maior à conclusão silogística, como aquelas relativas à: (i) seleção, dentro do marco legislativo, da norma aplicável ao caso, atribuindo-lhe sentido; (ii) definição da hipótese tida como provada, justificando-se, ademais, o porquê da rejeição das demais hipóteses eventualmente aventadas nos autos; (iii) determinação das consequências da decisão, dentre os parâmetros mínimo e máximo definidos em lei, jurisprudência e doutrina³⁰.

Para Manuel Atienza, a distinção entre *casos fáceis e difíceis* não é ontológica, tem zona de penumbra³¹. Taruffo entende que há problemas no senso comum, na generalização, no estoque de conhecimento, no *narrativismo radical* que considera exclusivamente a *persuasão* e não a *demonstração*, não interessando narrativas falsas, ainda que boas e coerentes, mas apenas narrativas verdadeiras, ainda que ruins (nem todos os fatos foram provados). Outrossim, correntes filosóficas contemporâneas prescrevem uma interpretação particularista do caso concreto, a fim de se buscar decisões mais próximas da pessoa humana (exemplo, casos de *racismo*, *machismo*), o que gera alguns problemas no plano da exigência de igualdade na aplicação da regra e de sua universalidade. Se por um lado a *concepção particularista radical* não se justifica, é possível admitir *concepção particularista moderada*.

Rafael Hernández Marín prefere os termos cadeia de raciocínios, conjunto de raciocínios, árvore de raciocínios, raciocínio simples e raciocínio-tronco, ao tratar do raciocínio probatório do juiz na motivação da decisão judicial³².

Juan Antonio Garcia Amado afirma que a subsunção é insuficiente como método jurídico de aplicação do direito³³, pois em metodologia

jurídica o termo subsunção pode significar duas coisas: *silogismo jurídico* e *teoria da subsunção*. Sobre a utilidade lógico-formal do silogismo jurídico, “a substituição do *modus ponens* pela implicação da lógica moderna não traz nenhuma utilidade adicional para o jurista, sendo uma complicação desnecessária”³⁴.

VI. Teorias da justificação interna e justificação externa da sentença

No âmbito do contexto de justificação da decisão judicial, é necessário estabelecer uma segunda distinção: *justificação interna* e *justificação externa*.

Atribui-se a Jerzy Wróblewski essa distinção³⁵. Segundo o filósofo lituano, uma decisão jurídica está *internamente justificada (J-IN)* quando é racionalmente inferida de suas premissas de acordo com as regras de inferência aceitas, pressuposta a validade de tais premissas (lógica formal dedutiva). Essa mesma decisão está *externamente justificada (J-EX)* quando suas premissas estão fundadas em argumentos, ou seja, em *boas razões* (lógica informal ou retórica ou argumentação ou tópica), de acordo com os *diretivas e valorações aceitas*. Como se vê, Wróblewski conjuga quatro fatores de justificação: *interna, externa, lógica formal e argumentativa*³⁶.

Wróblewski entende que há o emprego da argumentação (*lógica não formal*) na *interpretação normativa in concreto*, a identificação dos significados possíveis dentro do marco normativo e a seleção de um deles, a escolha de diretivas de primeiro grau dependente de valores, o uso e seleção das diretivas interpretativas de segundo grau, e na decisão interpretativa como resultado final da interpretação.

No que se refere à *aplicação do direito*, é essencial a função das técnicas persuasivas e da argumentação (lógica não formal).

Mauro Barberis menciona que Wróblewski redefiniu a premissa maior para justificação externa das questões de direito, a premissa menor para justificação externa das questões de fato e a conclusão de justificação interna.

Todavia não há um consenso sobre isso. Como já visto, Wróblewski integra a corrente doutrinária que entende superado o silogismo judicial pela teoria da argumentação jurídica. Embora os filósofos analíticos do direito também compartilhem da ideia de justificação interna e externa, buscam racionalizar o âmbito da justificação externa por meio do método lógico dedutivo da subsunção.

VII. Os *standards* probatórios pertencem à justificação externa da premissa fática do silogismo decisório

É chegado o momento de definir qual âmbito de justificação é integrado pelo *standard* probatório.

Como visto no início deste ensaio, enquanto o silogismo aristotélico foi utilizado na modernidade, a sentença era considerada um silogismo judicial, ocasião apropriada para cultura jurídica da época das revoluções liberais e que refutavam ao juiz o poder de interpretação das leis por força do formalismo, embora sempre o fizesse.

Todavia, o modelo de Estado liberal foi cedendo para um novo paradigma de Estado moderno, notadamente o chamado Estado constitucional, no qual avultam algumas características marcantes a partir da segunda metade do século 20: (i) teoria dos direitos fundamentais; (ii) controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário; (iii) revisão da teoria das normas, a partir de princípios e regras; (iv) novos métodos de interpretação e aplicação da norma por meio da jurisdição constitucional.

Perceba-se que o catálogo dos direitos civis e políticos implicam uma série de restrições à produção de determinadas provas, diante da proteção conferida pela constituição aos seus titulares. Não é possível provar-se todos os fatos controvertidos, pois além dos limites cognitivos do ser humano, nem todas as provas poderão ser carreadas aos autos, como por exemplo aquelas acobertadas pelas regras de exclusão e de privilégio, além das consideradas ilícitas no caso concreto.

Demais disso, os casos trazidos a jurisdição constitucional envolvem juízos políticos e morais, sempre de difícil desate numa sociedade

pluralista como a brasileira, de vários credos, ideologias e valores, e cuja resolução envolve complexos métodos de aplicação (ponderação, fórmula do peso, modulação de efeitos etc.). Há pois uma proeminência inevitável da argumentação jurídica e da persuasão para a solução desses casos.

Resulta evidente que uma relação inferencial entre premissas e delas para a conclusão final, segundo os rigores da lógica-dedutiva, não é suficiente para uma adequada justificação da decisão judicial que tenha de enfrentar colisão de princípios constitucionais.

O mesmo se diga para os casos que envolvam a valoração de provas e a correspondente determinação do *standard* probatório, sendo constitucional o direito à prova e, como um de seus corolários, o direito às provas atípicas. Por igual, o princípio da presunção de inocência e seus corolários de permanecer em silêncio, não produzir prova contra si próprio, e não ser condenado quando houver uma dúvida razoável (*beyond any reasonable doubt*).

Portanto, resulta descartado o âmbito de justificação interna para os standards de prova. *Em consequência*, conclui-se que a argumentação jurídica para determinação do standard probatório pertence à justificação externa do silogismo decisório³⁷.

Notas

1. Clayton Maranhão. Professor Associado do Departamento de Direito Civil e Processual Civil da Universidade Federal do Paraná. Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela UFPR. Mestre em Raciocínio Probatório pela Universitat de Girona, Espanha, e pela Università degli Studi di Genova, Itália. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.
2. Jordi Ferrer Beltrán. *El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: intermediación e inferencias probatorias*, p. 187, nota 4.
3. Jordi Ferrer Beltrán. *passim*, p. 62-65.
4. Jordi Ferrer Beltrán. *Prova e verdade*, p. 103/104, nota 26.
5. Marcelo Guerra. *Prova judicial*, p. 97 e p. 100.
6. *Op. cit.*, p. 318. Ver também a apresentação de Carmen Vázquez à obra coletiva *Estándares de prueba y prueba científica*, p. 14.
7. Edgar R. Aguilera Garcia. *Crítica a la <convicción íntima> como estándar de prueba en materia penal*, *op. cit.*, p. 317.

8. Isso em nada se altera com o fato de o excessivo volume de trabalho afeto magistrados exigir o auxílio de assessoria para elaboração de minuta de *relatório* do caso, contendo *pesquisa doutrinária e jurisprudencial*. Os atos de *motivar/justificar e decidir* continuam sendo *exclusivamente* do juiz.
9. Manuel Atienza. *As razões do direito*, p. 20, 48.
10. Tecla Mazzaresse, *Scoperta vs. giustificazione*. Una distinzione dubbia in tema di decisioni giudiziali. *Analisi e Diritto* [a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini]. Torino: Giappichelli Editore, 1995 p. 187.
11. Hans Reichenbach. *Experience and Prediction*. The University Chicago Press, 1938, p. 6/7.
12. Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, p. 74.
13. Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 74-76.
14. Tecla Mazzaresse, cit., p. 159/160.
15. Tecla Mazzaresse, cit., p. 159/160.
16. No âmbito da prova das questões fáticas, nem sempre parece clara a distinção. Como aduzem Marinoni e Arenhart, “*não é difícil perceber ... que o raciocínio para a justificação obviamente pressupõe os raciocínios probatório e decisório, ou melhor, o raciocínio relativo à prova e o raciocínio que se faz para decidir. Não há dúvida que esses dois últimos podem se confundir, pois o juiz raciocina sobre a prova para decidir. Muitas vezes, porém, o juiz faz um raciocínio a respeito dos fatos e das provas sem que, com ele, possa imediatamente decidir. Por isso, há uma distinção entre raciocinar sobre a prova para, posteriormente, decidir e raciocinar, ainda que sobre a prova, decidindo.*” Cf. Marinoni e Arenhart, *Prova e convicção*, 5a. ed., São Paulo: RT, 2019, p. 317.
17. No que se refere às questões normativas, “*a sentença é o momento em que ocorre a interpretação e a aplicação do direito no processo judicial. O juiz, a partir do diálogo com as partes, interpreta e aplica o direito a fim de resolver a controvérsia apresentada em juízo.*” Mais adiante, arrematam: “*Em termos jurídicos, porém, pouco importa saber quais foram os motivos reais que determinaram a decisão judicial nesse ou naquele sentido. Em outras palavras, não interessam as razões psicológicas que levaram o juiz a decidir. O que interessa é saber se existem ou não razões jurídicas que suportam validamente dentro da ordem jurídica a tomada de decisão. ... interessa a justificativa da decisão judicial – importam as razões oriundas do sistema jurídico capazes de justificar a decisão.*” Cf. Marinoni e Arenhart, *Curso de Processo Civil, Vol. 2, 2a. ed.*, São Paulo: RT, 2016, p. 421/422.
18. Benson Mates, *Lógica Elementar*, p. 257.
19. Aulis Arnio, *Lo racional como razonable*, p. 209/210; 251, 259.
20. Taruffo, *Teoría General de la Decisión*. ‘In’ *Proceso y Decisión*. Lecciones mexicanas de derecho procesal, p. 108/109. Beccaria assim professou: “*En todo delito el juez debe hacer un silogismo perfecto: la mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no a la ley; la consecuencia, la libertad o la pena. Cuando el*

juez esté obligado, o quiera hacer aunque sea dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre” (Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § 4).

21. Suzan Haack, *Da lógica no direito: ‘alguma coisa, mas não tudo’*, in: *Perspectivas Pragmatistas da Filosofia do Direito*, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015, p. 65.
22. Jerzy Wróblewski, *Justificación*, *op. cit.*, p. 53-60; nesse texto, Wróblewski conclui mencionando uma decisão cuja justificação se dá por meio de lógica não formal pertence ao *Império retórico*, cf. *Justificación*, *op. cit.*, p. 65; *ID, Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decisions*, p. 33 ss. Manuel Atienza, inclusive, recorda que Wróblewski renomeou antigo termo (*epiquerema*) para *justificação externa* das premissas da decisão, cf. Manuel Atienza, *Algunas tesis*, p. 19.
23. Michele Taruffo, *Il fatto e l'interpretazione*. In: *Ensaio sobre o processo civil* [org. Darci Guimarães Ribeiro], p. 85. A sentença não é um mero silogismo decisório, contendo premissa maior, premissa menor e conclusão, sendo muito mais do que isso. Taruffo tem razão quanto à constatação que na prática não se vê uma sentença redigida no *estilo* silogístico, segundo o rigor lógico formal, de enunciados normativos, enunciados fáticos, mediante uma sequência lógica de cada passo inferencial até a conclusão de cada raciocínio empreendido, segundo a realidade fático-probatório-normativa. Mas é também da prática a constatação de lacunas e omissões argumentativas nas decisões, por vezes sanáveis, como os *entimemas* (*argumentos incompletos, sanáveis pela via do argumento de caridade*), outras insanáveis, como os *saltos lógicos*, o que não afasta a exigência da lógica formal no raciocínio, ainda que reduzida diante do correspondente ampliação do aspecto retórico-argumentativo-persuasivo na era dos direitos fundamentais, premissas devem ser adequadamente justificadas na decisão. Estamos de acordo com a ideia segundo a qual, diante da indeterminação do direito e de que há casos difíceis no plano fático, uma sentença deve ser *analiticamente fundamentada*, ou seja, que contenha uma fundamentação *completa e argumentada*, e não simplesmente uma fundamentação suficiente, e, portanto, *não* pode ser uma sentença que contenha apenas os enunciados normativos e os enunciados fáticos essenciais para a *dedução* da parte dispositiva da decisão, como se fosse *mero silogismo*. Isso, todavia, não parece eliminar, categoricamente, o silogismo judicial em si, diante dos chamados casos de fácil resolução, onde a exigência de argumentação jurídica é quase nenhuma, como também não suprime da realidade da sentença um silogismo implícito ou subjacente, como se extrai de toda conclusão da fundamentação. Seja como for, considerando que uma sentença invariavelmente contém uma cadeia de raciocínios lógicos fático-normativos (*sorites*), e não apenas um silogismo, ainda assim não pode vir redigida apenas com os enunciados normativos em caso de indeterminação normativa (*ex.*, ambiguidade, vagueza, conflito ou lacuna) sem uma adequada argumentação interpretativa a respeito do seu significado, como também nos casos onde a correta apreciação do suporte fático-normativo envolve *juízos morais*, ou nos casos difíceis, onde a prova é complexa, duvidosa, limítrofe entre a suficiência e a insuficiência, ou suficiente para ambas as hipóte-

ses contrárias, a qual, a par da eficácia demonstrativa, também não prescinde da força persuasiva dos argumentos que justificam a convicção do juiz. A discussão é mais profunda e envolve pretensa superação da lógica *formal* pela teoria moderna da *argumentação jurídica* (para alguns chamada de lógica *não formal*). Embora não seja o foco deste trabalho, é importante frisar que Mauro Barberis tem ponto de vista contrário ao de Taruffo, defendendo a sobrevivência do *silogismo judicial*, todavia com alguns ajustes do modelo, (i) formulando-se nos termos de um *modus ponens*; (ii) nos controle abstrato de constitucionalidade, há pelo menos dois princípios em conflito, enquanto normas de parametricidade, que não gera a eliminação de um deles, mas um mero balanceamento, refugindo ao raciocínio dedutivo inferencial próprio do silogismo; (iii) na escolha da regra ou do princípio aplicável ao caso, que se amplie o silogismo judicial, articulando melhor a noção hermenêutica de pré-compreensão (Cf. Mauro Barberis, *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessione a partir da Beccaria* [Materiali per una storia della cultura giuridica], Torino: Il Mulino, 2015, p. 173/174).

24. Michele Taruffo, *Il fatto e l'interpretazione*, “in” Ensaio sobre o processo civil [org. Darci Ribeiro], p. 98/99.
25. Michele Taruffo, *Verso la decisione giusta*, Torino: Giappichelli, 2020, p. 268.
26. *Idem, ibidem*, p. 269.
27. Michele Taruffo, *Il fatto e l'interpretazione*, p. 87.
28. Michele Taruffo, *La Corte de Casación y la ley*, in: *El vértice ambiguo*, Lima: Palestra, p. 98/99.
29. *Idem, ibidem*, p. 106, 107, 109, 113, 117.
30. Jorge Eduardo Douglas Price, *La decisión judicial*, Rubinzal-Culzoni, p. 76/81.
31. Manuel Atienza, *Algunas tesis*, Ed. Palestra, p. 18.
32. Rafael Hernández Marín, *Razonamientos en la sentencia judicial*, Madrid: Marcial Pons, p. 65 ss., p. 124 ss., p. 274.
33. Juan Antonio García Amado, *Teorías de la tónica jurídica*, p. 321.
34. *Idem, ibidem*, p. 209. Contra, Mauro Barberis, que propõe a manutenção do silogismo, todavia mediante correções, inclusive mediante *modus ponens*, cf. Mauro Barberis, *Cosa resta del sillogismo giudiziale? op. cit.*, p. 173/174. Sobre implicação material na lógica antiga grega, atribui-se ao lógico Filo, discípulo de Deodoro Cronus (morto em 307 a. C.), da Escola de Megara. Filo combinava “*antecedente e consequente*” com “*falso e verdadeiro*”, conforme citação de Sexto Empírico, cf. Benson Mates, *Lógica Elementar*, p. 266/267.
35. Jerzy Wróblewski, *Justificación de las decisiones jurídicas*, In: Sentido y hecho en el derecho, México: Fontamara, 2008, p. 45-65. As referências que seguem no corpo do texto referem-se a esse capítulo da obra de Wróblewski, e que, como menciona, refere-se às decisões jurídicas (legislar, interpretar e aplicar a norma). Sobre a justificação externa da interpretação *in concreto* decisória, conferir, do mesmo autor: Jerzy Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht: Kluwer, 1992, introdução, p. 1-6, e segunda parte, análise teórica, p. 75 ss.

36. Jerzy Wróblewski, *op. cit.*, p. 52/53.
37. No mesmo sentido, afirmam categoricamente Damiano Canale e Giovanni Tuzet: “La giustificazione esterna in fatto è la giustificazione della premessa minore del sillogismo giudiziale. Si tratta di dare ragione per considerare vera (o almeno corretta) la rappresentazione del fatto giuridicamente rilevante. [...] Qui ci sono due generi di problemi: 1. i problemi del ragionamento probatorio, 2. i problemi della qualificazione giuridica del fatto. [...] Qui ci concentreremo sul ragionamento probatorio, parlando prima del rapporto fra prove e verità, poi degli standard probatori, infine delle inferenze probatorie.” (Cf. Damiano Canale e Giovanni Tuzet, *La giustificazione della decisione giudiziale*, 2a. ed., Torino: Giappichelli, 2020, p. 35/36, 42/44). Sobre o argumento interpretativo, seguindo a mesma lógica do standard probatório, leciona Guastini “...a argumentação da interpretação pertence à justificação externa da decisão...”, cf. Riccardo Guastini, *Interpretar e Argumentar*, D’Plácido, p. 239.

Referências

- ABELLÁN, M. Gascon. *Sobre la posibilidad de formular estandares de prueba objetivos*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28, 2005, p. 127-139.
- AGUILERA GARCÍA, Edgar R. *Crítica a la “convicción íntima como estándar de prueba en materia penal*. Cidade do México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, acesso em 04 de março de 2017.
- ALLEN, Ronald J. *Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico*, “in” *Estándares de prueba y prueba científica*, Carmen Vázquez (ed.), Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 41-64.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. Vol. 2, 2. ed., São Paulo: RT, 2016.
- _____. _____. *Prova e convicção*. 5. ed., São Paulo: RT, 2019.
- ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2018.
- _____. *As razões do direito*. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Teorías de la tópica jurídica*. Lima: Palestra, 2018.
- BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Librería El Foro, 2003.
- BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*.
- CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni. *La giustificazione della decisione giudiziale*, 2a. ed., Torino: Giappichelli, 2020.
- COHEN, L. Jonathan. *Introduzione alla filosofia dell’ induzione e della probabilità*. Milano: Giuffrè Editore, 1998.
- PRICE, Jorge Eduardo Douglas *La decisión judicial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2012.

- FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- _____. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- _____. *La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamista*, “in” Estándares de prueba y prueba científica, Carmen Vázquez (ed.), Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 21-39.
- _____. *Prova e verdade no direito*. São Paulo: RT, 2017.
- _____. *Valoração racional da prova* [tradução de Vitor de Paula Ramos]. Salvador: Juspodivm, 2021.
- FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. London: Stevens & Sons Limited, 1949.
- GUASTINI, RICCARDO. *Interpretar e argumentar*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.
- HAACK, *Da lógica no direito: ‘alguma coisa, mas não tudo’*, in: *Perspectivas Pragmáticas da Filosofia do Direito*, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015.
- LAUDAN, Larry. *Porque un standard de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*. *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 2005, p. 95-113.
- _____. *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- MARÍN, Rafael Hernández. *Razonamientos en la sentencia judicial*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil, Vol. 2, 2a. ed.*, São Paulo: RT, 2016.
- _____; _____. *Prova e convicção*, 5a. ed., São Paulo: RT, 2019.
- MATES, Benson. *Lógica Elementar*. São Paulo: EDUSP, 1967.
- MAZZARESE, Tecla. *Scoperta vs. giustificazione*. Una distinzione dubbia in tema di decisioni giudiziali. *Analisi e Diritto* [a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini]. Torino: Giappichelli, 1995.
- PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: JusPODIVM, 2021.
- PONZONI, Christian. *Standards de prova no processo civil*. Londrina: Thoth, 2020.
- RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal*. 2a. Salvador: JusPODIVM, 2021.
- REICHENBACH, Hans. *Experience and Prediction*. An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge. Phoenix Edition, 1961.
- STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência*. Porto Alegre, 2010.
- TARUFFO, Michele. *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*. In Mario Bessone-Riccardo Guastini. *La regola del caso*. *Materiali sul ragionamento giuridico*. Cedam, Padova, 1995, p. 275 ss.
- _____. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- _____. *La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses*, “in” Estándares de prueba y prueba científica [org. Carmen Vázquez]. Madrid: Marcial Pons, 2013.

- _____. *Teoría General de la Decisión*. 'In' Proceso y Decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- _____. *Verso la decisione giusta*. Torino: Giappichelli, 2020.
- _____. *La Corte de Casación y la ley, in: El vértice ambiguo*, Lima: Palestra, 2006.
- _____. *Il fatto e l'interpretazione*. In: Ensaíos sobre o processo civil [org. Darci Guimarães Ribeiro]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- TUZET, Giovanni; CANALE, Damiano. *La giustificazione della decisione giudiziale*, 2. ed., Torino: Giappichelli, 2020.
- VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- _____. *Da prova científica à prova pericial*. Salvador: Juspodivm, 2021.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Justificación de las decisiones jurídicas, In: Sentido y hecho en el derecho*, México: Fontamara, 2008.
- _____. *The Judicial Application of Law*, Dordrecht: Kluwer, 1992.

DOCTRINA

As três personalidades do juiz: afinal, qual assumirá o controle?

Adriana Cristina de Siqueira Grossi dos Anjos¹

Técnica de Secretaria

Ruy Alves Henriques Filho²

Professor do Centro Universitário Curitiba e da Escola da Magistratura do Paraná

Resumo: O presente artigo tem por objetivo expor os desafios do juiz no primeiro grau de jurisdição e demonstrar o perfil de três personalidades que o acompanham no decorrer de sua carreira. Definir a personalidade que tomará o controle da atividade jurisdicional pode ser decisivo para se alcançar o real propósito do Judiciário, qual seja, uma justiça eficaz.

Introdução

O ACESSO DESENFREADO À JUSTIÇA, A COMPLEXIDADE DAS CAUSAS, o volume de trabalho, a pouca mão de obra, a falta de estrutura operacional e a deficiência da gestão estratégica e de planejamento, entre outros fatores, provam ser capazes de impedir o direito de realizar a justiça. Estamos diante de conflitos que batem às portas do Judiciário clamando por solução e a pergunta que não quer calar é: Como seria possível ao juiz realizar justiça diante de um cenário completamente fora de controle?

O direito de ação é um direito fundamental pautado na Constituição Federal. Porém, não basta a existência deste direito; exige-se que este possa ser realizável. A realização do direito de ação deve ser uma força tarefa entre o administrador, que possibilita a estrutura e orçamento do Judiciário, o legislador, que cria leis e mecanismos suficientes para que o magistrado tenha amparo legal em suas decisões no decorrer do processo, e, por fim, o juiz, que fará uso da estrutura, da lei, e ainda

A realização do direito de ação deve ser uma força tarefa entre o administrador, o legislador e o juiz

deverá estar apto a ser mais do que um julgador, aceitando o desafio de ser gestor e buscar capacitação e aperfeiçoamento em cursos que possibilitem uma melhor gestão de suas tarefas, de sua equipe, do seu tempo para, como consequência, melhorar sua qualidade de vida.

Diante do cenário apresentado, será levado ao conhecimento do leitor a existência de três personalidades que nos acompanham em todas as nossas atividades diárias

e por toda nossa vida, que são a do *Empreendedor*, a do *Administrador* e a do *Técnico*.

Juntamente com a análise de cada uma das personalidades, será feito um paralelo com o dia a dia do magistrado desde o momento que ingressa na carreira. Será indicada a personalidade dominante diante de certas circunstâncias enfrentadas pelo juiz, tais como: o otimismo e a sensação de derrota frente à demanda, o excesso de trabalho e a pouca qualidade de vida, a falta de estrutura física e de pessoal, a sensação de impotência, entre outras.

O objetivo é despertar no leitor a necessidade de identificar qual das personalidades está no comando, entendê-las e provocar mudanças. Uma vez identificada a personalidade ideal, pauta-se a importância do magistrado de ser além de julgador um empreendedor/gestor. Neste sentido, será objeto de estudo a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2015-2020, do Conselho Nacional de Justiça, bem como o papel da Escola Nacional da Magistratura e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM como fortes aliados na

formação a aperfeiçoamento contínuo dos juízes com o fim de capacitá-los para desempenharem a função como gestores.

Compreendida a importância da capacitação do juiz como empreendedor/gestor, são apresentadas ao leitor noções básicas sobre uma gestão eficiente ligada à organização de trabalho, divisão de funções e tarefas, padronização de atividades e incentivo de equipe.

O presente estudo tem a pretensão de levar o amante da carreira jurídica e mais precisamente da magistratura a uma reflexão sobre que tipo de profissional será. Se ele permitirá que os impasses e obstáculos da rotina do trabalho exaustivo levem seu tempo, sua saúde e ainda seu otimismo, ou se escolherá um caminho diferente, difícil, trabalhoso, porém com sucesso garantido, voltado à necessidade de mudança de mentalidade para exercer uma função de gestor e não somente de julgador.

1. O direito de ação como direito fundamental

Antigamente chamado de direito de agir, o direito de ação é essencial não apenas à tutela dos direitos fundamentais, mas à proteção de todos os direitos. Nas palavras de Cappelletti:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo.

Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso *efetivo*.³ (o grifo é nosso)

O direito de ação aparece exatamente no momento em que o Estado proíbe a tutela privada ou o uso da força privada para a realização e a proteção dos direitos. Este direito requer uma postura ativa do Estado não somente voltada à supressão dos obstáculos sociais ao seu uso, mas também à sua plena efetividade e tempestividade⁴. Disso trata o artigo 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988⁵.

O direito fundamental de ação incide sobre o Estado, ou seja, sobre o juiz, o legislador e o administrador. Segundo Cappelletti:

O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estado pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.⁶

O administrador tem o dever de dotar o Judiciário de orçamento que lhe permita estruturar a administração da justiça de modo a atender aos graves reclamos por tutela jurisdicional efetiva.

Ao legislador cabe a obrigação de traçar as técnicas processuais capazes de permitir a tutela das diversas situações conflitivas. Todas essas técnicas devem poder ser utilizadas pelo juiz conforme as necessidades dos diferentes casos concretos, pois só assim a tutela jurisdicional poderá ser prestada efetivamente⁷.

O legislador tem o dever de dar ao cidadão as ferramentas que lhe permitam construir ou utilizar a ação adequada e idônea à proteção do seu direito material. Isso evidencia que o direito fundamental de ação não se volta somente contra o Estado-juiz⁸.

No que se refere ao papel do juiz, este tem o dever de prestar a tutela jurisdicional apropriada aos direitos, e para isso ela precisa ser efetiva. A efetividade da tutela jurisdicional diz respeito ao resultado do processo⁹.

Este resultado processual bem como a perfeita noção de efetividade são tratados por Cappelletti:

Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago. *A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a condução final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos.* Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica.¹⁰ (o grifo é nosso)

Nas palavras de Nalini:

Nem sempre a lei garante uma justiça mais rápida. A postura típica do Judiciário em regra não é arrojada, encara com timidez e reserva as providências partidas do Parlamento. Dependerá da consciência de cada juiz conferir concretização à revolucionária tentativa de fazer do processo algo que resolva problemas, não que os institucionalize como parece hoje prevalecer.¹¹

O direito de ação, além de exigir o julgamento do mérito, requer uma espécie de sentença que, ao reconhecer o direito material, deve permitir a efetividade da tutela jurisdicional, ou seja, a realização concreta da proteção estatal por meio do juiz¹².

Através desta breve explanação resta demonstrada a extensão do direito de ação, que é muito mais do que um ato solitário de invocar a jurisdição ou do que um simples direito ao julgamento do mérito. A ação, diante dos seus desdobramentos concretos e em uma perspectiva dinâmica, constitui um complexo de posições jurídicas e técnicas processuais que objetivam a tutela jurisdicional adequada e efetiva, constituindo, em abstrato, o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva¹³.

Temos hoje uma sociedade sedenta por justiça e essa realidade é claramente evidenciada pelo crescente número de demandas judiciais. O Poder Judiciário não pode transparecer ineficiência, insegurança jurídica, morosidade e falta de organização. Com o fim de resgatar a

confiança da sociedade, o Judiciário precisa abandonar técnicas e pensamentos ultrapassados e despertar para uma nova realidade multidisciplinar com o intuito de melhor dirimir os conflitos.

2. As três personalidades

A crise do Judiciário se instalou pelo fato de não ter sido aproveitada a experiência do passado como forma de prevenir o futuro e ainda pelo fato de não ter havido um despertar antecipado sobre a necessidade de conhecimento nas áreas de administração.

Ousamos fazer uma aplicação das personalidades dos empresários, citada no *best-seller* “O Mito do Empreendedor”, de Michael E. Gerber, à realidade do dia a dia dos magistrados.

Inclusive recomenda-se esta obra a todos os profissionais, independente da área que atuam, por ser de uma linguagem muito simples porém rica em informações essenciais para uma boa gestão, iniciando pela gestão do eu.

São três as personalidades que nos acompanham, em todas as nossas atividades diárias: o *Empreendedor*, o *Administrador* e o *Técnico*.

O que vem em sua mente quanto se define uma *pessoa empreendedora*? Nas palavras do autor Gerber,

ao imaginarmos um empreendedor típico, nos virá à mente uma figura hercúlea: um homem ou uma mulher, sós, cabelos ao vento, desafiando bravamente obstáculos insuperáveis, escalando encostas íngremes de rochas perigosas. [...] A lenda vem carregada de nobreza, de esforços sobre-humanos, de um compromisso prodigioso com ideais grandiosas.¹⁴

As características do empreendedor são marcantes e definidas por Gerber:

O Empreendedor é um visionário que existe em nós. Um sonhador. A energia por trás de toda atividade humana. [...] O Empreendedor vive no futuro [...] é nossa personalidade criativa – sempre satisfi-

to em lidar com o desconhecido, de olho no futuro, transformando possibilidades em probabilidades, fazendo o caos resultar em harmonia.¹⁵

Trazendo a realidade do empreendedor para a esfera do Poder Judiciário, podemos dizer que o juiz por vocação é um sonhador, um idealista. Corre em suas veias a paixão pela missão de fazer justiça através de suas decisões. Neste ponto, é importante fazer uma reflexão de que infelizmente nem todos os juízes escolhem tal carreira por vocação, conforme comenta Nalini:

A situação comum a todas as carreiras jurídicas faz proliferar o profissional do concurso. Aquele cujo interesse é ingressar a qualquer delas. O candidato globalizado, o candidato profissional. O campeão dos concursos. Submete-se a todos, seja para ingresso à Magistratura ou ao Ministério Público, às Procuradorias, à Defensoria Pública, à carreira policial. À falta, recorre à seleção para Inspetor Fiscal do INSS, ou da Fazenda Nacional, o às auditorias. O excesso de bacharéis torna desalentadora a competitividade na advocacia. O mercado não absorve a intensa produção das Faculdades. Os concursos públicos ainda representam singular atrativo. *Submeteu-se o candidato às regras do jogo e obteve aprovação na Magistratura. Nunca pensou nos abrolhos institucionais. Encontrará um território por ele completamente ignorado.*¹⁶ (o grifo é nosso)

No início da carreira, o pensamento é de “mudar o mundo”. Diante do caos de unidades judiciárias sem estrutura física e de pessoal, ainda assim o olhar é de que “tudo vai dar certo”. Essa é a personalidade empreendedora no controle da situação.

Contudo, o problema é que não fomos treinados para sermos empreendedores o tempo todo e, logo que a situação nos foge do controle, a segunda personalidade aparece e assume o controle da situação.

A *personalidade administradora* é aquela obcecada por organização. Tem compulsão por manter as coisas meticulosamente em ordem. O administrador não gosta de mudanças, preferindo *in statu quo ante*.

Ideia nova é sinônimo de perigo. Por que arriscar, inovar, se foi despendido tanto tempo para as coisas estarem em ordem? Não. Deixe como está!

O escritor Gerber¹⁷ faz um comparativo entre as personalidades do empreendedor e administrador:

Se o Empreendedor vive no futuro, o Administrador vive no passado. Enquanto o Empreendedor quer o controle, o Administrador quer ordem. Enquanto o Empreendedor cresce na mudança, o Administrador se apega compulsivamente ao *status quo*.

Enquanto o Empreendedor invariavelmente percebe a oportunidade dos acontecimentos, o Administrador sempre enxerga os problemas.

O Administrador constrói uma casa e vive nela para sempre. O Empreendedor constrói uma casa e, assim que ela fica pronta, começa a planejar a próxima.

O Administrador organiza os objetos em fileiras certinhas – objetos criados pelo Empreendedor.

A tensão entre a visão do Empreendedor e o pragmatismo do Administrador cria a síntese que dá origem a todo grande trabalho.

A personalidade empreendedora e a visão de futuro conduziram à conquista do sonho de ser juiz. Eis o sonho que se tornou realidade. Chegamos na comarca, nos apresentamos com sorriso no rosto e dizemos: “Meu gabinete estará de portas abertas para recebê-los!” Cheios de ideais, nos deparamos com o caos logo que entramos no gabinete. Sala sem ar condicionado, uma cadeira velha, computador (quando tem) e sem impressora. Se tiver impressora, não tem papel ou tóner.

O juiz empreendedor pensa: “Vai dar tudo certo! Vou resolver. Compro um ventilador, uma cadeira mais confortável, papel para a impressora, tóner e tinta para as paredes. Nada vai me desmotivar!”

Gabinete abarrotado de processos, muitas vezes empilhados no chão por não haver mais lugar nas prateleiras. Em sendo processos virtuais, mal começa o dia e os processos para despacho, decisões e sentenças já ultrapassam a casa de mil e tantos.

Nesse momento, sentamos e pensamos: E agora? É aqui que entra em cena a personalidade Administradora. Começamos a organizar os processos físicos por cores, a conclusão em ordem cronológica de data, separamos os processos por prioridade de tramitação, os urgentes, as liminares, chegamos a etiquetar as prateleiras para manter a ordem. No tocante aos processos virtuais, separamos os com prioridade de tramitação, liminares, réu preso, com audiência designada, paralisados, entre outros.

Vamos até o cartório e já mudamos o discurso: “Pessoal, como tenho muitos processos para analisar, vamos marcar um horário diário para que eu possa atender os advogados, partes e tirar dúvidas? Como está a pauta de audiências? Preciso dos horários... Ou ainda: Acho melhor eu mesmo cuidar da pauta...”

É importante neste ponto o relato de Figueiredo:

Um juiz em início de carreira na justiça estadual, por exemplo, viverá acumuladamente a experiência de ser juiz da infância e juventude; do meio ambiente; da execução penal; do juizado especial (cível e criminal); juiz corregedor dos cartórios judiciais e extrajudiciais; juiz do cível; das causas tributárias; membro nato do Conselho da Comunidade (previsto na Lei de Execução Penal) e possivelmente de outros órgãos comunitário, a depender da realidade do local; em algumas comarcas, também será juiz de causas previdenciárias; o juiz eleitoral; inspecionará delegacias e entidades de acolhimento lançará relatórios de visitas carcerárias e de interceptação telefônica; será responsável pelo cadastro nacional de adoção (CNA); realizará consultas em sistemas informatizados e integrados com outros órgãos, tais como BACENJUD (Banco Central), RENAJUD (Detran), INFOJUD (Receita Federal), SIEL (Cadastro Eleitoral), além de fazer requisições de pagamento de créditos judiciais à Fazenda Pública, também via eletrônica, dentre outras tantas responsabilidades, judiciais e administrativas, colocadas sobre o membro menos experiente do corpo jurídico do Estado. Daí a importância do curso de formação inicial da carreira [...] ¹⁸

No mesmo sentido, Nalini assevera:

O juiz brasileiro ingressa na atividade em uma unidade judicial preexistente. Apanha a máquina em pleno funcionamento. Essa é a situação comum do novato. É muito raro que inaugure uma Vara, comarca ou seção judiciária. *Encontrará ali uma estrutura inadequada, funcionalismo descontente, embora em regra seja devotado e, pior do que tudo, enorme quantidade de processos. Cada problema desses é um desafio real.*¹⁹

O volume de trabalho tão intenso logo é sentido pela personalidade do administrador, que fatalmente percebe que não está pronta para atender à demanda e logo cede para a terceira e mais poderosa das três personalidades: a do Técnico.

A *personalidade do técnico* está enraizada em todos nós e, na maioria das pessoas, é a que se encontra permanentemente no comando.

Esta personalidade acredita que se for para fazer bem feito, ele mesmo faz. É orgulhoso, individualista, não precisa de ninguém. É dedicado e isso não representa um fardo e sim um prazer. O técnico está sempre pronto a cumprir suas “obrigações e responsabilidades”. Carrega o mundo nas costas se for necessário. Não tem limite. São dez, doze, catorze horas de trabalho no dia, se deixa consumir até que chega ao fundo do poço de tanta exaustão. Neste contexto exemplifica Bacellar:

O juiz de primeiro grau avisa que está sobrecarregado de processos, precisa de assessoramento e auxílio e não tem mais como “dar conta do serviço”, mesmo que trabalhe nos feriados, nos finais de semana e à noite. Apresentam-se argumentos de que cabe ao Poder Executivo atribuir mais verbas e ao Poder Legislativo criar os cargos necessários por lei e, portanto, nada pode ser feito. Resposta: “não há auxiliares, não há assessoria disponível nem outro juiz para auxiliá-lo, vire-se”. *São comuns casos de estresse, depressão, irritabilidade e baixa produtividade decorrente de fatores emocionais.*²⁰ (o grifo é nosso)

Gerber descreve o caminho de decadência da personalidade do técnico com o passar do tempo:

Com sorte, tanto esforço, tanta preocupação, tanto empenho, começa a dar frutos. Você trabalha bem, dá frutos.

Então vem a mudança. A princípio de maneira sutil, mas aos poucos, mais claramente. Os serviços não são mais os mesmos. Há mais trabalho do que seria possível fazer. [...] Nada funciona como no início.²¹

Continua a explanação sobre a reação do técnico diante da evidente situação de fracasso:

Trabalha ainda mais. Dedicar mais tempo e energia. Se eram doze horas, passam a ser catorze.

Se eram catorze horas, passam a ser dezesseis.

Se eram dezesseis horas, passam a vinte. [...]

Até que, ao fim de uma semana atarefadíssima, altas horas de sábado, descobrem-se debruçados sobre os livros, tentando entender a confusão de números, pensando no trabalho que ficou por fazer e nas tarefas da semana seguinte. De repente, convencem-se de que simplesmente não vão conseguir. Não há como uma pessoa fazer tanta coisa sozinha! [...] Que tem que mudar se quiser sobreviver.²²

Ser um técnico é necessário, contanto que não destrua as outras personalidades. Seguindo a linha de pensamento de Gerber²³, percebe-se que quando o técnico evita o papel do empreendedor, tão necessário à força vital, e o papel do administrador, de importância decisiva para o equilíbrio operacional, ele se deixa consumir pelo trabalho tático e tem como resultado um serviço complicado, frustrante e muitas vezes exaustivo.

Será que estamos tratando de um perfil no qual o juiz não se encaixa? Sem qualquer tipo de afronta, a análise desta personalidade é de suma importância! É necessário ter coragem de olhar para si e se enxergar nesta realidade!

Diante da problemática já apresentada neste artigo, onde as estatísticas não são nada animadoras e os processos não param de adentrar as portas do Judiciário, qual é a tendência de qualquer magistrado? Sem dúvida é de arregaçar as mangas e nadar loucamente contra a maré!

Em sua obra que trata de Administração Judiciária, Bacellar fala da personalidade técnica do juiz como sendo a de um operário:

*A falta de assessoria, notadamente nos juízos estaduais de primeiro grau, em muitos tribunais brasileiros, transforma o juiz em um operário que faz tudo: atendimento de telefone, arquivamento de documentos, gerenciamento de processos, controle de provimentos jurisdicionais, organização da pauta de audiências, redação de ofícios, formulação de pedidos de material, expedição de portarias, orientação aos servidores, inspeção permanente nas secretarias. Quando se chega às atividades típicas e fundamentais da presidência das audiências, atendimento aos advogados e julgamento dos processos, percebemos que foi investido muito tempo em outras atividades não essenciais e que *poderiam ter sido desempenhadas por outros servidores.*²⁴ (o grifo é nosso)*

Quantas horas de trabalho sem descanso, dias e dias sem fazer uma boa refeição, sem dormir o suficiente. O dia precisa ter mais de vinte e quatro horas, pois senão não será possível dar conta de tudo. A família, eventualmente filhos, vida social parecem estranhos após um tempo, pois o magistrado se isola em um mundo criado só em função do trabalho: “Trabalho é meu nome”.

Até que se chega num ponto onde o brilho da profissão se ofusca. O ânimo acaba. Há um despertar do sonho e, acordado, o que se enxerga é somente a tirania do trabalho diário. Você está doente e precisa de ajuda. Alguma coisa tem que mudar e a mudança deve começar por você mesmo.

O predomínio da personalidade do técnico é chamado de “fase da infância” e deve ser dominada pelo empreendedor, que é caracterizado pela “maturidade”.

3. Juiz empreendedor/gestor

“A Perspectiva do Empreendedor começa com a visão e um futuro bem definido e então volta ao presente com a intenção de transformá-lo, para concretizar aquela visão.”²⁵ Esclarece Gerber:

A verdade é que todos têm dentro de si um Empreendedor, um Administrador e um Técnico. E, se os três forem bem equilibrados, estaremos diante de um indivíduo muito competente. *O Empreendedor terá a liberdade para avançar rumo a novas áreas de interesse; o Administrador solidificará a base de operações; e o Técnico assumirá a parte técnica. Todos ficarão satisfeitos em realizar o que fazem bem, servido assim, ao resultado final de maneira mais produtiva.*²⁶ (o grifo é nosso)

Cego pela personalidade do técnico, o juiz precisa despertar seu eu empreendedor. Onde foi parar aquele profissional visionário, sonhador, amante de mudanças, inovações e com pensamento positivo de que tudo daria certo?

Olhando ao redor tudo parece sem controle. Não é possível resolver tudo sozinho. Os processos não param de aumentar. É chegada a hora da personalidade empreendedora assumir o controle outra vez.

Sobre a realidade de muitos magistrados no início da carreira, Figueiredo faz uma valiosa observação:

No modelo existente no Brasil, contudo, *o magistrado é o gerente da serventia e o chefe de cartório ou escrivão ou ainda chefe de secretaria, conforme variações de denominação é igualmente gerente. Alguns realizam atividades de gestão de forma ainda intuitiva. Entretanto, não se pode mais admitir o método tentativa-erro quando já existem práticas de gestão consagradas nas organizações privadas e em outras organizações públicas de vanguarda.* Sob o ponto de vista do jurisdicionado, não se pode mais “contar com a sorte” para regular e eficiente tramitação do processo ou conceber práticas com a de pedir desistência de uma ação para entrar com outra dependendo

do cartório ou secretaria da vara para a qual foi distribuída a demanda. *É preciso capacitação e padronização.* Claro, padronização conforme a realidade de cada unidade judiciária, considerando-se questões de competências e características das demandas locais.²⁷ (o grifo é nosso)

O Jornal *Gazeta do Povo* publicou, na data de 17 de julho de 2014, uma matéria com o seguinte título: “A gestão do cotidiano não deve estar na mão dos juízes, para o bem da magistratura e do povo”.

Foi entrevistado o professor Fernando Fontainha, o qual defende que as atividades administrativas conferidas ao juiz viriam a prejudicar a função essencial que seria a de jurisdição. Critica ele o fato dos magistrados não terem treinamento para lidar com atividades de gestão e que, fatalmente, a maioria não teria a menor vocação para a área administrativa.

Destaca-se um trecho da entrevista:

Os juízes não têm treinamento em administração. Os bons bacharéis em direito no Brasil não têm noção de administração pública para lidar com os tribunais e o Ministério Público ou de administração empresarial para lidar com escritórios de advocacia. Eles vão aprender na prática. Os grandes escritórios profissionalizam sua administração. E os tribunais? *Vão profissionalizar sua administração ou vão colocar responsabilidades de gestão na mão de pessoas cobradas num concurso como juristas. Será que a administração do trabalho forense cotidiano está sendo entregue para amadores em administração?* Claro que são profissionais do direito, com bacharelado, com três anos de prática jurídica e que passaram por um concurso concorrido, mas seria a melhor opção tirar dessas pessoas competências jurisdicionais e sobrecarregá-las de competências de gestão?²⁸ (o grifo é nosso)

Esta crítica realmente nos faz pensar. Efetivamente nossos juízes não recebem treinamento em administração para exercerem atividades de gestão.

Nalini defende o mesmo entendimento no que tange ao despreparo do juiz ao ingressar na carreira para atuar na área administrativa:

O jovem juiz, cuja atividade anterior pode ter sido apenas a de estudar, exercício solitário da memorização, não está preparado para este elenco de atribuições. Assim que terminou a Faculdade, empenhou-se na revisão de todo o bacharelado. O treino propiciado pelos cursinhos de preparação a concurso público não cuida de administração do Fórum. É espaço especializado em técnica de memorização. O intuito é fazer o candidato demonstrar que acumulou informações. O objetivo único é provar boa memória e saber responder às questões formuladas pela Banca Examinadora. *Como se exigir dele proficiência ao desempenhar, logo a partir da posse, o papel de reitor de misteres nunca enfrentados?*²⁹ (o grifo é nosso)

Ainda no mesmo sentido, Nalini expõe uma triste realidade no cenário judiciário:

A História do Judiciário é pródiga no colecionar exemplos de juiz que, voltado apenas à missão de julgar, não sabe administrar a contento as demais atribuições e até se indispõe na microcomunidade em que atua. Outros magistrados privilegiam as tarefas atípicas e são excelentes administradores, mas medíocres solucionadores de lides.³⁰

Não há como discordar no todo sobre o pensamento dos autores acima citados. Realmente, diante da falta de treinamento e demanda exaustiva de trabalho, parece ser humanamente impossível abraçar a função julgadora e a gestora.

Todavia, o ideal está longe de ser alcançado. O Judiciário não tem estrutura administrativa treinada ou suficiente para atender à demanda das comarcas no que tange aos problemas de gestão.

O que fazer então? Cruzar os braços e dizer que o problema não é meu? Não estudei para ser administrador. O Tribunal que resolva!?

Ora, temos que despertar para a realidade de que a cúpula do tribunal não resolverá o problema, e a falta de estrutura e treinamento não

poderão ser usados como pretexto para ser deixada ao léu a administração das unidades judiciárias.

Embora a passos lentos, o Poder Judiciário como um todo tem buscado iniciativas rumo ao treinamento e capacitação de seus membros, com o fim de se esforçarem em favor da organização judiciária. A Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2015-2020 é um exemplo de iniciativa por mudança de paradigma.

Queremos frisar aqui, de forma pontual, três desses objetivos estratégicos: processos de gestão das políticas judiciárias, a qualidade de vida no trabalho e o incentivo e propagação de conhecimento e boas práticas.

O Conselho Nacional de Justiça institui que deve haver um comprometimento de todos os colaboradores com a missão e os objetivos institucionais, engajamento, esforço e empenho a serem exercidos em favor da organização.

Sem dúvida, o juiz empreendedor tem papel fundamental nesta missão e no alcance destes objetivos. É através da supervisão e gerenciamento do juiz que sua equipe auferirá a efetividade e a unidade do Poder Judiciário, orientadas pelos valores de justiça e paz social, conforme a missão do CNJ.

Além disso, o próprio Código de Ética da Magistratura Nacional³¹, aprovado pelo CNJ, prescreve deveres atinentes ao magistrado com o fim de auxiliar na Administração da Justiça:

Art. 35. O magistrado *deve esforçar-se para contribuir* com os seus conhecimentos teóricos e práticos *ao melhor desenvolvimento do Direito e à administração da Justiça.*

Art. 29. A exigência de conhecimento e de capacitação permanente dos magistrados tem como fundamento o direito dos jurisdicionados e da sociedade em geral *à obtenção de um serviço de qualidade na administração de Justiça.*

Art. 31. A obrigação de formação contínua dos magistrados *estende-se tanto às matérias especificamente jurídicas quanto no que se refere aos conhecimentos e técnicas que possam favorecer o melhor cumprimento das funções judiciais.* (o grifo é nosso)

Como bem ensina Bacellar:

Se, de um lado é dever do magistrado capacitar-se de forma permanente, de outro, é direito da sociedade ter cada vez mais magistrados preparados, qualificados, éticos, independentes, imparciais e humanistas, para que possam prestar os melhores serviços à sociedade.³²

Ainda no mesmo viés, escreve Figueiredo:

Nesse contexto, e enquanto as mudanças estruturais necessárias e almejadas não se concretizam, o magistrado deve não apenas saber utilizar todo o aparato colocado a seu dispor para o fiel cumprimento da sua missão constitucional, mas igualmente utilizar-se de criatividade e parcerias para implementar mudanças necessárias à comunidade em que atua; é preciso saber gerir pessoas e instituições. *A função do juiz não é apenas jurisdicional, embora seja a precípua. Cada vez mais se fala em gestão e administração no âmbito do Poder Judiciário e a cúpula administrativa desse poder tem demonstrado estar atenta e preocupada com a formação do juiz para o enfrentamento dos desafios que a modernidade tem trazido.*³³ (O grifo é nosso)

Cabe neste momento uma reflexão sobre o verdadeiro sentido da missão de um juiz. Dispõe o Código de Ética da Magistratura Nacional:

Art. 3. A atividade judicial deve desenvolver-se de modo a garantir e fomentar a dignidade da pessoa humana, objetivando assegurar e promover a solidariedade e a justiça na relação entre as pessoas.³⁴

No tocante ao conhecimento e capacitação, o Código de Ética da Magistratura Nacional é bem claro:

Art. 31. A obrigação de formação contínua dos magistrados estende-se tanto às matérias especificamente jurídicas quanto no que se refere aos conhecimentos e técnicas que possam favorecer o melhor cumprimento das funções judiciais.³⁵

A educação é um patrimônio estratégico do país, uma ferramenta indispensável ao seu desenvolvimento. Essa é uma máxima que deve ser observada em todos os setores da sociedade³⁶.

A formação contínua do magistrado não é uma opção e sim uma obrigação, e não se limita ao conhecimento jurídico, conforme bem preconiza o art. 31 do citado Código de Ética. Neste sentido:

A questão da reciclagem permanente é fundamental para a subsistência do Judiciário. A clientela muda a cada dia, as tecnologias proliferam, os concorrentes se multiplicam e o produto do Judiciário se torna obsoleto. É preciso criar um novo conhecimento judicial, como missão estratégica prioritária. [...] Juiz e demais servidores devem se imbuir da consciência de que não são meros dígitos, mas continuam seres educandos, que podem e devem se aprimorar a cada dia. O objetivo permanente de toda a equipe é habilitar-se por meio de aprendizagem e atingir o limite de suas potencialidades até à plenitude possível.

Ainda sobre a necessidade de mudança, ensina Bacellar:

Alguns vícios da burocracia mecanizada fortalecem a ideia de manter as coisas como estão e continuar a fazer o que sempre se fez, exatamente porque sempre foi assim e é cômodo permanecer na inércia. Na gestão do conhecimento, não se admite “fazer mais do mesmo” e é necessário o ciclo virtuoso do fazer, refletir, teorizar, experimentar, refazer – e assim sucessivamente.³⁷

Na atual conjuntura não há espaço para a inércia. O momento de despertar para a realidade atual da sociedade é iminente. Mãos à obra.

4. A personalidade do empreendedor no comando

É chegada a hora de despertar o espírito empreendedor e de determinação – ou melhor dizendo, paixão pela transformação pessoal que

o processo exige: novas habilidades, nova compreensão, novo conhecimento, nova profundidade emocional, novo saber³⁸.

Nas palavras de Bacellar:

A Administração do Poder Judiciário necessita urgentemente abandonar o ciclo burocrático e iniciar um ciclo empreendedor de alta aprendizagem, marcado fundamentalmente pelo planejamento estratégico, pela criatividade e pela visualização do futuro.

Ser empreendedor é ser criativo, é inovar em modelos de serviço, é avançar em mudanças necessárias sem medo de errar. É também aceitar os erros e encará-los como parte do processo de desenvolvimento estratégico e da aprendizagem.³⁹

O Judiciário tem engatinhado rumo a novas tecnologias de trabalho que possam vir a contribuir com a agilidade do trabalho diário, tanto de magistrados como de serventuários. Um grande avanço foi a implantação do Sistema de Processo Eletrônico Projudi no Estado do Paraná. Vemos também grandes avanços tecnológicos nos processos virtuais junto à Justiça Federal, todos com o mesmo objetivo: otimizar tempo e alcançar agilidade nos procedimentos processuais.

Com o mesmo pensamento evolutivo no tocante à tecnologia e procedimento operacional padrão, devemos despertar para a necessidade de mudança de mentalidade do juiz. Voltada a criar padrões e organizar as tarefas de seus liderados, a personalidade empreendedora do juiz deve atuar de modo a implantar em sua jurisdição mecanismos para a divisão das tarefas, como é o chamado *empowerment*.

As atividades de administração que são atípicas à função do juiz, se não praticadas por auxiliares e servidores, podem gerar desinteresse e desmotivação. É necessário que o magistrado delegue, de forma planejada e desenvolvida, as atividades relativas a assuntos administrativos, porém sem deixar de ser responsável pela gestão dessas tarefas. Essa delegação é chamada no ramo da administração como “*empowerment*”. Conforme estudo de Bacellar,

por meio da alternância de mecanismos administrativos de coordenação das atividades (por desenvolvimento ou ajustamento mútuo, supervisão direta, padronização dos resultados e das entregas, padronização de habilidades e padronização de processos de trabalho) e com uma gestão participativa, os administradores judiciais, depois de definirem os parâmetros, poderão desenvolver habilidades para delegar, “empoderar” e distribuir recursos para alcançar os melhores resultados. *A descentralização e a coordenação das atividades (tarefas) são, nesse contexto, passos de suma importância.*⁴⁰ (o grifo é nosso)

Trazemos o conceito de *empowerment*, também segundo Bacellar:

O *empowerment* é uma ferramenta para exercer o poder sem perdê-lo, para delegar motivando, energizando, liberando no empregado aquele potencial oculto de realizar e alcançar resultados. É importante compartilhar poder e desencadear o “querer fazer” como potencial humano represado nos corações dos subordinados, que motivados, assumirão a responsabilidade de fazer acontecer. Em tradução livre, é o que se tem denominado *empoderamento*.⁴¹

A ideia fundamental do “empoderamento” é delegar tarefas sem perder o controle sobre elas. É dividir funções, porém segurando o leme e determinando a direção e coordenação das atividades exercidas pelos “empoderados”. Escreve Nalini:

Todo o sistema judiciário tem como vértice a figura do juiz. Ele continuará a ser a figura de maior significado no esquema da Justiça. Mas precisa *compreender que, sem a colaboração entusiasta dos demais envolvidos, produzirá menos do que suas potencialidades o permitiriam.*

*A ideia é transmitir responsabilidade para todos, de forma que todos possam mostrar a verdadeira liderança dentro de suas esferas individuais de atribuições e, ao mesmo tempo, ajudar a enfrentar os desafios globais de toda a organização.*⁴² (o grifo é nosso)

Bacellar, tratando sobre como os subordinados devem ser estimulados no exercício de suas atividades, ensina:

- a. Diga às pessoas quais são suas responsabilidades.
- b. Dê-lhes autoridade correspondente às suas responsabilidades.
- c. Estabeleça padrões de excelência.
- d. Ofereça aos subordinados o treinamento necessário à satisfação dos padrões.
- e. Forneça-lhes conhecimento e informação.
- f. Dê-lhes *feedback* sobre seu desempenho.
- g. Reconheça as pessoas pelas suas realizações.
- h. Confie nas pessoas.
- i. Dê aos seus subordinados permissão de errar.
- j. Trate as pessoas com dignidade e respeito.⁴³

Estes dez princípios trazidos por Bacellar são de suma importância!

Em primeiro lugar, é fundamental ser feita uma observação. O juiz empreendedor/gestor, preocupado com sua unidade judiciária, deve ter em mente que não deverá coordenar somente a equipe de gabinete, mas também os colaboradores da secretaria. De que adiantaria ter um gabinete organizado, em dia com os processos, e o trabalho “morrer” quando chega para o cumprimento na secretaria?

A experiência do dia a dia possibilita fazer uma crítica. Infelizmente, vemos existir um verdadeiro abismo entre gabinete e cartório. Não se percebe a necessidade vital de andarem de mãos dadas! Afinal, é a secretaria quem dá “vida” às decisões judiciais através dos cumprimentos, sejam eles de intimação dos advogados dos atos processuais, expedições de modo geral, atendimento de balcão, entre outros. Pode-se afirmar, que o cartório é a “ponte” entre o juiz e o cidadão. Um relacionamento ruim entre gabinete e secretaria reflete diretamente no atendimento ao público e conseqüentemente, a prestação jurisdicional se torna precária.

Nalini trata sobre a importância do juiz valorizar sua equipe:

É com esta estrutura que o juiz trabalhará. Se não dispuser de talento pessoal para criar um ambiente diferenciado em sua unidade – ainda hoje denominada cartório, pese embora a carga pejorativa nela incidente – e para estabelecer um milagroso nicho de excelência, verá comprometido o resultado de seu trabalho. Por mais diligente e talentoso que possa ser.

Os *case* de magistrados que motivam o servidor e conseguem edificar uma verdadeira equipe familiar são estímulo para quem não se anima e não vê perspectivas de melhoria. São abundantes os modelos de coesão tendente à obtenção de sucesso na prestação jurisdicional. Só que eles resultam de empenho e devotamento muito particular. Sem qualquer incentivo institucional do Judiciário. Também não é raro a incompreensão a demolir, com rapidez, a lenta e gradual edificação de um espírito cooperativo na unidade judicial.⁴⁴

Como forma de melhorar a gestão na secretaria, recentemente a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná⁴⁵ lançou o curso PROSERVIDOR – CGJ 2017/2018 destinado aos Chefes de Secretaria das Unidades Judiciárias dos Foros Central e Regionais da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, cujo projeto está alinhado ao plano de atenção prioritária ao 1º Grau de Jurisdição (Resoluções 194 e 195/2014, do Conselho Nacional de Justiça), ao Planejamento Estratégico do Tribunal de Justiça do Paraná 2015/2020 e, sobretudo, à Meta Interna n. 7 da Corregedoria-Geral, que visa o aperfeiçoamento de magistrados e servidores.

O curso, realizado na data de 13 e 16 de março de 2018, expôs métodos de gestão e liderança com o fim de uniformizar a execução de atos processuais pela Secretaria⁴⁶.

É oportuno neste momento fazer uma crítica. O treinamento dos chefes de Secretaria ficou limitado à capital. Não foi estendido a todas as comarcas do Estado do Paraná. Assim, reforça-se mais uma vez a necessidade do juiz ser o gestor de sua unidade, o empreendedor, a fim de ser o “braço” do Poder Judiciário onde estiver, com ou sem apoio da cúpula diretiva do tribunal.

Não resta dúvida de que a preparação do chefe de secretaria encontra-se em foco, uma vez que o mesmo tem papel fundamental no tocante à gestão do cartório e no auxílio ao juiz. Mas o magistrado não pode ficar de braço cruzado aguardando que o “treinamento” de sua equipe seja fornecido pelo tribunal, uma vez que a falta de estrutura não possibilita isso.

Ainda sobre a função essencial do chefe de secretaria:

Não raro, o magistrado está atarefado com suas tantas outras atribuições e acaba delegando a fiscalização e controle ao chefe de cartório, escrivão, chefe de secretaria ou diretor de secretaria, conforme variações de nomenclatura. *O chefe de cartório é peça fundamental na gestão da serventia judicial, uma vez que a gestão direta do cartório judicial está a ele conferida; ele é quem efetivamente exerce as atividades no cartório e conhece, de forma pormenorizada, as rotinas de serviço. Assim, a parceria entre o magistrado e o chefe de cartório é fundamental para o sucesso do trabalho como um todo*⁴⁷. (o grifo é nosso)

Funcionários insatisfeitos geram um serviço de má qualidade. Falta de estrutura de trabalho, carência de treinamento e informação, ausência de *feedback* das atividades praticadas, não reconhecimento pelo serviço prestado, exigência de perfeição, tratamento desigual e de forma desrespeitosa, entre várias outras situações enfrentadas pelos servidores, geram uma insatisfação tamanha e um verdadeiro descaso com a prestação jurisdicional. Ir trabalhar deixa de ser algo prazeroso e passa a ser penoso, um fardo pesado demais.

Comenta Nalini:

A motivação do funcionalismo poderia ser outra alavanca de propulsão do verdadeiro progresso no universo Justiça. Propor ao quadro de servidores questões como: Por que o Judiciário enfrenta problemas na outorga com tanta frequência? Por que, a despeito de tanto esforço e trabalho insano, o jurisdicionado não está satisfeito com a prestação jurisdicional? Como atingir equilíbrio adequado entre inovação e disciplina para impulsionar a eficiência? Qual o

principal ingrediente na geração de ideias inovadoras? Qual a importância de os servidores serem estimulados à inovação? Quais os perigos, entraves e obstáculos encontrados na prática da rotina judiciária? Como lidar com os feudos que consomem e corroem as boas práticas e as iniciativas pioneiras? Como idealizar práticas de RH que impulsionem a otimização do serviço judiciário?⁴⁸

Continua Nalini no mesmo raciocínio:

Não seria difícil motivar o servidor para que a sua prestação fosse cada dia melhor. Às vezes, bastaria conscientizá-lo da relevância de sua missão. A missão de harmonizar, de pacificar, de resolver conflitos, de dar a cada um o que é seu cala fundo na consciência sensível. Existem heróis do funcionalismo que deixam posições mais vantajosas unicamente porque estão imbuídos da exata noção da relevância de sua função.⁴⁹

Não seria nem um tipo de pretensão afirmar que esta realidade pode sim ser mudada através de uma gestão eficiente pelo magistrado. A gestão do Poder Judiciário é feita por seus membros, na pessoa do magistrado/gestor e do servidor/gestor⁵⁰.

Bem ensina a magistrada Higyna Josita Simões de Almeida Bezerra da Associação dos Magistrados da Paraíba (AMPB):

O primeiro passo a ser dado é no sentido da mudança de mentalidade do juiz, para que ele possa ousar, utilizando, sobretudo, a criatividade no âmbito em que trabalha, vislumbrando o processo sob o ângulo dos “consumidores” da prestação jurisdicional.

Como se dará essa mudança de mentalidade? A educação é a resposta. Através da educação voltada para conhecimentos de gestão, o magistrado poderá saber da existência de métodos e técnicas facilitadoras do exercício da função de juiz-administrador. A transformação do juiz-juiz em juiz-gestor encontra amparo em conceitos e ensinamentos advindos da ciência da Administração.⁵¹

Cabe ao juiz empreendedor/gestor motivar sua equipe, estabelecer padrões de trabalho e rotinas. O juiz não pode esperar que a administração do Tribunal de Justiça consiga dar conta de atender todos os setores e locais de trabalho. Ele é uma extensão da administração do tribunal onde estiver! O juiz deve ser o mentor da sua equipe, por isso a necessidade de capacitação constante, estudo e dedicação.

Gerber trata sobre a capacitação dos “liderados” de modo bastante interessante:

Grandes empresas não são criadas por indivíduos extraordinários, mas por gente comum que faz coisas extraordinárias. No entanto, para gente comum realizar coisas extraordinárias, é absolutamente essencial um sistema – um “modo de fazer” – que compense a disparidade entre a capacidade de seu pessoal e a capacidade de que a sua empresa necessita para produzir resultados consistentes. É tarefa sua – mais precisamente, da sua empresa – desenvolver essas ferramentas e ensinar os funcionários a utilizá-las. É tarefa dos seus funcionários utilizarem as ferramentas desenvolvidas por você e recomendar melhorias, com base na experiência.⁵²

Como forma de ressaltarmos a ideia, vamos repetir a frase acima: “Grandes empresas não são criadas por indivíduos extraordinários, mas por gente comum que faz coisas extraordinárias”.

O que buscamos? Mão de obra super qualificada? O primeiro grau de jurisdição, onde se concentra o maior número de processos, é composto, em sua maioria por técnicos, cuja exigência do concurso é tão somente o segundo grau completo, independentemente de conhecimento jurídico.

Pois bem. Estamos com uma equipe que foi selecionada através de um concurso público, sem conhecimento jurídico para cumprir as decisões judiciais. Não sabem contar um prazo, a diferença entre citação e intimação, como cumprir as determinações judiciais, o rito processual de cada tipo de ação. Como podemos usar esse pessoal sem “qualificação” jurídica para movimentar a máquina judiciária? Eis a questão.

O que vemos no dia a dia do cartório são as chamadas “heranças”, que nada mais são do que os “modelos” passados de uns para os outros. Ou seja, se lá atrás já vinha sendo feito errado, o erro se perpetua.

Temos outro problema. Na secretaria se ouve muito a frase: “Se o juiz despachou/decidiu assim, então cumpra”. Espera aí! Até quando vamos nos conformar com uma realidade precária que grita por mudança? Voltamos à questão do distanciamento entre gabinete e funcionários. Os juízes analisam uma infinidade de processos todos os dias.

É importante que o juiz incentive sua equipe, estabelecendo metas simples de serem atingidas, e os gratifique pelo esforço

Sem dúvida que, em uma situação ou outra, alguns detalhes podem passar despercebidos.

O livre acesso dos funcionários ao juiz é essencial para uma prestação jurisdicional eficiente e de qualidade. Sobre a qualidade bem define Gerber: “Qualidade não passa de uma palavra vazia se não incluir paixão, harmonia, determinação, equilíbrio e cuidado”⁵³.

Neste contexto, é importante que o juiz incentive sua equipe, estabelecendo metas simples de serem atingidas, e os gratifique pelo esforço. Isso os manterá animados a continuar se dedicando. São sugestões de estímulos: portarias de elogio pela produtividade, prêmios como inscrições sem custo em cursos ou eventos, brindes como livros, entre outros.

É muito comum chegarmos a certo ponto da rotina do dia a dia que o trabalho se torna monótono. Isso é perceptível pela baixa produtividade do servidor. O juiz empreendedor/gestor deve usar sua criatividade para tornar o serviço do dia a dia mais atraente. Pode ser que no início haja resistência por parte dos liderados, pois é comum entre as pessoas se acomodarem à situação que estão e não gostarem de mudanças. Porém, o segredo está em convencer sua equipe da importância de inovações.

Reuniões do juiz empreendedor com seu grupo de colaboradores são fundamentais. Devem ser periódicas. O contato com os liderados gera um elo de confiança e de segurança de que as atividades estão so-

bre controle. Todos sabem as regras e elas devem ser cumpridas e supervisionadas para que a organização seja mantida. É muito comum que pela rotina do dia a dia estes encontros tenham a tendência de serem colocados em segundo plano. No entanto, com o passar do tempo, essa desídia poderá acarretar desânimo, baixa produtividade e perda do controle sobre a equipe.

Vale ressaltar que o juiz deve ser o exemplo. Não tem como cobrar de seus colaboradores condutas e atitudes que você mesmo não observa. Muito cuidado com a seguinte frase: “Faça o que eu digo, não faça o que eu faço.” Isso não funciona, não passa de tirania.

Concluindo o raciocínio sobre um ambiente ideal de trabalho, voltado a um bom relacionamento entre líder e liderados, Gerber traça um ideal a ser alcançado pelo empreendedor:

O necessário então, é um lugar onde haja comunhão. Onde haja propósito, ordem e significado. Um lugar onde ser humano represente um pré-requisito, mas agir com humanidade seja essencial. *Um lugar onde o pensamento geralmente desorganizado que toma conta da nossa cultura torne-se organizado e claramente focado em um resultado específico que valha a pena. Um lugar onde a disciplina e a determinação sejam valorizadas pelo que representam: a espinha dorsal do empreendimento e da ação, da nossa possibilidade de sermos o que somos por vontade e não por acaso. Um lugar que substitua o lar que tantos perderam. Isto a empresa pode fazer: criar um jogo que valha a pena; tornar-se aquele lugar de comunhão, onde palavras como integralidade, propósito, compromisso, visão e excelência possam ser empregadas como etapas da ação no processo de produção de resultados válidos.*⁵⁴ (o grifo é nosso)

Passamos a maior parte de nossa vida dentro do ambiente de trabalho. Promova encontros para compartilhar experiências. Incentive. Desperte na equipe um sentimento de amor à causa que vai levá-los a trabalhar felizes, em benefício de algo maior, de um bem social.

Como bem leciona Bacellar,

com engajamento dos servidores e colaboradores nas decisões estratégicas que os afetam, com a explicação de critérios e razões das decisões e com clareza relativamente às regras do jogo, acaba havendo uma cooperação voluntária (atitude), muito diferente do comportamento que leva ao cumprimento mecânico de ordens do gestor. Quanto mais as pessoas – tanto na atividade-meio quanto na atividade – fim – participam do processo e do resultado, mas elas aceitam o resultado e o processo como justos. Quanto menor a participação das pessoas no processo e no resultado, menor a aceitação delas com o resultado.⁵⁵

Repetindo as palavras de Gerber, deve-se prezar pela comunhão, integridade, propósito, compromisso, visão e excelência. Como pertencentes ao Poder Judiciário, temos que ter como objetivo realizar a justiça.

A ideia de justiça é bem definida por Bacellar:

Fazer justiça, nesse caso, é fazer o que precisa ser feito: permitir a participação, explicar, dar conhecimento, ouvir, envolver as pessoas nos projetos, produzir confiança, pertencimento, reconhecimento da liderança e aceitação do resultado.⁵⁶

Você como leitor agora pode estar se perguntando: E se o juiz no início de sua carreira não tiver uma equipe para gerenciar?

Aqui está a questão. Já vimos no transcorrer de todo este artigo que, embora possa ser uma tarefa um tanto quanto árdua a gestão judiciária por parte do magistrado, não há como fugir dela. Os problemas de gestão administrativa acompanham o juiz por onde quer que vá. Tudo dependerá de uma organização de trabalho, para que seja possível iniciar qualquer atividade! Mas como fazer isso?

Vamos sugerir algumas soluções que servirão de ponto de partida para que o juiz permita que sua personalidade empreendedora assuma o controle.

Como já visto anteriormente, a organização é fundamental. Faça um mapeamento de tudo que tem para ser feito, de todas as atividades. Separe as atividades de jurisdição das atividades administrativas.

Faça um levantamento da quantidade de processos a serem analisados durante a semana. Organize o tempo e estabeleça quais são as prioridades. Estabeleça horário para a realização das atividades e siga à risca, abrindo raras exceções. Tenha o controle sobre todas as tarefas desenvolvidas.

Vá se preparando para quando tiver uma equipe a gerenciar. Ouse, teste várias estratégias de como conseguir produzir mais em menor tempo e com a qualidade necessária. Você será seu próprio adversário. Comece pelo gabinete. Traçadas as regras, avance. Leve o conhecimento e experiência adquiridos aos serventuários do cartório, incentivando-os a trabalharem em parceria com você.

Conclusão

O acesso desenfreado à Justiça, sem estrutura para a demanda e juízes cada vez mais assoberbados de trabalho, que “enxugam gelo” todos os dias, é uma realidade evidente no Poder Judiciário brasileiro. Embora o direito de ação seja um direito fundamental, está o Judiciário apto a atender de forma efetiva a demanda?

O jurisdicionado está cada vez mais exigente. A sociedade não se satisfaz mais com uma sentença que diga quem saiu como vencedor. Quer mais do que isso: efetividade da decisão. Mas como tornar esta decisão efetiva? Basta o empenho do legislador em criar mecanismos e técnicas legislativas? Estrutura física e de pessoal do Tribunal de Justiça? Se o juiz não desempenhar suas funções a contento, de nada valerão as iniciativas citadas anteriormente.

As barreiras estruturais, o volume de trabalho, a desmotivação pelo cansaço levam o magistrado à escravidão diária da personalidade do técnico. As forças se esvaem. Mesmo trabalhando incansavelmente não é possível vencer. A família cobra atenção. Os advogados e tribunal cobram produtividade e qualidade de serviço. A secretaria trabalha desmotivada por não ter seu serviço reconhecido.

A proposta do presente artigo foi demonstrar que, mesmo diante deste cenário de caos, há uma luz no fim do túnel.

Atrreladas às outras iniciativas, como informatização, estrutura física e de pessoal etc., a solução em conjunto é a de capacitar nossos juízes para serem verdadeiros gestores em sua unidade judiciária.

Não se pode mais adiar que a personalidade empreendedora assuma o controle das atividades do magistrado, sob pena de frustrar a missão de se alcançar a justiça, através de uma prestação jurisdicional eficiente e célere.

Embora a mudança de mentalidade e o processo de transição entre o juiz julgador e o juiz empreendedor possa ser lento e trabalhoso, chegou o momento de decidir.

Qual personalidade do juiz assumirá o controle da atividade jurisdicional? Concluimos nosso artigo com esta reflexão. O juiz deve olhar para si e identificar qual personalidade está no comando da sua vida. Isso pode ser incômodo, pois com toda certeza ensejará uma mudança. Qual é o valor da sua vida, da família, da sua profissão? Talvez a mudança de comportamento já tenha sido adiada por tempo demais.

Notas

1. Adriana Cristina de Siqueira Grossi dos Anjos. Técnica de Secretaria.
2. Ruy Alves Henriques Filho. Professor do Centro Universitário Curitiba e da Escola da Magistratura do Paraná.
3. CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. Ebook. Int. p. 2.
4. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, volume 1. São Paulo: RT, 2015. p. 237.
5. Artigo 5º da CF, inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (o grifo é nosso).
6. CAPPELLETTI, *op. cit.*, 1988. Ebook. Cap. I. p. 5.
7. MARINONI. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, op. cit.*, 2015. p. 239.
8. *Ibid.* p. 242.
9. MARINONI. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, op. cit.*, 2015. p. 25.
10. CAPPELLETTI, *op. cit.*, 1988. Ebook. Cap. II. p. 6.
11. NALINI, José Renato. *A rebelião da Toga [livro eletrônico]*. São Paulo: RT, 2015. Cap. IV. p. 9.

12. MARINONI, *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*, *op. cit.*, 2015. p. 259.
13. *Idem.*
14. GERBER, Michael E. *O mito do empreendedor*. 2. ed. São Paulo: Fundamento Educacional, 2011. p. 11.
15. *Ibid.*, p. 22.
16. NALINI, *op. cit.*, 2015. Cap. IV. p. 5.
17. GERBER, *op. cit.*, 2011. p. 23.
18. FIGUEIREDO. Luiza Vieira Sá de. *Gestão em poder judiciário: administração pública e gestão de pessoas*. 1a. ed. Curitiba: CRV, 2014. p. 76.
19. NALINI, *op. cit.*, 2015. Cap. IV. p. 5.
20. BACELLAR, Roberto Portugal. *Administração judiciária: com justiça*. Curitiba: InterSaberes, 2016. p. 192-193.
21. GERBER, *op. cit.*, 2011. p. 32
22. GERBER, *op. cit.*, 2011. p. 33.
23. *Ibid.*, 2011. p. 34.
24. BACELLAR, *op. cit.*, 2016. p. 161-162.
25. GERBER, *op. cit.*, 2011. p. 61.
26. *Ibid.*, p. 26.
27. FIGUEIREDO. *op. cit.*, 2014. p. 87
28. FONTAINHA, Fernando. A gestão do cotidiano não deve estar na mão dos juizes, para o bem da magistratura e do povo. *Jornal Gazeta do Povo*. Publicado em 17/07/2014. Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/entrevistas/a_gestao-do-cotidiano-nao-deve-estar-na-mao-dos-juizes-para-o-bem-da-magistratura-e-do-povo_eaz2py9h8qql3dz9spmlkzj2m> Acesso em 05/03/2018.
29. NALINI, *op. cit.*, 2015. Cap. IV. p. 11.
30. *Idem.*
31. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Código de Ética da Magistratura Nacional*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura> > Acesso em 05/08/2018.
32. BACELLAR, *op. cit.*, 2016. p. 97-98.
33. FIGUEIREDO, *op. cit.*, 2014. p. 78.
34. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Código...* Acesso em: 05/03/201.
35. *Idem.*
36. FIGUEIREDO, *op. cit.*, 2014. p. 115.
37. BACELLAR, *op. cit.*, 2016. p. 366.
38. GERBER, *op. cit.*, 2011. p. 53-54.
39. BACELLAR, *op. cit.*, 2016. p. 395.
40. *Ibid.*, p. 163-164.
41. BACELLAR, *op. cit.*, 2016. p. 231.
42. NALINI, *op. cit.*, 2015. Cap. VII. p. 17.

43. BACELLAR, *op. cit.*, 2016. p. 232.
44. NALINI, *op. cit.*, 2015. Cap. IV. p. 12-13.
45. A Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná zela pela orientação, correção e inspeção das atividades judiciais e extrajudiciais, com o intuito de buscar a excelência dos serviços prestados à sociedade.
46. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ – *Chefes de Secretaria participam de curso no auditório da corregedora-geral*. Disponível em <https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/chefes-de-secretaria-participam-de-curso-no-auditoriodacorregedoriageral/18319?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpr.jus.br%2Fnoticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_9jZB%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn2%26p_p_col_count%3D1%26_101_INSTANCE_9jZB_advancedSearch%3Dfalse%26_101_INSTANCE_9jZB_keywords%3D%26_101_INSTANCE_9jZB_delta%3D10%26p_r_p_564233524_resetCur%3Dfalse%26_101_INSTANCE_9jZB_cur%3D2%26_101_INSTANCE_9jZB_andOperator%3Dtrue> Acesso em: 21/03/2018.
47. FIGUEIREDO, *op. cit.*, 2014, p. 103.
48. NALINI, *op. cit.*, 2015. Cap. I. p. 8.
49. *Ibid.*, cap. IV. p. 12.
50. FIGUEIREDO, *op. cit.*, 2014.
51. BEZERRA, Hygina Josita Simões de Almeida. Educação para formação de juízes gestores: um novo paradigma para um Judiciário em crise. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*. Ano VII, n. 6. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2012. p. 179.
52. GERBER, *op. cit.*, 2011. p. 84
53. GERBER, *op. cit.*, 2011. p. 107.
54. GERBER, Michael E. *O mito do empreendedor* [versão brasileira da editora] – 2. ed. – São Paulo, SP: Editora Fundamento Educacional, 2011 – p. 167.
55. BACELLAR, Roberto Portugal. *Administração judiciária – com justiça*. Curitiba: Editora InterSaberes, 2016. p. 358.
56. BACELLAR, *op. cit.*, 2016. p. 358.

Referências

- BACELLAR, Roberto Portugal. *Administração judiciária: com justiça*. Curitiba: Inter-Saberes, 2016.
- BEZERRA, Hygina Josita Simões de Almeida. Educação para formação de juízes gestores: um novo paradigma para um Judiciário em crise. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*. Ano VII, n. 6. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, [2012]. p. 179.

- CAMPOS, Vicente Falconi. *Qualidade total: padronização de empresas*. 2. ed. Nova Lima: Falconi, 2014.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. Ebook.
- CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 06/03/2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2017: ano base 2016*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a-659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 05/03/2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Quem somos*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos>>. Acesso em: 06/03/2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Código de Ética da Magistratura Nacional*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>>. Acesso em: 05/03/2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Gestão e planejamento: encontros nacionais*. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/encontros-nacionais>>. Acesso em: 13/03/2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Gestão e planejamento: Plano Estratégico do CNJ 2015-2020*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/2015-2020>>. Acesso em: 13/03/2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Estudo Comparado sobre Recursos, Litigiosidade e Produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional*. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf>. Acesso em: 05/08/2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Código de Ética da Magistratura Nacional*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura> >. Acesso em: 05/08/2018.
- CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 05/08/2018.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ENFAM. *Sobre a escola*. Disponível em <<https://www.enfam.jus.br/institucional/sobre-a-escola/>> Acesso em: 15/03/2018.
- ENFAM. *Missão e visão*. Disponível em <<https://www.enfam.jus.br/institucional/misao-e-visao/>>. Acesso em: 15/03/2018.
- ESCOLA NACIONAL DE MAGISTRADOS. *História*. Disponível em <<http://www.enm.org.br/2018/historia.php>>. Acesso em: 15/03/2018.
- FIGUEIREDO, Luiza Vieira Sá de. *Gestão em poder judiciário: administração pública e gestão de pessoas*. 1a. ed. Curitiba: CRV, 2014. p. 76.
- FONTAINHA, Fernando. *A gestão do cotidiano não deve estar na mão dos juízes, para o bem da magistratura e do povo*. Jornal Gazeta do Povo. Publicado em 17/07/2014. Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/>>

- entrevistas/agestao-do-cotidiano-nao-deve-estar-na-mao-dos-juizes-para-o-bem-da-magistratura-e-do-povo-eaz2py9h8qql3dz9spmlkzj2m> Acesso em 05/03/2018.
- GERBER, Michael E. *O mito do empreendedor*. 2. ed. São Paulo: Fundamento Educacional, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*, volume 3. São Paulo: RT, 2015.
- _____. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, volume 1. São Paulo: RT, 2015.
- NALINI, José Renato. *A rebelião da Toga [livro eletrônico]*. São Paulo: RT, 2015.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ – *Projeto POP Juizados*. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/noticias/501050692/tribunal-de-justica-lanca-projeto-pop-juizados>. Acesso em: 14/03/2018.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ – *Chefes de Secretaria participam de curso no auditório da corregedora-geral*. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/chefes-de-secretaria-participam-de-curso-no-auditorio-dacorregedora-geral/18319?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpr.jus.br%2Fnoticias%3Fp_id%3D101_INSTANCE_9jZB%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn2%26p_p_col_count%3D1%26_101_INSTANCE_9jZB_advancedSearch%3Dfalse%26_101_INSTANCE_9jZB_keywords%3D%26_101_INSTANCE_9jZB_delta%3D10%26p_r_p_564233524_resetCur%3Dfalse%26_101_INSTANCE_9jZB_cur%3D2%26_101_INSTANCE_9jZB_andOperator%3Dtrue>. Acesso em: 21/03/2018.
- WIKIPÉDIA. Procedimento Operacional Padrão. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Procedimento_operacional_padr%C3%A3o>. Acesso em: 14/03/2018.

Direito fundamental à tutela executiva: a preponderância do princípio da efetividade na fase de cumprimento de sentença

Luís Mauro Lindenmeyer Eche¹

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná

Resumo: A fase de cumprimento de sentença merece uma releitura no tocante aos princípios que regem sua condução. Deve ser superada a ideia de que também na fase de cumprimento de sentença o magistrado esteja sujeito ao princípio da inércia porque, uma vez deduzido o pedido de cumprimento de sentença, a parte confere ao julgador todos os instrumentos necessários para o atingimento, de forma mais célere e efetiva possível, do objeto imediato postulado, que é a satisfação da obrigação. O direito à efetiva tutela executiva, isto é, a satisfação *in natura* da obrigação, possui assento constitucional que deve ser observado pelos magistrados.

Introdução

O PRINCÍPIO DA INÉRCIA É BALUARTE DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL no ordenamento jurídico pátrio. Ressalvadas raras exceções², é vedado ao magistrado agir de ofício, exigindo-se prévia provocação da parte interessada. Assim, somente após provocado, e devidamente delimitada a ação (princípio do dispositivo), é que poderá atuar o juiz, dando

curso ao trâmite natural do processo. É de se destacar, contudo, que o encadeamento de atos processuais que seguem à propositura da lide independe da vontade das partes porque, uma vez deflagrado o trâmite processual, o processo fica sujeito ao princípio do impulso oficial (art. 2º do CPC). É que a partir daí se sobrepõe ao interesse particular o interesse do Estado em dar fim à demanda judicial (preferencialmente com análise do mérito).

Esses três pilares elementares – princípio da inércia, princípio dispositivo e a regra do impulso oficial – acabam por reforçar a imprescindível imparcialidade que deve tomar a pessoa do julgador quando da subsunção da norma à hipótese posta em julgamento. A imparcialidade garante a lisura do processo, pondo a salvo a figura do magistrado que julgará os fatos postos e provados (ou não) nos autos, isento de preferências pessoais. Tal distanciamento robustece a sentença exarada, agregando virtudes que acabam por facilitar a pacificação social, fim último do processo.

Agora, esse estado de inação, de adstrição ao pedido e de simples atenção à forma do procedimento estabelecido previamente pela lei, merece releitura constitucional em se tratando de cumprimento de sentença³. Isso porque na fase executiva não mais se busca a formação de um juízo de certeza sobre uma situação duvidosa e beligerante. As dúvidas que pairavam sobre o direito da parte já foram solvidas. Há um título executivo líquido, certo e exigível, constituído em favor do polo credor em detrimento do executado. Não há como se conceber que as partes estão equiparadas na relação. Ao contrário: há uma espécie de subordinação do devedor (mais precisamente do seu patrimônio) aos interesses do credor. E essa subordinação é deveras acentuada em se tratando de cumprimento de sentença, porquanto absolutamente restritas as hipóteses de impugnação do crédito pretendido. Isso porque o direito creditício perseguido se encontra imutável face à incidência dos efeitos da coisa julgada.

Ademais, a fase executiva é informada por princípios e regras tão caros quanto os princípios e normas que alimentam a fase cognitiva, dentre eles o direito à satisfação do crédito, o princípio da primazia do interesse do credor em detrimento do devedor e, somado a eles, o

princípio da celeridade processual e da efetiva prestação jurisdicional, que apenas são concretizados substancialmente com a extinção da execução pelo adimplemento.

O presente artigo visa, portanto, adentrar no exame desses contrapontos, propondo, ao final, uma visão atual acerca dos princípios que devem reger a fase de cumprimento de sentença, dando concretude ao direito constitucional à tutela executiva.

1. O princípio da inércia

O princípio da inércia, também denominado pela doutrina como princípio da demanda ou da iniciativa entre as partes, está positivado no Código de Processo Civil (CPC) no art. 2º.

A definição do princípio está contida em duas máximas latinas: *nemo iudex sine actore e ne procedat iudex ex officio*. Como bem explica Moacyr Amaral dos Santos, quando um sujeito titular de um direito o exerce, há a assunção da iniciativa de instaurar um processo, por meio do qual o órgão jurisdicional conhecerá e decidirá sua pretensão. Nisso consiste o princípio da iniciativa das partes, também conhecido como princípio da inércia (SANTOS, 1993, p. 76).

É corriqueiro na doutrina que esse princípio possua emprego também no processo executivo *lato sensu*⁴. E tal orientação doutrinária ganhou reforço com a edição do atual CPC. Isso porque o princípio da inércia, que já era previsto no *Codex* de 1973, foi realocado para o Livro I, que trata das normas processuais civis, mais precisamente para o capítulo “Das normas fundamentais do processo civil”. Ou seja, o seu realojamento para a parte geral indica uma potencial incidência para todas as fases e procedimentos do processo civil, entre as quais se inclui a fase de cumprimento de sentença.

O ilustre processualista Araken de Assis sintetiza a questão ao afirmar que, “à semelhança do processo de conhecimento, a relação processual cujo objeto é a pretensão originada do efeito executivo da sentença condenatória, ou de documento a ela equiparado (art. 784 do NCPC), inicia por demanda da parte e se desenvolve por impulso

do juiz (art. 2º). É indubitável que o ‘cumprimento’ de título judicial se subordina a ‘requerimento’ do vitorioso” (ASSIS, 2017, p. 140).

É de se reforçar, por fim, que a atenção a esse princípio, assim como ao princípio da congruência examinado no capítulo vindouro, tem por desiderato direto resguardar a imparcialidade do Estado-juiz, garantindo a emissão de um juízo de valor sobre o litígio posto em debate da forma mais isenta possível⁵.

2. O princípio da congruência (correlação ou adstrição)

O princípio da correlação – ou da congruência ou adstrição – deriva do princípio dispositivo. Diz respeito aos limites das matérias que são postas sob exame do juiz. Encontra respaldo legal no art. 492 do CPC.

Segundo esse princípio, o juiz ficará limitado (adstrito) ao pedido da parte, de maneira que apreciará e julgará a lide “nos termos em que foi proposta”, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas pelos litigantes. Prevalece, portanto, o princípio dispositivo na instituição da relação processual e na definição do objeto sobre o qual recairá a prestação jurisdicional (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 36).

Assim como é direito da parte provocar o Estado-juiz (princípio da inércia), também se encontra dentro da sua alçada delimitar o campo de atuação do magistrado, o que se concretiza por meio da(s) causa(s) de pedir e do(s) pedido(s) articulado(s).

É de se ressaltar, ainda, que o réu também exerce certa influência nessa limitação objetiva da demanda, porquanto as matérias veiculadas em defesa também podem vir a agregar objetos de prova e de matérias de direito que demandarão pronunciamento judicial. Sobre esse aspecto, é oportuno transcrever as lições de Rogério Cruz e Tucci: “Assim, como o jurisdicionado detém o monopólio no que respeita à propositura da demanda, evidentemente que nesse poder insere-se a sua identificação, ou seja, a limitação imposta ao julgador de decidir apenas quanto ao fato ou fatos componentes da *causa petendi*, sem embargo da necessária análise daqueles aportados pelo réu. O *thema decidendum* vem, portanto, fixado pela prevalência da vontade das partes.”⁶

Em resumo, o princípio da correlação limita horizontalmente a atuação do juiz, impedindo que ele decida questão diversa da pretendida (*extra petita*), além da pedida (*ultra petita*) ou aquém da deduzida (*citra petita*).

3. O impulso oficial

O impulso oficial não é propriamente um princípio, mas sim uma regra legal. Sintetiza a ideia de que, uma vez deflagrado o processo, ele seguirá seu curso normal até a prolação de uma sentença, preferencialmente de mérito.

É se de registrar que o procedimento não está à livre disposição das partes. As regras, formas e prazos, salvo algumas exceções, estão pré-estabelecidos pelo legislador, de modo que ao juiz cabe observar e garantir que se cumpra a ritualística e as formas que estão pré-concebidas.

Esse impulso decorre do fato de que, uma vez instado o Estado, nasce o interesse público de solver o conflito social denunciado à autoridade judiciária. E o interesse público não se resume a pôr fim à contenda: o que se busca é que o mérito do litígio anunciado seja resolvido, que a sentença seja justa, que ela seja proferida dentro de um tempo razoável e, em arremate, que seja transposto para o mundo fenomênico o direito reconhecido. Colhe-se da doutrina que, “instaurada a relação processual, predomina o interesse público, do Estado, de desenvolvê-la para no mais breve prazo dar-se por concluída a função jurisdicional com a composição da lide” (SANTOS, 1993, p. 77-8).

4. Do postulado normativo da razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade da sua tramitação

A lentidão do Poder Judiciário é inegável. Porém, cuida-se de uma afirmação simplista e que desconsidera toda a complexidade do ato de julgar, além de desprezar o fato de existir um número ínfimo de juízes em comparação ao número de processos em trâmite⁷.

Críticas à parte, uma vez que isso não é objeto deste estudo, diante dessa verdadeira crise institucional, o legislador constituinte optou por elencar como princípio constitucional a *razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação* (art. 5º, LXXVIII, CF). Essa previsão trouxe novas luzes para a morosidade processual, passando o Poder Judiciário como um todo a desenvolver meios e instrumentos para tornar mais célere a tramitação processual. O “tempo”

Cabe ao intérprete aplicar o direito de forma otimizada no desiderato de garantir que a pretensão deduzida seja feita do modo mais célere possível

passou a ter status de princípio constitucional.

A previsão veio em boa hora. De fato, jurisdição tardia não é direito, e, sim, a concretude de uma injusta. A ninguém interessa uma Justiça que não garanta ao jurisdicionado a prestação jurisdicional dentro de um tempo razoável e da forma mais efetiva possível. A não atenção a esse postulado enfraquece o Judiciário enquanto poder, alimenta vozes que buscam a autotutela, além de desmoralizar a própria democracia como valor institucional do

Estado de Direito. Portanto, é dever de todos os operadores do direito contribuir para que o processo se desenvolva da forma mais célere possível, evitando o manejo de incidentes infundados, pedidos desarrazoados ou contrários a questões já decididas em definitivo por órgãos superiores. Aliás, essa vertente foi reforçada com o vigente Código de Processo Civil que positivou a boa-fé processual (art. 5º), apontando-a como baluarte da atuação dos agentes do processo.

Considerando que o tempo foi alçado a princípio constitucional, é mister que a própria interpretação do direito e mais precisamente das normas que regem o processo sejam relidas sob essa ótica. Cabe ao intérprete aplicar o direito de forma otimizada no desiderato de garantir que a pretensão deduzida seja feita do modo mais célere possível, desde que, óbvio, observado o devido processo legal.

Justamente essa premissa de tempo e da efetivação da tutela jurisdicional é que nos leva ao próximo capítulo.

5. Do direito fundamental à tutela executiva: atenção ao princípio da efetividade

O princípio da efetividade consubstancia-se na concretização da prestação jurisdicional. Em se tratando de cumprimento de sentença, ela se dá por meio da satisfação preferencialmente *in natura* do direito reconhecido por sentença na fase precedente. Tal princípio pode ser visto por duas óticas de acento constitucional: pelo viés do postulado da razoável duração do processo e pelo postulado do devido processo legal.

O postulado da *razoável duração do processo*, ao prever *os meios que garantam a celeridade da tramitação processual*, estipula o princípio da efetividade por meio de adoção de métodos de otimização, racionalizados e voltados a maior efetividade do exercício da atividade jurisdicional, sem prejuízo do atingimento de seus objetivos mais amplos (BUENO, 2007, p. 141-3). Pode ser citada como exemplo a “semana de conciliação” promovida pelo Conselho Nacional do Judiciário como método otimizado de resolução de conflitos.

Já pelo viés do devido processo legal, o princípio da efetividade visa garantir ao credor o direito fundamental à tutela executiva (DIDIER, et al., 2009, p. 47). Veja-se que o direito à prolação de uma sentença não se resume ao ato de sentenciar, ao provimento final. Deve-se também garantir que o direito reconhecido seja implementado, motivo pelo qual é impositivo que se garanta ao credor e principalmente ao Poder Judiciário a utilização de instrumentos capazes de dar efetividade a esse direito substancial, o que significa direito à efetivação em sentido estrito (MARINONI, 2003, p. 303). Nada adianta o reconhecimento do direito em uma sentença se o Estado-Juiz não possui meios de concretizá-lo. Ao fim, o que realmente se busca com a tutela jurisdicional é a transplantação do direito reconhecido no mundo jurídico para o mundo dos fatos.

Logo, afere-se o grande relevo do princípio da efetividade e de sua particular incidência no âmbito do cumprimento de sentença. Isso porque a fase de cumprimento de sentença é destinada especialmente para concretizar o direito reconhecido na fase de conhecimento. Desse

modo, todo o sistema processual executivo deve ser interpretado e aplicado voltado à materialização do direito posto na sentença. Quer dizer: a) a interpretação das normas que regulamentam a tutela executiva tem de ser feita no sentido de se extrair a maior efetividade possível no desiderato de concretizar a satisfação da obrigação; b) o juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar uma norma que imponha uma restrição a um meio executivo, sempre que essa restrição não se justificar à luz da proporcionalidade, como forma de proteção a outro direito fundamental (como, por exemplo, a relativização da impenhorabilidade dos proventos); c) o juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral da tutela executiva (DIDIER, 2009, apud GUERRA, 2003, p. 103-4).

6. Da compreensão do pedido deduzido na fase de cumprimento de sentença – o interesse público do Estado em encerrar a relação jurídico-processual

Consigno que não se propõe aqui a não atenção aos princípios da inércia, da correlação, ou de outros princípios que são reconhecidamente aplicáveis ao processo executivo. A proposição é de releitura desses princípios, face ao direito constitucional à tutela executiva, que se dá por meio do princípio da efetivação.

Dito isso, o primeiro aspecto que deve ser ressaltado é que não pode o juiz deflagrar a fase de cumprimento de sentença de ofício. Há impedimento legal para tanto: art. 528 do CPC. Logo, vige o princípio da inércia, ainda que a execução seja dirigida pelo princípio da efetividade.

Agora, uma vez postulado o cumprimento, cabe ao juiz determinar todas as providências que entender necessárias à satisfação do crédito perseguido, independentemente de pedido expresso do exequente. De regra, os meios e instrumentos para a célere concretização do direito são de mais fácil acesso ao juiz, seja pela expertise, seja pela própria vivência forense.

Com efeito, a afirmação é impactante. Conferir ao juiz poder tão dilatado pode soar inquisitorial, contrário aos ditames do devido pro-

cesso legal. Mas se cuida de constatação aparente, facilmente infirmada. De forma alguma defende-se a atuação do juiz ao arrepio da lei, suplantando direitos das partes, principalmente do executado. Porém, deve ser reconhecido sem ressalvas que o devedor na fase de cumprimento de sentença se encontra em uma situação de subordinação para com o exequente. O processo executivo é voltado a satisfazer o interesse do credor. Ainda que a satisfação desse interesse deva ser realizada da forma menos onerosa ao devedor, de modo algum isso equivale a uma cláusula geral de proteção ou de isenção. Logo, até mesmo as regras protetivas ao devedor devem ser lidas sob a ótica do credor. Constando-se abuso do direito de defesa do executado, ou que eventual restrição de seu direito patrimonial possa conviver harmonicamente com o direito creditício do exequente, há de prevalecer o interesse em favor de quem foi constituído um título executivo judicial.

Nisso consiste interpretar o sistema executivo sob a ótica do princípio da efetividade e sob o auspício do direito fundamental à tutela executiva. Cassio Scarpinella Bueno destaca a necessidade de o “processo” (sempre: método de atuação do Estado) e o “direito processual civil” como um todo serem pensados do ponto de vista de sua economicidade, seja em termos de tempo ou em termos de recursos, de técnicas ou de meios a serem empregados para atingimento de suas finalidades, visando, com isso, uma melhor e mais eficiente prestação da tutela jurisdicional (2007, p. 144-5).

Outrossim, é de se esclarecer que a perspectiva que se propõe também não engendra violação ao princípio do dispositivo ou da correlação. Veja-se que, quando é deduzido pedido de cumprimento de sentença, o credor postula um provimento mediato e outro imediato. Aquele jaz na pura e simples satisfação da obrigação reconhecida judicialmente; este, no ato concreto objetivado (penhora de bens, arresto, busca e apreensão etc.). Logo, não há qualquer vedação legal para que o magistrado adote, independentemente de requerimento expresso do credor, as providências que julgar pertinentes para a realização desse direito, desde que lícitas.

Tragamos um exemplo. O credor pugna pela deflagração do processo de cumprimento, requerendo a intimação do devedor para pagamen-

to espontâneo em 15 dias. Quedando-se inerte o executado, pretende o credor a expedição de mandado de penhora de bens existentes na residência do devedor. Nessa situação, nada impede o juiz de indeferir ou relegar o pedido de penhora de bens que guarnece a residência do devedor e determinar, inicialmente, a busca de ativos pelo Sisbajud e/ou busca de veículos pelo Renajud. Tais providências, de modo algum, podem ser consideradas como violadoras do princípio dispositivo, da correlação ou da inércia, assim como não podem ser taxadas como agir ilícito por parte do magistrado. Na verdade, ao adotar tais providências ele apenas está atendendo ao pedido mediato formulado pelo credor (satisfação do crédito), adotando as medidas mais racionais e otimizadas para, em um menor tempo possível e de forma menos custosa, concretizar o direito perseguido. Nisso também consiste a aplicação do princípio da efetividade.

Então, não se está propondo poderes absolutos, tampouco se cogita de desrespeito ao devido processo legal. O que se procura é, de uma leitura constitucional e dirigida pelo princípio da efetividade, dar adequada interpretação às regras do processo executivo que sempre devem ser interpretadas em favor do credor e não em benefício do devedor.

É de se esclarecer que esse poder-dever do magistrado decorrente do direito constitucional a uma tutela executiva efetiva (no âmbito procedimental e substancial) não significa que o juiz tudo pode ou que ele deve desconsiderar os requerimentos formulados pelo credor. Em absoluto! Apresentado um requerimento, é dever do juiz analisá-lo pontualmente, fundamentando as razões de decidir. Contudo, face ao princípio da efetividade, pode o magistrado indeferir a providência pleiteada ou relegar sua adoção, justificando que há outros meios e instrumentos mais eficazes, menos custosos e/ou menos onerosos ao devedor que irão atender de forma ótima a pretensão deduzida.

A praxe forense traz inúmeros exemplos da aplicação concreta do princípio da efetividade. 1) A parte deduz pedido para que sejam oficiados os cartórios de registro de imóveis de determinada comarca para verificar sobre a existência de bens de raiz em nome do devedor. Não obstante, é de conhecimento do juiz que há uma ferramenta judicial que viabiliza uma consulta *online* em todos os cartórios do país sobre a

existência de bens imóveis em nome do executado (Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis – SREI). Nesse caso, face à aplicação do princípio da efetividade, deve o juiz indeferir o pedido e determinar que a consulta seja realizada pelo SREI, otimizando o andamento processual, ainda que não haja pedido expresso da parte. 2) O credor pede que seja oficiado à Receita Federal para que seja informada a movimentação financeira do devedor nos últimos três anos, ou, ainda, para que sejam informadas eventuais contas bancárias em nome do executado. Essas providências não só podem como devem ser acessadas por meio do Sisbajud/Infojud, que prestam tais informações em prazos de regra inferiores a cinco dias, de forma informatizada. É de clareza solar que nada impede o juiz de determinar essas providências, ainda que não haja requerimento nesse sentido. 3) O magistrado tem conhecimento de créditos a serem recebidos pelo executado em outro processo que tramita na sua vara. É dever do juiz, nessa situação, informar ao credor a existência desse crédito para que, querendo, adote as providências necessárias para o bloqueio/penhora desses valores. Incidem os princípios da efetividade, da cooperação e da boa-fé processual.

7. Da inexistência de violação de normas e princípios em razão da atuação proativa do magistrado em sede de execução

Essa postura proativa do magistrado também não deve ser encarada como violadora da imparcialidade que deve guiar a atuação do juiz. Como já adiantado, a relação jurídico-processual existente na execução de título judicial é de subordinação do réu para com o credor. Outrossim, o direito de crédito é impassível de rediscussão (salvo as restritas hipóteses legais). Como regra geral, não tem o magistrado o dever de realizar pronunciamentos meritórios sob a obrigação executada, porquanto isso foi realizado, de forma exaustiva, na fase de conhecimento. Portanto, não há como se advogar que o princípio da imparcialidade possua idêntica incidência na fase cognitiva e executiva: ele é aplicável, mas em menor extensão.

Aduza-se que essa obrigação constitucional do magistrado em dar concretude ao provimento judicial não se confunde com o interesse patrimonial e particular do credor. Antes disso revela o compromisso do Estado com a democracia, uma vez que garante aos cidadãos que se socorrem do Poder Judiciário a autoridade de suas decisões. Ademais, reforça o fim último do processo que é a pacificação social, a qual apenas é realizada com a extinção do processo pelo cumprimento do título judicial.

Por fim, um último exemplo de aplicação do princípio da efetividade na fase executiva, recentemente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça (EREsp 1582475/MG), malgrado não tenha o *sodalício* utilizado o termo.

O STJ se debruçou sobre a questão da impenhorabilidade do salário. É indubitoso que há norma legal prevendo a impenhorabilidade (art. 833, IV, CPC). Não obstante, foi atentado que, embora haja uma regra infralegal de impenhorabilidade, a Constituição Federal confere ao credor o direito de satisfazer seu crédito. E, ao analisar esse conflito aparente, entendeu o STJ que, auferindo o devedor valores cuja restrição parcial não importariam malferimento ao mínimo existencial do executado e seus familiares, não haveria razão para se reconhecer a impenhorabilidade sobre a totalidade dos valores recebidos, senão apenas da parte indispensável para a manutenção da família e do próprio executado. Cuida-se de clara hipótese de interpretação das normas do processo executivo sob a ótica do princípio da efetividade.

Outrossim, essa atuação ativa ganhou reforço com aquilo que a doutrina passou a denominar meios atípicos de execução/coerção. Diz o art. 139, IV, do CPC, que caberá ao juiz *determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária*. Ou seja, ainda que sem menção expressa, já há, em certa medida, normas inseridas no Código de Processo Civil que visam justamente dar substância ao princípio da tutela executiva efetiva.

Conclusão

A reforma constitucional que inseriu no ordenamento jurídico a razoável duração do processo como postulado normativo obriga os magistrados a revisitar conceitos elementares do processo. Princípios como o da inércia e da adstrição devem ser reinterpretados a partir de uma leitura constitucional do que se entende por prestação jurisdicional e célere.

Outrossim, deve ser ponderado que a efetividade da tutela executiva foi também galgada a princípio constitucional. Daí porque todo o arcabouço normativo que rege a fase de cumprimento de sentença merece uma interpretação vertical, tendo por enfoque o legítimo e constitucional direito de o cidadão ver satisfeito o direito que já lhe foi reconhecido na fase cognitiva. Isso importa dizer que as normas que regem o procedimento executivo devem ser interpretadas de modo a privilegiar e concretizar o direito do credor. É justamente por conta dessa percepção que a jurisprudência atual admite a relativização da regra de impenhorabilidade sobre o salário em dadas hipóteses.

Assim, cabe aos magistrados apreenderem que o ordenamento jurídico fornece subsídios jurídicos e ferramentas processuais voltadas à concretização do princípio à tutela executiva efetiva. Chegou a hora de se priorizar a figura do credor que submeteu seus interesses ao auspício do Poder Judiciário e garantir a ele a concretização do direito reconhecido judicialmente. O processo executivo deve superar a imagem de inefetividade por meio de uso de instrumentos modernos de efetivação da obrigação, seja de forma direta ou por meio de coerção do devedor. E, para isso, não só pode como deve o juiz adotar as medidas que estão à sua disposição, ainda que ausente pedido específico do credor, uma vez que, deflagrada a fase de cumprimento, cabe ao magistrado eleger aquelas medidas que garantirão a satisfação da obrigação da forma menos custosa, mais célere e menos burocrática.

Notas

1. Luís Mauro Lindenmeyer Eche. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná.
2. Deflagração do processo de inventário (art. 989 do Código Civil), arrecadação de bens jacentes (art. 1.142 do CC), dentre outros.
3. Embora entenda que as conclusões que serão apresentadas também são aplicáveis ao processo de execução de título extrajudicial, malgrado a necessidade de certas adaptações, o presente trabalho limitar-se-á a tratar da fase de cumprimento de sentença.
4. Isto é, cumprimento de sentença e execução fundadas em título extrajudicial.
5. Nesse mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior (*in* Curso de Direito Processual Civil. vol. I. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 36-7).
6. *A Causa Petendi no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 183.
7. Há pouco mais de 18.000 juízes no país. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, tramitam mais de 78 milhões de processo no Judiciário. Isto é, mais de 4.000 processos por cada juiz, o que seguramente impacta na celeridade e qualidade da prestação jurisdicional.

Referências

- ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DIDIER, Fredie Jr. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1, 17. ed., Salvador: JusPodivm, 2009.
- DIDIER, Fredie Jr.; CUNHA; Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Vol. 5. Salvador: JusPodivm, 2009.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. “O direito à efetivação da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. vol. 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- THEODORO, Humberto Jr. *Curso de direito processual civil*. vol. I. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- TUCCI, Rogério Cruz. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Da necessidade de criação do magistrado instrutor no âmbito dos tribunais

Fernando Procópio Palazzo¹

Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC)

Resumo: O presente trabalho teve por objetivo analisar as nuances que envolvem o processamento e julgamento dos casos em que há o foro especial por prerrogativa de função. Partindo-se de uma breve premissa estrutural, demonstrou-se como a normatização do instituto se deu no âmbito dos tribunais superiores. Apontou-se, nesse contexto, a criação da figura do “magistrado instrutor” a fim de propiciar maior efetividade nas ações penais originárias. Esclareceu-se que diante do vínculo existente entre o relator e o magistrado instrutor, tal fato resultaria em uma melhor compreensão dos fatos a serem julgados do que a simples delegação para os juízes do local. Defendeu-se, nessa linha, a criação de igual instituto no âmbito dos tribunais de apelação. Diante da importância das persecuções originárias, a adoção desta medida propiciaria irrefragáveis benefícios em diversos âmbitos da prestação jurisdicional.

Introdução

A ATIVIDADE JURISDICIONAL ENVOLVE UM CONTÍNUO PROCESSO de concatenação e depuração de atos visando alcançar o procedimento

mais adequado para atender as demandas que lhe são apresentadas. A estruturação do processo penal passa desde a sua gênese por vigorosas adaptações almejando corresponder de forma específica e igualitária à multifacetária gama de bens jurídicos e interesses que são desvelados nas persecuções penais.

Essa percepção de se propiciar uma tutela especializada, isto é, consentânea com o quadro individualizado de cada bem jurídico e agente,

Observou-se que a inserção da figura do magistrado instrutor propiciou uma maior mobilidade nas persecuções penais originárias nas cortes superiores

já era prenunciada por Ruy Barbosa quando, ainda sob os auspícios da República Velha, alertou que “a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam”². Vale dizer, as plataformas processuais precisam atentar para as peculiaridades de cada caso e assim gerar um estado de conformação efetivamente equilibrado na marcha processual.

Corolário desse contexto construtivo-normativo, extrai-se da legislação pátria uma prodigalidade em definir ritos especiais. Pode-se citar, a título exemplificativo, os procedimentos especiais envolvendo a imprensa (Lei 5.250/67; não recepcionada), crimes praticados por funcionários públicos (arts. 513-518 do Código de Processo Penal), violência doméstica (Lei 11.340/06), drogas (Lei 11.343/06), organização criminosas (Lei 12.850/13) e tantos outros.

Todo esse arcabouço normativo reverberou também na edição de preceitos individualizados para as autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função. Nesse contexto, a Lei 8.038/90 veio a regulamentar as ações penais originárias no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Tal diploma consubstanciou o marco referencial para a regulamentação das persecuções penais em face de autoridades com foro privilegiado em todo o país.

Na esteira ainda de otimizar o procedimento envolvendo essas autoridades, engendrou-se com a Lei 12.019/09 a figura do magistrado instrutor, com a qual se permitiu a convocação de desembargadores e

juízes para realizarem atos instrutórios nas ações penais originárias nas cortes superiores.

Com efeito, observou-se que a inserção da figura do magistrado instrutor propiciou uma maior mobilidade nas persecuções penais originárias nas cortes superiores³, de modo que se infere a necessidade de extensão deste modelo também para o âmbito dos tribunais de apelação.

O presente ensaio buscou, pois, examinar todos os regimentos internos dos tribunais de justiça e tribunais regionais federais a fim de instigar a reflexão sobre a necessidade de atualização de seus termos com a implementação do magistrado instrutor, sobretudo diante dos novos cenários propiciados pelos avanços tecnológicos e da necessidade de assegurar a efetiva operacionalidade das ações penais originárias em suas esferas.

1. Do aperfeiçoamento do foro por prerrogativa de função

O ordenamento jurídico pátrio desde a Carta Imperial de 1824 agasalha o instituto do foro especial por prerrogativa de função⁴. A definição do foro adequado para o julgamento de autoridades ocupantes de cargos com maior envergadura funcional, no entanto, sempre foi objeto de acentuadas discussões e alvo de constantes aprimoramentos. Tobias Barreto, ao analisar discussão existente à época monárquica correlata à elaboração de juízos distintos para investigar parlamentares pela prática de delitos funcionais e comuns, assim argumentou:

Extravagante doutrina! Considera-se justo e razoável que haja uma organização judicial extraordinária para acusar e julgar os ministros pelos crimes de função, por violações da lei ou menosprezo dos preceitos constitucionais; mas não se quer admitir que os ministros fiquem igualmente sob a única alçada dessa mesma organização extraordinária, quando se trata dos crimes comuns...! Não há para isso razão plausível.⁵

Nesse cenário, denota-se que, ainda que passível de críticas e com posteriores vicissitudes decorrentes de diversas contingências políticas que sucederam, o estabelecimento de uma plataforma processual diferenciada para a investigação de determinadas autoridades se consolidou nas constituições brasileiras e hoje exerce um importante papel no trato de persecuções penais envolvendo esses agentes. Tal compreensão se estruturou justamente sob o instituto da prerrogativa de foro, a qual, no escólio do Supremo Tribunal Federal, trata-se de

prerrogativa concedida a determinadas autoridades públicas em razão da função desempenhada, o que permite um julgamento por órgão de maior graduação em caso de crimes comuns e de responsabilidade. É utilizado como forma de fixação da competência penal e visa proteger a função e a coisa pública.⁶

A propósito da prerrogativa de foro, impende-se atentar que a Constituição brasileira de 1988 estabeleceu diversas situações em que é propiciado ao ocupante de determinada função o julgamento por órgão de instância superior, *verbi gratia*, presidente da república, ministros, membros de tribunais, parlamentares, prefeito entre outros. No particular dos prefeitos, assentou a carta magna em seu art. 29, inc. X, competir ao Tribunal de Justiça o julgamento da prática de delitos que lhe sejam imputados, assim como também franqueou em seu art. 125, § 1º, a criação de outras hipóteses de competência *ratione personae*.

Neste ponto, não constitui demasia enfatizar que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil passou a respirar ares de liberdade cívica provenientes da subsequente abertura política em que se efetuou a transmutação de um regime militar para uma democracia representativa. Consectário desse panorama político, viabilizou-se, ainda que gradualmente, um maior número de investigações envolvendo autoridades públicas responsáveis pela malversação do erário. Nesse cenário, o avanço na deflagração de persecuções penais abarcando autoridades públicas demandou uma efetiva normatização das regras a fim de galgar uma compatibilização com os ditames constitucionais. Um dos desdobramentos dessa conjuntura ocorreu com a

estruturação do magistrado instrutor por intermédio da já mencionada Lei 12.019/09.

Corroborando esse contexto evolutivo, o Supremo Tribunal Federal, no paradigmático julgamento da Ação Penal 937⁷, definiu, em questão de ordem, novos contornos ao instituto. Na oportunidade, em voto capitaneado pelo ministro Roberto Barroso, deliberou-se pela delimitação do foro por prerrogativa apenas para as hipóteses de crimes cometidos durante o exercício do cargo e desde que relacionados com a função desempenhada.

Em sua exposição, o ministro relator asseverou que “o foro especial, na sua extensão atual, contribui para o congestionamento dos tribunais e para tornar ainda mais morosa a tramitação dos processos e mais raros os julgamentos e as condenações”. Observa-se, pois, ter o pretório excelso externado uma preocupação em atualizar e refinar a compreensão do instituto diante dos novos contornos estruturais do Poder Judiciário e dos novos contornos sociais.

Essa informação assume relevo dogmático na medida em que o mesmo cenário se denota nos tribunais de segunda instância, sobretudo com inequívoca repercussão na atividade dos juízes de primeiro grau e assoberbamento de funções. A competência *ratione personae* carece, na esteira do que foi delineado pelo Supremo Tribunal Federal, de igual aprimoramento nas cortes de apelação e uma das formas de seu aperfeiçoamento corresponde justamente à implementação do magistrado instrutor.

2. Da regulamentação do magistrado instrutor e das ações penais originárias nos tribunais

Delineado o quadro normativo e jurisprudencial envolvendo o foro por prerrogativa de função, urge examinar os pormenores que envolvem a Lei 8.038/90, diploma central no trato do tema.

Nesse panorama, a Lei 8.038/90 regulamentou os procedimentos a serem adotados para as ações penais de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Em seu

bojo, destaca-se a modificação inserida pela Lei 12.019/09, a qual possibilitou a convocação pelo relator de desembargadores e juízes “pelo prazo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até o máximo de 2 (dois) anos, para a realização do interrogatório e de outros atos da instrução, na sede do tribunal ou no local onde se deva produzir o ato”⁸.

Para formatar esse desiderato, engendrou-se, então, no âmbito das cortes superiores a figura do magistrado instrutor, ao qual são outorgados uma série de poderes para realizar atos instrutórios e decisões, ainda que as últimas estejam sujeitas ao posterior controle pelo relator⁹. Para uma melhor compreensão do tema, cabe analisar o disposto no art. 21-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

Compete ao relator convocar juízes ou desembargadores para a realização do interrogatório e de outros atos da instrução dos inquéritos criminais e ações penais originárias, na sede do tribunal ou no local onde se deva produzir o ato, bem como definir os limites de sua atuação. § 1º Caberá ao magistrado instrutor, convocado na forma do caput: i – designar e realizar as audiências de interrogatório, inquirição de testemunhas, acareação, transação, suspensão condicional do processo, admonitórias e outras; ii – requisitar testemunhas e determinar condução coercitiva, caso necessário; iii – expedir e controlar o cumprimento das cartas de ordem; iv – determinar intimações e notificações; v – decidir questões incidentes durante a realização dos atos sob sua responsabilidade; vi – requisitar documentos ou informações existentes em bancos de dados; vii – fixar ou prorrogar prazos para a prática de atos durante a instrução; viii – realizar inspeções judiciais; ix – requisitar, junto aos órgãos locais do Poder Judiciário, o apoio de pessoal, equipamentos e instalações adequados para os atos processuais que devam ser produzidos fora da sede do Tribunal; x – exercer outras funções que lhes sejam delegadas pelo relator ou pelo Tribunal e relacionadas à instrução dos inquéritos criminais e das ações penais originárias. § 2º As decisões proferidas pelo magistrado instrutor, no exercício das atribuições previstas no parágrafo anterior, ficam sujeitas ao posterior controle do relator, de ofício ou mediante provocação do interessado, no prazo de 5 (cinco) dias contados da ciência do ato.

Neste aspecto, vale observar que as disposições constantes nos regimentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são substancialmente semelhantes, sendo que em relação à convocação do magistrado propriamente dita são idênticas.

Presente esse quadro, observa-se que nas cortes superiores o processamento e julgamento das ações penais originárias ocorre com a participação de um juiz diretamente vinculado ao ministro relator, cuja estruturação denota uma inequívoca relação de pessoalidade entre os mesmos, sobretudo em razão da natureza da própria convocação realizada. O direto compartilhamento de informações entre os magistrados gera uma concreta imersão do relator nos fatos e, por consequência, um proveito qualitativo na compreensão da decisão judicial vindoura. É importante não se descuidar, nesse ponto, que o processo enfeixa inexoravelmente relações de cunho processual e pessoal, de modo que um maior contato no cotidiano da atividade jurisdicional irá produzir, por certo, resultados mais efetivos. É lapidar, sob tal aspecto, a abalizada lição de Cândido Rangel Dinamarco:

A moderna ciência processual alcançou maturidade suficiente para compreender que o processo é uma entidade complexa, em que se amalgamam indissolavelmente dois elementos essenciais: o procedimento e a relação jurídico-processual – uma relação entre atos e uma relação entre pessoas.¹⁰

Nesse contexto, diante do papel uniformizador das altas cortes, resta de difícil composição conciliar a realização de inúmeros atos instrutórios e apreciar casos de elevada envergadura constitucional e infraconstitucional. A imediata vinculação do magistrado instrutor ao relator proporciona indubitavelmente um maior conhecimento deste sobre a causa, assim como uma efetiva coordenação dos atos a serem desenvolvidos. O princípio da identidade física do juiz, insculpido no art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal, demanda uma necessária revitalização com o desenvolvimento deste trabalho próximo e conjunto dos magistrados.

No que concerne ao necessário liame a ser construído entre o julgador e as provas, é imperioso destacar que quanto mais próximo esteja o

julgador do material probatório mais adequado será o conteúdo decisório. A interpretação do princípio da identidade física do juiz já comportava temperamentos como o que ocorre com as cartas precatórias e rogatórias, de modo que o estabelecimento de uma vinculação direta entre o relator e o magistrado instrutor constituirá mais uma derivação deste postulado, propiciando, assim, um espectro mais efetivo na atividade cognitiva a ser realizada.

O direto compartilhamento de informações entre os magistrados gera uma concreta imersão do relator nos fatos e, por consequência, um proveito qualitativo na compreensão da decisão judicial vindoura

A seu turno, não obstante as premissas acima ponderadas, em relação aos tribunais de justiça e tribunais regionais federais, verifica-se a inexistência de figura semelhante. Em análise ao regimento interno das vinte e sete cortes estaduais, incluindo-se o Distrito Federal, e das cinco cortes regionais federais, constatou-se um modelo estruturalmente semelhante entre os diversos tribunais, alguns com determinações específicas, mas nenhum com a designação de um magistrado diretamente vinculado ao relator para cuidar do andamento de ação penal originária.

Com efeito, a fórmula mais constante nos aludidos regimentos internos consubstanciou-se em uma estrutura remissiva à legislação federal com a delegação dos atos de instrução ao juiz com competência territorial no local de cumprimento da carta de ordem ou da carta precatória. Outra grande parcela inicia a regulamentação dos procedimentos da ação penal originária alertando para a observância das normas processuais penais e constitucionais vigentes para, então, pormenorizar o rito aplicado, seguido pela delegação acima mencionada. Nas particularidades, pode-se citar o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o qual, ao tratar da ação penal originária, remete integralmente à observância das normas constantes na Lei 8.038/90¹¹. A corte alagoana minudencia o procedimento, enfatizando, ainda, que a produção probatória será realizada observando-se as exigências decorrentes do foro por prerro-

gativa de função¹². De outra parte, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região¹³ e os tribunais de justiça de Goiás¹⁴ e Espírito Santo¹⁵ dispõem que a delegação poderá ocorrer apenas após o interrogatório.

Delineado esse quadro no âmbito das cortes de apelação, depreende-se com nitidez que o modelo majoritariamente adotado corresponde à delegação dos atos instrutórios ao magistrado de primeira instância, existindo, a seu turno, pequenas exceções em alguns tribunais quanto a específicos atos processuais.

3. Da extensão do magistrado instrutor aos tribunais

Nesse rumo de ideias, depreende-se que o procedimento envolvendo as ações penais originárias nos tribunais abarca atualmente conteúdo majoritariamente remissivo à legislação federal de regência sem maiores aprofundamentos e aperfeiçoamento. Torna-se impositivo reconhecer que o modelo da simples delegação não possui substancialidade e pessoalidade suficiente para atender de forma satisfatória os ditames que regulamentam o cabal julgamento da ação penal. Urge, pois, uma revisitação a fim de se conferir uma maior proximidade do relator aos atos instrutórios. Ainda que se possa argumentar que mesmo com o magistrado instrutor haverá delegação, deve-se atentar, por imperioso, que a sua adoção proporcionará um inequívoco deslocamento funcional e qualitativo na atividade probatória. As delegações realizadas aos juízes de primeiro grau não ostentam qualquer pessoalidade e, na grande maioria das vezes, tratam apenas de comandos automáticos que apenas remetem aqueles a integral compreensão e direcionamento da instrução.

Não constitui demasia ressaltar que a incumbência de instruir ações penais de maior envergadura política a juízes muitas vezes asoberbados por atender diversas comarcas, com estrutura reduzida e sem um contato prévio com a demanda, acaba por subtrair relevante componente qualitativo do ato processual. A realização da instrução e julgamento, nos moldes delineados pelas cortes superiores, isto é, com um magistrado instrutor diretamente vinculado ao relator, propiciará

uma destinação probatória mais efetiva e dialógica, tendo, por consequência, uma tutela jurisdicional com resultados mais adequados.

A esse propósito, Aury Lopes Junior, ao discorrer sobre o princípio da identidade física do juiz, pontifica com propriedade sobre o maior grau de influência da prova produzida em atividade mais próxima ao magistrado, raciocínio esse perfeitamente aplicável à questão em análise:

O princípio da identidade física afeta diretamente a maneira como o juiz ‘sente a prova’ e os fatos reconstruídos no ritual recognitivo da instrução. E isso pode ser positivo ou negativo.

Sem desconhecer os inconvenientes, pensamos que as vantagens podem ser maiores, na medida em que o processo penal é um instrumento no qual as partes lutam pela captura psíquica do juiz, um ritual de reconhecimento em que o importante é convencer o julgador. Daí por que tudo pode ser em vão quando a decisão é proferida por alguém que não participou desse complexo ritual, como ocorre nas sentenças proferidas por juízes que não participaram da coleta da prova. PORTANOVA também sublinhou a vantagem do julgador que criou ‘laços psicológicos com as partes e testemunhas’, de modo que essas impressões podem contribuir para melhor valoração da prova na sentença.

Constituem uma exceção ao princípio da identidade física as provas colhidas à distância, tais como os depoimentos produzidos em outras comarcas através de carta precatória (ou rogatória, se for exterior).¹⁶

Nessas condições, cabe rememorar que a utilização da videoconferência é um recurso já amplamente assentado na praxis judiciária, de modo que a estruturação da figura do magistrado instrutor para realizar as inquirições é plenamente possível. Vale dizer, não haveria nenhum ineditismo procedimental, mas sim, tão somente, uma evolutiva adaptação decorrente de uma contínua movimentação do Poder Judiciário em acompanhar a sociedade e galgar novos passos na prestação célere da atividade jurisdicional. Em tempos recentes a sociedade se defrontou com mudanças abruptas oriundas de grave quadro pandêmico, de

modo que a virtualização das atividades cotidianas – e judiciárias – acaba por se sedimentar ainda mais.

Em trecho didático sobre a necessidade um acompanhamento evolutivo do Poder Judiciário, Jose Antonio Remedio e Marcelo Rodrigues da Silva aduzem:

Essa incorporação da tecnologia em sociedade é algo natural, partindo-se do pressuposto de que a sociedade é técnica. E, em sendo técnica por excelência, suas instituições também devem produzir essas técnicas, cumprindo-lhes a modernização dos seus procedimentos, compatibilizando-os às práticas e demandas sociais ditadas pelas tecnologias da informação e da comunicação.

Não por outra razão, o Poder Judiciário vem buscando prover infraestrutura e tecnologia adequadas ao aperfeiçoamento e funcionamento célere, eficiente, eficaz e efetivo dos serviços jurisdicionais.¹⁷

Nessa toada, vê-se que a equação resultante desta sistemática envolve um ganho qualitativo na instrução e uma salutar desoneração dos juízes singulares no desempenho de seus expedientes diários¹⁸. Por certo que as estruturações nas cortes não necessitam de uma paridade por relator, mas sim podem se dar de forma equalizada com os contingentes existentes em cada tribunal. Incumbirá, pois, laborar-se uma pertinente atualização regimental e estrutural a fim de que o andamento das persecuções penais originárias não fique defasado e inoperante diante dos passos evolutivos que a ciência processual vem palmilhando junto às inevitáveis mudanças sociais que se sucedem.

O magistrado instrutor, introjetado sob a condição de um *longa manus* do relator, logrará uma maior coordenação e pessoalidade na instrução probatória. Pondere-se, nesse viés, que “a sacralização do contato físico do juiz com o acusado é um mito que não se sustenta por argumentos plausíveis e que deve receber uma nova releitura diante dos padrões de modernidade que nos apresentam, sobretudo diante do contato visual”¹⁹.

O processo penal contemporâneo enfeixa inúmeras diligências que requerem uma maior participação do relator, podendo-se destacar, *ver-*

bi gratia, a novel audiência para homologação de acordo de delação premiada²⁰, a qual, em sede de ação penal originária, por certo reclama uma maior pessoalidade na sua conformação. O desvelar de um maior número de persecuções penais abarcando autoridades com prerrogativa de foro, seguida por uma complexidade de medidas assecuratórias e diligências diversas, reclama um irrefragável aprimoramento na esfera dos tribunais.

Outrossim, não se confunda, por absoluto, o magistrado instrutor com a figura do juiz das garantias criada pela Lei 13.964/19, o qual não guarda qualquer semelhança com o juiz em questão. Trata-se de atuações em momentos completamente distintos e com escopos, também, inteiramente antagônicos.

Por outro vértice, torna-se imprescindível aduzir que, à luz de um escorreito sistema acusatório, imperiosa se faz a criação de figura congênere no âmbito do Ministério Público. O órgão ministerial, sob a condição de *dominus litis*, carece de igual modelação a fim de convergir para o alcance dos resultados qualitativos acima explicitados. É bem verdade que já existem diversos grupos de especialização no âmbito da instituição, de modo que tal adaptação não geraria maiores dificuldades, mas contribuiria para uma percuciente atividade jurisdicional.

Considerações finais

À vista destas considerações, em consonância com as contínuas transformações e aprimoramentos que permeiam o processo penal, a criação do magistrado instrutor no âmbito dos tribunais oportunizará uma maior celeridade e efetividade no processamento e julgamento das ações penais originárias.

A relação processual abrange aspectos procedimentais que necessitam ser conjugados com a prática judicante e com as relações pessoais existentes entre os agentes da persecução penal. As ações penais envolvendo autoridades dotadas de prerrogativa de foro vêm passando ao longo dos anos por um constante refinamento com o objetivo de se

resguardar o devido processo legal, mas também propiciar a adequada resposta à persecução penal. O rito ordenado *ratione personae* demanda uma revitalização, sobretudo visando acompanhar os progressos e adaptações que já vêm sendo desenvolvidos nos outros procedimentos, assim como às vicissitudes sociais.

O dinamismo processual exige constantes aprimoramentos por parte dos órgãos julgadores. Afora uma oportuna desoneração na atividade jurisdicional de primeiro grau, a atuação de magistrado diretamente vinculado ao relator propiciará uma instrução direcionada e qualitativa, galgando, por corolário, um resultado extremamente mais efetivo e adequado na prestação jurisdicional.

Impende-se, pois, aos tribunais estaduais e regionais federais uma oportuna atualização regimental e investidura de magistrado com a experiência necessária para conduzir os atos instrutórios e fornecer ao relator material cognitivo fruto de uma captação direta, qualificada e coordenada.

Notas

1. Fernando Procópio Palazzo. Assessor jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC).
2. BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 26.
3. <https://www.conjur.com.br/2011-set-07/juizes-instrutores-agilizam-tramitacao-processos-penais-stf>. Acesso em 18/09/2020.
4. Artigo 164, inciso II.
5. BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 368.
6. <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>. Acesso em 18/09/2020.
7. AP 937 QO. Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, Julg. 03/05/2018, Public. 11/12/2018.
8. Artigo 3º, inciso III.
9. Artigo 21-A, § 2º, do RISTF.
10. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Nova Era do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 117.
11. Artigo 244 do RITJSC.
12. Artigo 208 do RITJAL.

13. Artigo 211, § 1º, do RITRF3.
14. Artigo 270 do RITJGO.
15. Artigo 299, § 1º, do RITJES.
16. LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 578.
17. REMEDIO, Jose Antonio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Prova por Videoconferência no Processo Penal*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: 2018, n. 86, p. 71-72.
18. HABER, Carolina Dzimidas. *A produção da prova por videoconferência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: 2010, n. 82, p. 204.
19. JUNIOR, Carlos Magno Araújo. *Interrogatório por videoconferência no processo penal: perspectivas constitucionais e a Lei n. 11.900/2009*. ESMPU, Direito Penal Especial, Tomo I. Brasília: 2014, p. 41.
20. Artigo 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/13.

Referências

- BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.
- BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Campinas: Bookseller, 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Nova Era do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- HABER, Carolina Dzimidas. *A produção da prova por videoconferência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: n. 82, ps. 188-220, janeiro – fevereiro de 2010.
- JUÍZES AGILIZAM TRAMITAÇÃO DE PROCESSOS PENAIIS NO STF. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2011-set-07/juizes-instrutores-agilizam-tramitacao-processos-penais-stf> >. Acesso em: 21 set. 2020.
- JUNIOR, Carlos Magno Araújo. *Interrogatório por videoconferência no processo penal: perspectivas constitucionais e a Lei n. 11.900/2009*. ESMPU, Direito Penal Especial, Tomo I. Brasília: 2014, ps. 19-61.
- LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- REGIMENTO INTERNO. https://www.tjac.jus.br/wp-content/uploads/1995/12/Regimento_Interno_TJAC.pdf;
- _____; <https://www.tjam.jus.br/index.php/publicacoes-documentos/leis-regimentos-publicacoes/regimentos>;
- _____; <http://www.tjrr.jus.br/legislacao/phocadownload/Resolucoes/Tribunal-Pleno/2016/res.%2030-2016%2020.pdf>;
- _____; https://www.tjro.jus.br/images/0._REGIMENTO_INTERNO_CONSOLIDADO_-_Assento_Regimental_03.2019.pdf;
- _____; <http://www.tjpa.jus.br//CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=843300>;

- _____; <https://www.tjam.jus.br/index.php/publicacoes-documentos/leis-regimentos-publicacoes/regimentos/995-regimento-interno-tjam-1/file>;
- _____; <https://www.tjma.jus.br/legislacao/portal/regimento/titulo-regimento/108261>; <http://docs.tjgo.jus.br/publicacoes/regimentos/regimento.pdf>;
- _____; <http://www.tjto.jus.br/elegis/Home/Imprimir/1663>;
- _____; <http://www.tjpi.jus.br/site/uploads/legislacao/geral/1192.pdf>;
- _____; <https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/07/Regimento-Interno-TJCE-2018-28Miolo29-Final.pdf>;
- _____; <https://corregedoria.tjrn.jus.br/index.php/normas/regimentos/5999-portaria-077-2002-e-regimento-interno-da-corregedoria/file>;
- _____; <https://www.tjpb.jus.br/sites/default/files/anexos/2018/07/regimento-interno-atualizado-em-11.12.2017-.pdf>;
- _____; <https://www.tjpe.jus.br/documents/10180/150173/Regimento+Interno+TJPE+-+Julho+2020.pdf>;
- _____; <https://www.tjal.jus.br/organizacao/c81b800134fa4a0edec775c1a542a0cc.pdf>;
- _____; https://www.tjse.jus.br/portal/arquivos/documentos/publicacoes/legislacao/tjse/regimento_interno_tjse.pdf;
- _____; <http://www5.tjba.jus.br/portal/wp-content/uploads/2020/07/REGIMENTO-INTERNO-ATUALIZADO-EM-02072020.pdf>;
- _____; http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/14/1076/file/Regimento%20interno_27%C2%AAEd-SET_2020.pdf;
- _____; <https://www.tjms.jus.br/webfiles/SPGE/revista/20200703152240.pdf>;
- _____; <https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/regimentos/regimento-interno-do-tjdft>;
- _____; <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/atos-normativos/regimento-interno.htm#.X2i8amhKhPY>;
- _____; http://www.tjes.jus.br/wp-content/uploads/REGIMENTO-INTERNO-09072019_atualizado-1.pdf;
- _____; <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18661/regi-interno-vigor.pdf>;
- _____; <https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/RegimentoInternoTJSP.pdf>;
- _____; <https://www.tjpr.jus.br/regimento-interno>;
- _____; <https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/1068287/NOVO+Regimento+Interno+do+TJSC/6eca2286-50ff-427e-993f-0eadb7656f99>;
- _____; <https://www.tjrs.jus.br/novo/jurisprudencia-e-legislacao/legislacao/justica-estadual/>;
- _____; https://portal.trf1.jus.br/data/files/B3/72/EE/25/1E96D6102C2F66D6F32809C2/Livro%20RI%202017%20-%20com%20sum_rio%20linkado%20e%20bot_es.pdf;
- _____; <https://www10.trf2.jus.br/institucional/regimento-interno/>;

_____; https://www.trf3.jus.br/documentos/revs/REGIMENTO_INTERNO/RI-2017__ER_19_com_links__FINAL.pdf;

_____; https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg_rrt_ritr4_01_04.htm;

_____; http://portal.trf5.jus.br/downloads/regimento_interno_trf517032016.pdf.

Acesso em 21/10/2020.

REMEDIO, Jose Antonio; SILVA, Marcelo Rodrigues; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Prova por Videoconferência no Processo Penal*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: 2018, n. 86, p. 69-87, outubro – novembro de 2018.

Ausência de citação e retomada do processo após a suspensão prevista no art. 366 do CPP – reflexos da decisão proferida nos autos do Recurso Extraordinário 600851/Repercussão Geral, do STF

Glaucio Francisco Moura Cruvinel¹

Juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

1. Modalidades de citação e a suspensão do processo na citação por edital

A CITAÇÃO É O ATO QUE INAUGURA A RELAÇÃO PROCESSUAL. Por meio dela, o réu toma conhecimento da acusação que lhe é feita e, a partir de então, há desenvolvimento processual e os demais atos podem ser praticados. Pode ser real ou ficta. Citação real, também conhecida como pessoal, é aquela em que o acusado é direta e pessoalmente citado.

Não há dúvida, nessa hipótese, de que o réu tomou contato direto com a acusação a ele imputada. O ato pode se instrumentalizar por mandado, carta precatória, carta rogatória, carta de ordem ou por requisição.

Em nosso sistema penal a citação é, em regra, pessoal e por mandado, já que o art. 351 do Código de Processo Penal prescreve que “a citação inicial far-se-á por mandado, quando o réu estiver no território sujeito à jurisdição do juiz que a houver ordenado.”

Entretanto, nem sempre será possível, ou viável, a prática da citação pessoal. Dá-se lugar, então, à citação ficta, que é aquela em que se presume que o réu tenha tomado ciência do ato. Essa espécie de citação divide-se, no processo penal brasileiro, em duas hipóteses: citação por hora certa² e a citação por edital³. O regramento das duas

modalidades de citação está previsto nos arts. 362 e 363 do Código de Processo Penal:

Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 363. O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008). [...] § 1º Não sendo encontrado o acusado, será procedida a citação por edital. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

No caso da citação por hora certa, o réu deliberadamente recusou-se a receber o mandado citatório pelo oficial de justiça, ou seja, se ocultou para evitar a citação. O instituto foi concebido para que não se premie o ardil, a malícia e a deslealdade processual daqueles que voluntariamente queiram se beneficiar com a postergação do ato processual, induzindo eventual prescrição.

Trata-se de modalidade excepcional e há uma série de precauções e exigências para que o ato seja válido. Em suma, deve haver a confluência de uma série de fatores que demonstrem a deliberada intenção do réu em se ocultar. Segundo Renato Marcão (2016, p. 898):

Expedido o mandado de citação ou a carta precatória, se durante as diligências o oficial de justiça constatar que o réu está se ocultando para não ser citado, deverá certificar nos autos de forma detalhada as diligências realizadas e os motivos que o levaram a tal conclusão, que por certo não podem decorrer de uma única tentativa de citação pessoal. Só depois de bem analisadas as ponderações do oficial é que o juiz irá decidir sobre a realidade da ocultação e cabimento ou não da citação na forma tratada. [...] Dentre tantas outras, as evidências mais comuns de que o acusado se oculta para não ser citado pessoalmente são as seguintes: embora estando em sua residência ou local de trabalho, não atende ao chamado do oficial de justiça; muda de residência; deixa de frequentar locais onde constantemente

te era encontrado; combina horário com o oficial de justiça por telefone ou por intermédio de outra pessoa e não comparece no local ajustado para ser citado.⁴

Situação diversa ocorre com a citação por edital. Não há forma alguma de contato com o réu, ou indicação de que possa ter tido ciência da ação contra ele proposta. Configura-se quando não houver notícias do paradeiro do acusado e já tiverem se esgotado todos os meios de busca por endereços.

A citação por edital, na forma como está disposta no Código de Processo Penal, foi trazida pela Lei 9.271/96. Antes dela havia citação por edital nas hipóteses hoje concebidas para citação por hora certa⁵, ou quando o réu estivesse inacessível, em virtude de epidemia, de guerra ou por outro motivo de força maior, ou ainda, quando o réu fosse pessoa incerta⁶. Não havia a citação por edital para casos em que o réu simplesmente não era encontrado.

Nesses casos, de acordo com a legislação anterior ao advento da Lei 9.271/96, havia a chamada crise de instância, na qual o processo não tinha prosseguimento, apesar do regular transcurso do prazo prescricional.

Por esse motivo, diante da ampliação das hipóteses autorizadas da citação por edital, e com a finalidade de impedir a prescrição nos crimes em que ela ocorresse, o legislador determinou, no art. 366 do Código de Processo Penal que:

Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312. (*Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17.4.1996*)

Observa-se que não há, no texto da lei, qualquer menção a termo final para o prazo de suspensão legal. Ademais, o art. 367 do Código de Processo Penal, imediatamente seguinte ao artigo citado acima, trata

da revelia e do prosseguimento do processo sem a presença do acusado, com a condição de que seja ele, anteriormente, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato do processo:

O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.

Para melhor compreensão da estrutura do sistema de citação e dos objetivos do legislador ao estabelecer o instituto da citação por edital, recorreremos à exposição de motivos do projeto de Lei 4.897-A/95, de lavra do então ministro da justiça, Alexandre de Paula Dupeyrat Martins, que tinha por escopo alterar os arts. 366, 367, 368, 369 e 370 do Código de Processo Penal:

Em relação à citação por edital, artigo 366, cogita-se da suspensão do processo e do próprio curso da prescrição para a hipótese de não comparecimento do acusado. Tal hipótese, sem dúvida, leva à incerteza quanto ao conhecimento, pelo acusado, da acusação a ele imputada, o que pode motivar a alegação posterior, de cerceamento de defesa. Com efeito, os princípios da ampla defesa e do contraditório, adotados no ordenamento jurídico brasileiro, e a previsão da Constituição Federal de que ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LVI) conferem o respaldo legal à nova pretensão do artigo 366, ainda mais quando a ela se acrescenta (parágrafo 1º) a autorização para que se produzam antecipadamente, as provas, consideradas de maior urgência. No entanto, a configuração da revelia do acusado após seu comparecimento inicial não pode servir de obstáculo ao prosseguimento da instrução criminal (art. 367).⁷

Portanto, da análise da atual redação dos dispositivos citados do Código de Processo Penal (especialmente os arts. 366 e 367), bem como da exposição dos motivos que levaram à sua edição, conclui-se que a

prescrição do crime investigado no processo em que houve a citação por edital somente começa a ser computada com a citação pessoal. Essa foi, inclusive, a interpretação que o Supremo Tribunal Federal deu ao tema em julgado datado do ano de 2007:

Ementa: I. Controle incidente de inconstitucionalidade: reserva de plenário (CF, art. 97). “Interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o art. 97 da Constituição.” (cf. RE 184.093, Moreira Alves, DJ 05.09.97). II. *Citação por edital e revelia: suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, por tempo indeterminado – C.Pr.Penal, art. 366, com a redação da L. 9.271/96.* 1. *Conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ext. 1042, 19.12.06, Pertence, a Constituição Federal não proíbe a suspensão da prescrição, por prazo indeterminado, na hipótese do art. 366 do C.Pr.Penal.* 2. *A indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade: não impede a retomada do curso da prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade.* 3. *Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses.* 4. *Não cabe, nem mesmo sujeitar o período de suspensão de que trata o art. 366 do C.Pr.Penal ao tempo da prescrição em abstrato, pois, “do contrário, o que se teria, nessa hipótese, seria uma causa de interrupção, e não de suspensão.”* 5. *RE provido, para excluir o limite temporal imposto à suspensão do curso da prescrição.* (RE 460971, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJ 30-03-2007 PP-00076 EMENT VOL-02270-05 PP-00916 RMDPPP v. 3, n. 17, 2007, p. 108-113 LEXSTF v. 29, n. 346, 2007, p. 515-522) (grifos nossos).

A solução adotada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário RE 460971 permaneceu controversa, e o tema passou

a ser objeto de intensa discussão, especialmente quanto à possibilidade de haver imprescritibilidade fora das hipóteses constitucionais.

2. Controvérsias quanto à retomada da marcha processual após a citação por edital

Sob argumento de que a indeterminação do prazo de suspensão do processo conduziria à criação de tipos penais imprescritíveis, o Superior Tribunal de Justiça, diversamente do Supremo Tribunal Federal no julgamento de 2007, temperou a aplicação da norma legal com a edição do enunciado de súmula 415: “Súmula 415 – O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada. (Súmula 415, Terceira Seção, julgado em 09/12/2009, DJe 16/12/2009)”.

O texto do enunciado indica que somente a suspensão do prazo prescricional seria limitada e não o curso do processo. Como um dos precedentes originários do enunciado de súmula, disponíveis no sítio eletrônico do próprio Superior Tribunal de Justiça, se encontra a seguinte decisão:

O art. 366 do CPP não fixa prazo máximo tanto para o período da suspensão do curso processual, quanto para a implementação do lapso prescricional. Admitir que a suspensão do prazo prescricional siga indefinidamente significaria tornar imprescritíveis condutas cuja punição abstratamente cominada seja branda. O parâmetro para o limite da suspensão do curso do prazo prescricional, em caso de suspensão do processo nos termos do art. 366 do CPP, é aquele determinado pelos incisos do art. 109 do Código Penal, adotando-se o máximo da pena abstratamente cominada ao delito (HC 34345 SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 07.10.2004, DJ 16.11.2004, p. 305).⁸

Tal decisão, como se observa, refere-se somente ao prazo prescricional, e não ao prazo de suspensão do processo.

Apesar disso, e em evolução da interpretação da relativização da norma processual, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que não há possibilidade de cisão entre a suspensão do prazo prescricional

e a suspensão do processo. Dessa forma, com a retomada do curso prescricional, haveria necessariamente a retomada do processo, ainda que não praticado o ato de citação pessoal:

Habeas corpus. Art. 10, § 1º, inciso III, da Lei nº 9.437/1997. suspensão do processo e do prazo prescricional. Decurso do prazo suspensivo. Retomada do processo e da prescrição. Impossibilidade de cisão. Inexistência de violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório, pois o paciente está sendo assistido regularmente por defensor nomeado pelo juízo. precedentes. 1. A norma inserta no art. 366, do Código de Processo Penal, possui natureza dúplice, não podendo ser cindida. Assim, ao ser suspenso o processo, o mesmo deve ocorrer com o prazo prescricional. 2. O prosseguimento da ação penal instaurada em desfavor do Paciente, réu revel, não implicou a violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório, pois o acusado foi regularmente assistido por defensor nomeado pelo juízo, no bojo de instrução criminal regular. 3. Restou, assim, na hipótese, assegurado ao Paciente – cuja condenação transitou em julgado em 25/08/2010 – o direito à ampla defesa e ao contraditório, deixando-se, de outro lado, de privilegiar a conduta evasiva adotada pelo acusado que, no caso, visou tão-somente tumultuar o bom andamento da ação penal. 4. Writ denegado. (HC 178.300/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 10.04.2012, DJe 17.04.2012).

No mesmo sentido, há decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

Correição parcial – Furto qualificado e corrupção de menores – Suspensão do processo e do prazo prescricional – Artigo 366 do CPP – Natureza dúplice – Impossibilidade de cisão do processo com a retomada da prescrição e a paralisação da ação penal – Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste egrégio Tribunal – Procedência, com comunicação ao magistrado. (TJPR – 5ª C. Criminal – 0031362-72.2018.8.16.0000 – Catanduvas – Rel.: Desembargador Marcus Vinícius de Lacerda Costa – J. 06.09.2018)

Tal linha de raciocínio não é isolada⁹, o que demonstra forte tendência em se considerar a possibilidade de retomada do processo, com a prática de atos processuais regularmente, mesmo sem haver a citação pessoal do réu.

3. Conflito entre o princípio da ampla defesa e a norma geral da imprescritibilidade de crimes. Possíveis soluções

Apesar do entendimento jurisprudencial acima colacionado, entendemos que o instituto da suspensão do processo em virtude da citação por edital não pode ser tomado apenas da perspectiva processual. Tem ele ligação direta com, ao menos, três importantes princípios constitucionais: o da ampla defesa, do devido processo legal e o da imprescritibilidade de crimes.

Ora, toda a discussão posta coloca em conflito o princípio constitucional da imprescritibilidade de crimes, com os princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Não há forma de se analisar o instituto da suspensão do processo que não passe pela apreciação necessária desses três princípios constitucionais.

Os princípios do devido processo legal e da ampla defesa estão descritos no art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal: “LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

O princípio do devido processo legal é mais abrangente e pressupõe o da ampla defesa. É a diretriz que regula a relação sancionatória do Estado soberano com os indivíduos. De forma geral, ampla defesa é a garantia ao acusado de se defender por todos os meios possíveis e admitidos, enquanto devido processo legal pressupõe respeito e adequação a todos os procedimentos e fórmulas estabelecidos em lei para persecução penal, e dentre esses procedimentos se encontra a ampla defesa.

Eventuais ponderações e relativizações ao mandamento da ampla defesa (ou do devido processo legal) são excepcionais e transitórias, como ocorre em casos de medidas urgentes, em que não há possibili-

dade de prévia oitiva da parte, ou a relativização operada em fase de inquérito policial/administrativo (RE 304.857, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, j. 24-11-2009).

Mas mesmo nesses casos o que se tem é a postergação da fase de defesa para a fase imediatamente posterior, a do processo judicial, e não a supressão cabal e completa do direito de defesa.

Portanto, tanto o devido processo legal quanto a ampla defesa, nunca são afastados por completo do ordenamento, constituindo-se verdadeiros fundamentos do estado democrático de direito.

Por outro lado, o princípio da imprescritibilidade é extraído de forma transversa, pela interpretação da norma constitucional que estabelece que não haverá penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, 'b', CF). Ocorre, que a própria Constituição relativiza o princípio ao reconhecer como imprescritíveis a prática do racismo (art. 5º, XLII, CF) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5º, XLIV, CF).

Assim, tem-se que o princípio da imprescritibilidade de crimes possui menor densidade jurídica em relação aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Seja porque aquele é relativizado pela própria Constituição, seja porque estes possuem caráter perene, sendo ponderados tão somente de forma diferida, ou postergada.

Desta forma, a discussão em causa é se seria possível retomar a prática de atos processuais sem a citação acusado (com a finalidade de se evitar a existência de crimes imprescritíveis), mesmo que para tanto se viole o devido processo legal (ausência de citação e da ampla defesa, em consequência).

Entendemos, neste caso, ser impossível o retorno da marcha processual, porque ao se garantir efetividade ao princípio constitucional da imprescritibilidade de delitos, se estaria violando pelo menos outros dois princípios constitucionais de maior densidade (devido processo legal e ampla defesa).

O princípio do devido processo legal é mais abrangente e pressupõe o da ampla defesa

Outra solução que reputamos possível é a retomada somente do cômputo do lapso prescricional, sem o retorno dos atos processuais. Com essa solução, se privilegiariam os três princípios constitucionais citados em detrimento da interpretação de que não há possibilidade legal de cisão entre a suspensão processual e da prescrição. Parece-nos, inclusive, a norma mais adequada.

Assim, a consequência prática seria que o Estado, quando não localizado o acusado, teria o prazo em dobro para encontrá-lo e realizar a citação. Essa foi a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao tema, em julgamento realizado em 07 de dezembro de 2020, com publicação em 23 de fevereiro de 2021:

Ementa: Recurso Extraordinário. Penal. Processo Penal. Repercussão geral. Tema de Repercussão Geral 438: Limitação de prazo de prescrição e suspensão do processo em caso de inatividade processual decorrente de citação por edital. Art. 366 do Código de Processo Penal. Art. 109 do Código Penal. Súmula 415 do STJ. Art. 5º, Incisos XLII e XLIV, da Constituição Federal. Vedação de penas de caráter perpétuo (Art. 5º, inciso XLVII, alínea B). Duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF). Devido processo legal substancial (Art. 5º, inciso LIV, CF). Ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV, CF). Direito de autodefesa. Convenção americana sobre direitos humanos – Pacto de São José da Costa Rica. Pacto de direitos civis e políticos. precedente do STF. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. 1. Ressalvados os crimes de racismo e as ações de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático listados no art. 5º, incisos XLII e XLIV, da Constituição Federal, a regra geral no ordenamento jurídico brasileiro é de que as pretensões penais devem ser exercidas dentro de marco temporal limitado. Histórico da prescrição no Direito pátrio. Precedente do Supremo Tribunal Federal. 2. A vedação de penas de caráter perpétuo, a celeridade processual e o devido processo legal substantivo (art. 5º, incisos XLVII, b; LXXVIII; LIV) obstam que o Estado submeta o indivíduo ao sistema de persecução penal sem prazo previamente definido. 3. Com exceção das situações expressamente previstas

pelo Constituinte, o legislador ordinário não está autorizado a criar outros casos de imprescritibilidade penal. 4. O art. 366 do Código de Processo Penal, ao não limitar o prazo de suspensão da prescrição no caso de inatividade processual oriunda de citação por edital, introduz hipótese de imprescritibilidade incompatível com a Constituição Federal. 5. Mostra-se em conformidade com a Constituição da República limitar o tempo de suspensão prescricional ao tempo máximo de prescrição da pena em abstrato prevista no art. 109 do Código Penal para o delito imputado. Enunciado sumular n. 415 do Superior Tribunal de Justiça. 6. Afronta as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal) o prosseguimento do processo penal em caso de inatividade processual decorrente de citação ficta. Direito subjetivo à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada contra si, assim como à autodefesa e à constituição de defensor. Previsões da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (art. 8º, item 2, alíneas “b” e “d”) e do Pacto de Direitos Civis e Políticos (art. 14, item 3, alíneas “a” e “d”). 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com a fixação da seguinte tese: Em caso de inatividade processual decorrente de citação por edital, ressalvados os crimes previstos na Constituição Federal como imprescritíveis, é constitucional limitar o período de suspensão do prazo prescricional ao tempo de prescrição da pena máxima em abstrato cominada ao crime, a despeito de o processo permanecer suspenso. (RE 600851, Relator(a): Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2020, Processo Eletrônico Repercussão Geral – Mérito DJe-033 Divulg 22-02-2021 Public 23-02-2021)

Conclusão

A par de todas as considerações, concluímos que a solução a ser empregada, que mais se coaduna com a ordem constitucional vigente, é a impossibilidade de retomada da marcha processual sem o ato citatório.

Vimos que os princípios do devido processo legal e da ampla defesa possuem maior densidade e devem preponderar em relação ao princípio da imprescritibilidade dos delitos.

A decisão proferida pelo plenário do STF, com a retomada do compute do lapso prescricional sem a continuidade dos atos processuais, sedimentou posicionamento que harmonizou os princípios constitucionais tocados pela discussão e pôs fim à controvérsia jurisprudencial existente quanto ao tema.

Notas

1. Glauccio Francisco Moura Cruvinel. Juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Unioeste. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Univel – Cascavel/PR.
2. Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).
3. Art. 363. O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008). [...] § 1º Não sendo encontrado o acusado, será procedida a citação por edital. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).
4. MARCÃO, Renato. *Código de Processo Penal Comentado, de acordo com a Lei n. 13.015/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 898.
5. Código de Processo Penal, art. 362, redação antiga.
6. Código de Processo Penal, art. 363, redação antiga.
7. BRASIL. Diário do Congresso Nacional. 21028. Seção I, set. 1995. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCCD02SET1995.pdf#page=76>. Acesso em: 4 dez. 2020.
8. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmulas Anotadas. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 4 dez. 2020.
9. TJPR – 4ª C. Criminal – CPC – 1648089-8 – Região Metropolitana de Londrina – Foro Central de Londrina – Rel.: Desembargador Celso Jair Mainardi – Unânime – J. 20.04.2017; TJPR – 2ª C. Criminal – CPC – 1710530-1 – Região Metropolitana de Londrina – Foro Central de Londrina – Rel.: Desembargador Laertes Ferreira Gomes – Unânime – J. 19.10.2017; TJPR – 4ª C. Criminal – CPC – 1569268-7 – Região Metropolitana de Londrina – Foro Central de Londrina – Rel.: Desembargador Renato Naves Barcellos – Unânime – J. 22.09.2016.

Fenomenologia e crítica da democracia*

Luiz Fernando Coelho¹

Jusfilósofo e professor de direito

Introdução

MEUS CUMPRIMENTOS MAIS EFUSIVOS A TODOS OS PROMOTORES deste evento. Sendo um dos mais antigos cultores da Filosofia do Direito, ainda vivos, ainda em atividade, posso testemunhar com conhecimento de causa que a importância do trabalho da Abrafi é muito mais relevante do que possamos imaginar, pois representa a continuidade da obra de Miguel Reale, a realização do sonho de construir e enriquecer a cultura filosófica e jurídica brasileira. Nossa homenagem ao saudoso mestre de todos nós; e seja-me permitido, da mesma forma, honrar a memória do prof. Tarcísio Burity, jusfilósofo, internacionalista e político exemplar, cujo apoio e colaboração viabilizou muitos dos Congressos Brasileiros de Filosofia do Direito promovidos por Miguel Reale e pelo Instituto Brasileiro de Filosofia.

O tema da democracia é um núcleo de convergência transdisciplinar que reúne esforços investigativos em disciplinas tais como sociologia jurídica, política jurídica, politologia, antropologia e história do direito, sem falar na dogmática, especialmente direito constitucional e internacional.

Tendo em vista essa recorrência, procurei outros vieses que pudessem atrair o interesse de nossos candidatos a mestres e doutores, e, por que não, despertar vocações políticas, neste país tão necessitado de novas lideranças. Daí minha opção pela Filosofia, de resto, uma área onde fico mais à vontade para refletir sobre o que tem acontecido durante esta pandemia.

Não vou tratar de política, nem de história, nem de direito, nem de sociologia, nem mesmo de filosofia do direito. E, entre os inúmeros caminhos que a filosofia nos indica, procuro enveredar pelas correntes de pensamento que mais têm interferido em minhas elocubrações, nestes tempos de pandemia: a fenomenologia e o existencialismo, que espero articular com a teoria crítica do direito, a proposta que apresentei na Universidade Federal do Paraná há mais de quarenta anos. O que justifica o título “*Fenomenologia e Crítica da Democracia*”.

Mas falar sobre filosofia a estudantes, mestres e doutores em direito envolve um risco muito grande: se a filosofia é voltada para a universalidade do ser e do conhecer, ao ocupar-me dos conceitos universais da democracia, posso decepcionar a audiência que me assiste, na medida em que minha fala pode ser interpretada como uma dissertação sobre o sexo dos anjos. No entanto, é um risco que devo enfrentar, e começo então por indagar a mim mesmo o que a filosofia tem a dizer sobre democracia. E aí o risco aumenta, pois, supondo que nossa busca resulte em nada, seria possível avaliar o sentido e alcance deste NADA?

Por mais estranho que seja, o nada é tão importante para a democracia quanto para a filosofia.

Em seu livro “*Ser e Tempo*”, Heidegger define o NADA com o argumento *a contrário*: não diz o que o ele é, mas o que não é – não é um objeto, não é um ente; mas proclama que o *nadificar do nada se encontra no ser do ente*. E uma das mais importantes obras de Sartre versa precisamente sobre “*O Ser e o Nada*”. Este apóstolo do existencialismo define o nada como um *buraco no ser*, pelo qual o ser coloca em questão o seu ser, que é o *para-si* identificado na consciência. Sartre ainda enuncia que o nada é o *ato nadificador do ser*. Para não ficarmos apenas com a filosofia europeia, temos o filósofo brasileiro Luis Felipe Pondé, que também se refere à *nadidade do nada*, ainda que um pouco pejorativamente.

São expressões incompreensíveis fora do contexto da obra dos que as enunciaram, mas que dão ideia da dificuldade em investigar os conceitos universais de qualquer assunto, o que me causa algum desconforto ao dizer que me refiro aos universais da democracia, apesar de tão ilustres exemplos dos que discutiram a *nadidade do nada*, porque é o mesmo que discutir a *democraticidade da democracia*.

Não obstante, é o que fazem os filósofos do direito quando usam expressões como *normatividade*, *juridicidade* e *estatalidade*, referindo-se à essencialidade das normas, do direito e do Estado. Por que não discutir a *democraticidade* da democracia? É o que em derradeira instância propõe a fenomenologia da democracia: a investigação do que nela existe de essencial e separando-o do circunstancial.

I. A investigação fenomenológica

Talvez não haja tempo para dizer tudo o que gostaria, ou deveria. Por isso, desde já enuncio as duas características essenciais ao fenômeno democrático: *paradoxalidade* e *historicidade*.

Paradoxalidade significa que a essência da democracia é paradoxal, e *historicidade*, que essa essência é a própria história da democracia. Vamos ver o alcance dessas expressões.

O método fenomenológico consiste na redução dos elementos verificáveis no objeto do conhecimento, uma redução progressiva até chegar ao que nele permanece invariável, o que se impõe ao sujeito do conhecimento. Husserl denomina *epoché* a esse processo, palavra que significava, no grego antigo, “*parada*”, “*interrupção*”, e que na fenomenologia alude a uma abstenção do pensamento e do juízo sobre o mundo real.

Husserl considera este elemento invariável um *a priori* material, diferente do *a priori* formal de Kant. Para Husserl, não existe consciência pura, mas uma atividade da inteligência que recebe os dados que formam seu objeto de conhecimento. No ato de *conhecer* ocorre a união de duas dinâmicas, a do sujeito, que ele denomina *noese*, e a do objeto, designado como *noema*.

Mas quando o objeto é a sociedade – esta ilação é por minha conta –, verifica-se uma peculiaridade: o cientista que procede à investigação está dentro de seu objeto, a sociedade a que pertence, por isso, é impossível situar-se em posição de neutralidade, realizar a *epoché*, pois qualquer juízo que emita será sempre parcial. Como descrever neutralmente a sociedade se você é parte dela? Como descrever o direito se você é participante da experiência jurídica, como profissional ou cidadão?

E como descrever o fenômeno democrático se ele ocorre na comunidade de que você faz parte?

É claro que essa circunstância interfere na dinâmica da articulação *noesis/noema*, visto que ocorre uma transferência de fatores noéticos para os noemáticos. Como se o objeto incorporasse as *noeses* e as devolvesse à consciência cognitiva como *noemas*. Não o encontro de duas dinâmicas, mas a identificação entre ambas.

A fenomenologia trata então de descrever as *noeses* e *noemas* da democracia, mas dando-se conta desta dialética participacional. É aí que interfere a *crítica da democracia*.

O conjunto das *noeses* identifica a ideologia democrática, e o das *noemas*, a instituição democrática. Assim sendo, nossa investigação contempla a democracia nessas duas formas de manifestação: como ideologia e como instituição.

II. A ideologia democrática (noese)

É preciso levar em conta que a *noese*, dinâmica do sujeito, não se limita à racionalidade, pois envolve todos os fatores inconscientes que condicionam o saber: percepção, imaginação, preconceitos, sentimentos, ideologias, vivências místicas e religiosas, bem como o próprio saber como atitude consciente direcionada ao que se postula como verdadeiro. E tudo isso compõe a ideologia democrática, que pode ser *racional*, à medida que construída pela teoria, e *psicossocial*, porque presente no inconsciente coletivo e na intersubjetividade comunicativa, sendo as mais das vezes despercebida pelo sujeito cognoscente.

A análise da democracia revela então sua natureza paradoxal. Sabemos o que é um paradoxo: a incompatibilidade entre ideias, conceitos e enunciados dentro de um mesmo contexto.

Na lógica do senso comum evitam-se contradições e incongruências, asserções ou negações que não podem ser tidas simultaneamente como verdade ou falsidade. É óbvio que se trata da linguagem científica, pois em literatura são perfeitamente admissíveis, pois o que importa é a beleza do texto e as emoções que provoca. Exemplo de

paradoxo literário é o belo verso de Camões: “*É ferida que dói e não se sente*”.

A paradoxalidade admite dois tipos: *problemática* e *aporética*. O primeiro tipo diz respeito ao ser da democracia, o segundo, ao seu conhecimento. Mas ambos são faces da mesma paradoxalidade.

O caráter *problemático* da ideologia democrática apresenta-se desde logo no modo como se constrói o seu conhecimento, o qual se volta para um objeto cuja especificidade ontológica não é a de um objeto real, nem ideal, nem metafísico, mas a de um *objeto cultural*, eis que produzido pela racionalidade como uma das expressões da sociedade.

Bem a propósito, o tema desta Jornada, *Democracia e Risco*, lembra a *Sociedade de Risco*, de Ulrich Beck, mas a sociedade não é só de risco, ela tem sido definida como *de massa, pós-industrial, de conhecimento, do espetáculo, líquida, do medo, da exclusão* etc., visões parciais que acentuam ora uma, ora outra das características da sociedade do presente.

E quando nos referimos à sociedade, nela estão incluídas todas as expressões da existência comunitária: o direito, o Estado, a normatividade social, as tradições e, com toda a certeza, a democracia, realidades que receberam o impacto de opiniões as mais diversas sobre a contemporaneidade.

A noção de democracia é ligada desde logo ao Estado, mas hoje em dia ela banalizou-se de forma tal que a exigimos no quotidiano, dentro das organizações a que pertencemos, agremiações esportivas, sindicais, clubes, instituições educacionais, enfim, sentimos necessidade de democracia em todos os espaços comunitários onde exista um mínimo de organização, o que pressupõe alguma forma de poder.

Ora, como especificidade do conhecimento do social, temos um *paradoxo*, o *primeiro* de uma série, pois a democracia não é objeto pressuposto ao respectivo conhecimento, mas se constitui pelo conhecimento à medida que se problematizam as relações comunitárias, engendrando conflitos e contradições. Ou seja, o conhecimento democrático não é *descritivo*, voltado para o passado, mas *construtivo* em relação ao presente e ao futuro. Aliás, esta é a tese básica da teoria crítica do direito quanto ao alcance epistemológico do saber jurídico.

O segundo paradoxo poderia ser chamado *paradoxo de Camões*, em alusão ao verso que citei (“*É ferida que dói e não se sente*”), mas proponho denominá-lo “*paradoxo de Hamlet*”, pois inspirado em Shakespeare, ao pôr na boca de seu personagem Hamlet a famosa frase: “*To be or not to be, that is the question*”. “Ser ou não ser, eis a questão”. Com a devida vênia, não vejo problema em *ser ou não ser*. Teria sido problemático, aliás, aporético, se Hamlet houvesse proclamado: “*To be AND not to be, that is the question*“. Ser E não ser, eis a questão, o que contraria toda a lógica, a científica e a do senso comum, e o princípio de identidade: *uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa*.

É uma aporia lógica, mas também transcendental, sendo justamente o caso da democracia: *ela é E não é*, ao mesmo tempo, e, antes que pensem que estou senil, vejam o que disse o notável sociólogo da mesma terra de Shakespeare, Antony Giddens. Numa das Conferências do Estoril, em Portugal, Giddens defendeu a “*democratização da democracia*”, pela via *crítico-reflexiva*, como necessidade que se impõe em todo o mundo.

Ora, minha gente, se é necessário “*democratizar*” a democracia é porque a democracia não é democrática. É o paradoxo de Hamlet, um tanto distorcido, confesso, porque Hamlet não disse “*ser E não ser*”, ele disse “*ser OU não ser*”.

Há um *terceiro paradoxo*, que advém da possibilidade de compreender a democracia como objeto de conhecimento ou como dotado de autonomia ontológica, uma essência irreduzível, o *ser em si* da democracia.

Para a ontologia tradicional, a paradoxalidade avulta quando se confronta a correlação dos discursos racionais com o ser dos entes respectivamente investigados. Conforme Hartmann, é um problema insolúvel, eis que, na análise do fenômeno como fato comprovável, existe a possibilidade de perda da essência do ser se for confundido com o fenômeno, que é a aparência do ser, sua objetividade existencial. Hartmann enuncia então que *a objetualidade não pode reduzir-se à essencialidade*.

É o *paradoxo de Hartmann* que se reflete na democracia: uma coisa é sua prática, donde surgem os referenciais noemáticos correspondentes à sua realidade, ainda que imaginária; outra, os enunciados doutrinários que a pretendem definir com pretensão de universalidade. O

histórico do instituto bem demonstra a distância entre o que diz a doutrina e o que se pratica, a título de democracia.

E um *quarto paradoxo*, mais diretamente relacionado com o caráter ideológico da democracia: a denominação recorrente é *paradoxo de Mannheim*, alusivo à possibilidade de toda ideologia ser direcionada contra quem a produz.

Mannheim não concordava com a ideia marxista de redução da sociedade a duas classes em oposição, a dominante e a dominada, pois a entendia como constituída por grupos sociais extremamente diferenciados, cada um almejando tornar-se hegemônico, não sendo possível distinguir quais são os dominantes e quais os dominados.

Essa mesma discordância, direcionou-a contra a referência de Marx à ideologia dominante, a da burguesia, sendo o marxismo igualmente uma ideologia que aspirava a ser dominante.

O que isto significa para a democracia nos tempos atuais? Que ela mesma, ideologicamente ou institucionalmente, carrega dentro de si os germens de sua destruição.

III. A instituição democrática (noemas)

Quando analisamos a democracia como instituição, a partir de seus dados noemáticos, os paradoxos ideológicos se repetem na experiência histórica e atual.

Costuma-se dividir o histórico da democracia em três períodos: o ateniense, da democracia direta, o romanístico-medieval, da soberania popular, e o moderno, pós-maquiavélico, da democracia republicana. Podemos acompanhar esse evoluir desde seu aparecimento na Grécia, no século V a.C., até a Revolução Francesa e a Independência Americana, chegando ao famoso Discurso de Gettysburg, em 1863, quando Abraham Lincoln proferiu a definição que se tornou proverbial: *governo do povo, pelo povo e para o povo*.

Após esses eventos, hoje em dia há relativo consenso quanto aos requisitos mínimos de uma democracia: a *separação dos poderes*, o *sufrágio universal* e a *garantia dos direitos fundamentais*. Exige-se ain-

da que no estado democrático de direito haja uma lei fundamental, a Constituição, onde tais requisitos e prerrogativas sejam assegurados.

É óbvio que a discussão sobre essas condições mínimas não está acabada, e parece perpetuar-se a partir da recorrente separação entre dois tipos de democracia, a liberal e a socialista, tendo como pano de fundo o debate doutrinário sobre democracia formal e material ou substancial.

Entendemos perfeitamente o que significa democracia formal: é a inserção no texto constitucional e nas leis da obrigatoriedade da democracia; asseguram-se no papel as prerrogativas básicas inerentes à dignidade da pessoa humana, mas faz-se muito pouco para efetivá-las.

A distância entre a teoria das boas intenções e a práxis da ação política levou à busca de um meio termo aceitável, que os marxistas propuseram como democracia social, apanágio dos regimes socialistas, um lídimo objetivo a atingir no estágio da ditadura do proletariado. E que a verdadeira democracia *seria a social, a ser implantada mediante a abolição das classes e do Estado, que é a organização típica da burguesia.*

A utopia marxiana viu-se desmentida pelos fatos, já que nos países em que o socialismo foi implantado não aconteceu propriamente a abolição da dominação burguesa, fundada no direito de propriedade, mas sua substituição por outra forma, uma dominação burocrática assentada na ditadura, não do proletariado, mas do partido único, apoiado na força militar.

E quanto às democracias liberais, é possível considerá-las substanciais?

A sociedade, hoje, apresenta-se como um emaranhado de interesses, valores, projetos e exigências de indivíduos e grupos, os quais constituem redes de dimensão global, com estruturas as mais diversas, amplas redes comerciais, complexos de produção e distribuição, sistema financeiro mundial e mercado de trabalho, marcos que transcendem as fronteiras geopolíticas e culturais.

Nesse panorama da sociedade mundial, é possível conceber a democracia com fundamento na ideia da luta de classes? À luz da concepção sistêmica de Luhmann, articulada com a ideia da microfísica do poder, de Foucault, pode-se dizer que dominantes e dominados existem mesmo nos grupos tidos por dominados.

Ademais, hoje em dia é cada vez mais difícil identificar quem é dominante; veja-se o exemplo de milhares de proprietários, incluídos na *classe média* ou *pequena burguesia*, explorados não por ricos capitalistas, industriais e latifundiários, mas pelo sistema econômico de um Estado opressor e pelas organizações bancárias internacionais, que não ajudam os povos que realmente dele necessitam, além de omitir-se em face da devastação ético-monetária causada pelos paraísos fiscais. São as *noemas* da democracia, cuja análise evidencia outros paradoxos, que constituem riscos no plano institucional.

Um deles é a *partitocracia*, governo de partidos, o que é coerente com a democracia representativa, mas que se transforma em risco quando aqueles que são alçados ao poder político usam de todos os meios possíveis para beneficiar as respectivas agremiações e, no desiderato de ganhar as eleições, sobrepõem os interesses partidários aos da população. No Brasil, a partitocracia se manifesta na famigerada política do “*toma lá, dá cá*”, disfarçada sob o manto de um *presidencialismo de coalisão*, expressão cunhada por Sérgio Abranches, que mal esconde a ganância em cima dos bilhões do fundo partidário. Uma situação deplorável que explica a proliferação de partidos políticos na democracia brasileira.

Outro risco para a democracia é o *populismo*, a forma atual da *demagogia*, definida por Aristóteles como corrupção da democracia e considerado por Hannah Arendt como um caminho para o totalitarismo.

Apesar dos exemplos históricos do *bom populismo*, quando líderes carismáticos, sem intermediação institucional, atraem grande parte da população, para segui-lo em um projeto político ou ideologia racional, a exemplo de Martin Luther King, Mahatma Gandhi e Nelson Mandela, temos na história moderna o que pode ser descrito como um *mau populismo*.

Outro risco para a democracia é o *populismo*, a forma atual da *demagogia*, definida por Aristóteles como corrupção da democracia e considerado por Hannah Arendt como um caminho para o totalitarismo

Graças à capacidade pessoal de sedução, o populista irresponsável atrai a adesão de camadas da população, as mais necessitadas, para segui-lo num projeto pessoal ou partidário de tomada do poder, praticamente às cegas, com um mínimo de oposição e pouco ou nenhum questionamento. São lideranças políticas pouco identificadas com as reais necessidades das populações marginalizadas da riqueza produzida no país, comprometidas com grupos hegemônicos necessitados de apoio popular para vencer eleições; cidadãos que fazem da política uma profissão, embora estejam mais inclinados a ganhar dinheiro para si, seus familiares, amigos, correligionários e bajuladores, do que a lutar por nobres ideais.

Observe-se que este populismo irresponsável tem seu *locus* próprio na atualidade em face da proliferação de partidos, profissões, cargos e funções definidos como políticos e, principalmente, da quantidade de eleitores, contados aos milhões. Se a demagogia antiga surge com a degeneração da democracia direta, sua expressão atual surge com a corrupção do modelo representativo. Mas tal situação só é percebida como tal em um contexto democrático, o que constitui um paradoxo.

A democracia é ainda ameaçada por outro mal, o *excesso da burocracia estatal*, conjugada com a má gestão dos serviços públicos, os quais acabam se convertendo em *fim em si*.

Concordo com o professor Adeodato que a incompetência é o maior dos males que aflige uma nação. E dá-se aqui outro paradoxo: o Estado não aplica os recursos recolhidos da atividade produtiva em saneamento básico, hospitais, creches e escolas, mas é isso mesmo que o justifica, pois a população não concebe outra instância a quem apelar.

Finalmente, tenho que me referir a um paradoxo que se transforma em risco para a democracia: é a compreensão da legitimidade da ordem social, da ordem jurídica e do poder como decorrência da legislação. É o *Idealtypus* da dominação racional-legal a que se referia Max Weber, constituindo hoje o entendimento do senso comum.

A legitimidade radica em critérios diferentes dos da legalidade. Esta pode ser imposta por um governo despótico, mas a legitimidade não. Só é legítimo um governo e suas leis se estiver de acordo com os sentimentos, aspirações e desejos da grande maioria da população, e com os valores básicos considerados conquistas irreversíveis da civilização,

entre os quais os direitos humanos e a democracia. Donde o paradoxo: a legitimidade será sempre falsa enquanto a sociedade for alienada, sendo a liberdade individual e a emancipação coletiva o único caminho válido para uma democracia autêntica. Mas estamos longe desde ideal.

IV. Paradoxalidade e historicidade

Como sair do impasse?

A solução filosófica, não definitiva e apenas possível, para os paradoxos da democracia está em outra característica, que já mencionei, paralelamente à paradoxalidade: denomina-se *historicidade*, que passo a explicar.

O fracasso das tentativas de descobrir um núcleo essencial universal na democracia radica num erro básico: partem da ideia de que a sociedade, com todas as expressões da vida comunitária, inclusive a democracia, consiste em algo pressuposto ao respectivo conhecimento.

Além da impossibilidade de uma descrição neutra e isenta de preconceitos, visto que o investigador se encontra no interior de seu objeto, o pesquisador tem que levar em conta que a democracia não dispõe de uma essência universal *a priori*, pois ela só se concretiza no momento histórico em que é praticada. O ser da democracia é um contínuo *fazer-se*, é atualidade e não fato anterior, não é um instituto acabado, mas uma possibilidade a ser concretamente determinada.

A democracia não é realidade objetiva, mas objetivo para uma realidade, e só pode ser concebida como obra humana que nunca está acabada, pois é criada e recriada num trabalho permanentemente executado, à medida que o ser humano cria e recria sua própria essência. O ser da democracia é muito mais que um *dever-ser*, ele é aberto para o ser na medida da receptividade do humano para o ser.

É a historicidade da democracia não como fato temporal, nem como narrativa do passado, mas uma *historicidade radical*, incorporação da ideia que assevera a precedência do existir do homem sobre sua essência, que ele não passa de projeto vocacionado para o *eidós* de si mesmo, uma entelêquia permanentemente construída em função da liberdade

responsável que impregna as respectivas escolhas. A democracia é histórica do mesmo modo que é no mundo.

Para encerrar, penso poder estender à democracia a mesma observação que Nietzsche suscitara em relação à moralidade: que esta não passa de interpretação moral de fenômenos da existência. Não há democracia em si, pois o que existe é um modo de interpretar fatos da vida, precisamente o *sentido* da democracia, não aprioristicamente revelado, mas construído pelo trabalho intelectual e pela práxis política compromissada com os anseios da nação, liberada da alienação endêmica, da partitocracia, do populismo irresponsável, da roubalheira, da burocracia desnecessária e de todas as formas ilegítimas de exercício do poder.

E qual o papel dos intelectuais? Dirijo-me especialmente aos colegas de magistério, formadores de opinião. Somos em grande parte responsáveis pela tomada de consciência da população, na medida em que o pensamento democrático recobra a reflexão crítica sobre seus próprios fundamentos e na revelação dos sentidos últimos constitutivos de sua normatividade e da maneira como a fazem.

Para concluir, é de inferir-se que somente a democracia possibilita o enriquecimento pessoal pelo trabalho racionalmente orientado, por meio do qual é possível produzir com justiça o bem-estar das pessoas e das nações. Se analisada em sua polaridade valorativa, a democracia resplandece como instituição cuja antítese não é a sua ausência ou alguma forma de opressão, mas seu próprio ser existencial, quando não presente as condições que possam torná-la instrumento para a consecução de outros valores, principalmente as expressões históricas da liberdade, da igualdade e da justiça.

Muito obrigado pela audiência e atenção.

Nota

* Palestra *online* proferida na sessão de encerramento do da VII JORNADA BRASILEIRA DE FILOSOFIA DO DIREITO, promovida pela Associação Brasileira de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito – ABRAFI, no dia 12 de março de 2021.

1. Luiz Fernando Coelho. Jusfilósofo e professor de direito.

Da legitimidade para pleitear indenização por danos morais sofridos pelo falecido

Lívia Nobuko Moriyama¹

Advogada. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Damásio de Jesus

Renata Bolzan Jauris²

Juíza de Direito no TJPR

Resumo: A violação a direito da personalidade enseja o nascimento do direito à indenização por danos morais. Caso esse ato ilícito ocorra após o óbito da vítima, não cabe aos herdeiros a busca pela indenização por danos morais sofridos pelo falecido sob a alegação de que teriam herdado o direito da personalidade de seu ancestral. Isso porque esse direito é intransmissível, nos termos do art. 11 do Código Civil. Contudo, a agressão causada à honra e à imagem daquele que já morreu também poderá violar indiretamente direito da personalidade das pessoas que eram próximas ao falecido, causando dano em ricochete. Neste caso, então, vislumbra-se a legitimidade daqueles que possuíam forte vínculo afetivo com o *de cujus* para pleitear, por direito próprio, indenização por danos morais decorrentes de violação moral ao falecido. Ressalta-se que essa hipótese não se confunde com a indenização cabível em face de violação a direito da personalidade do falecido que tenha ocorrido enquanto ele estava vivo, caso em que haverá legitimidade do espólio ou dos herdeiros em razão da transmissibilidade do direito patrimonial à indenização (Súmula 642 do STJ).

Introdução

A DEPENDER DA ESPÉCIE DE DANO IDENTIFICADA em cada caso, será possível a busca pela indenização devida, seja pelo próprio titular do direito violado ou pelo seu substituto processual, seja pela vítima indiretamente afetada.

Em caso de dano sofrido por falecido, pode-se apresentar obscura a identificação dos legitimados para buscar a indenização, até porque, sobre o tema, existem diversas teorias doutrinárias.

De modo geral, é a partir da delimitação dos titulares do direito da personalidade atingido (direta ou indiretamente), do momento da ocorrência da conduta lesiva e da busca pela reparação, bem como da espécie de dano configurado no caso concreto, que se identifica quem detém a legitimidade para pleitear indenização em razão de dano sofrido pelo falecido.

Devo ressaltar que o presente estudo se debruça tão somente sobre a legitimidade para pleitear o dano moral sofrido pelo morto, visto que, em caso de dano material, entende-se que basta a análise de quem sofrerá a perda patrimonial a fim de se delimitar a legitimidade à busca da indenização correspondente.

Desta feita, a primeira parte do trabalho se dedica a caracterizar e delimitar o dano moral que será objeto da ação cuja legitimidade aqui se busca definir. Num segundo momento, busca-se definir a espécie de legitimidade que melhor se enquadra, a depender da lesão sofrida.

À guisa de conclusão, afirma-se que a legitimidade para requerer indenização por dano moral sofrido pelo *de cuius* dependerá do momento em que a violação ocorreu e de quando é exercida a pretensão indenizatória.

1. Dano moral sofrido durante a vida

Os direitos da personalidade são inatos, ou seja, são inerentes ao ser humano. A tendência é de que sejam reconhecidos desde a concepção (teoria concepcionista), tanto que é possível que o nascituro sofra dano

moral, apesar de não possuir personalidade plena (teoria da personalidade condicional), conforme norma do art. 2º do Código Civil. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça³.

Além disso, os direitos da personalidade são irrenunciáveis e opo-níveis a todos (*erga omnes*), mas, em caso de colisão, aplica-se a ponderação. São, em regra, vitalícios. Contudo, é possível que, mesmo após a morte, sejam objeto de proteção, e são direitos intransmissíveis (art. 11 do Código Civil), cuja titularidade não pode ser alterada, não obstante os seus aspectos patrimoniais possam ser destacados ou transmitidos, de forma limitada.

Com base nas características apontadas, é possível afirmar que, desde a sua concepção, o ser humano poderá sofrer violação aos direitos da personalidade e, conseqüentemente, fará *jus* à respectiva indenização. Inclusive, este direito à compensação poderá ser passado aos seus herdeiros, embora o direito da personalidade, em si, não possa ser transmitido.

Nesse sentido é que a norma do art. 943 do Código Civil prevê que “o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança”. Prevalece o entendimento, portanto, de que o direito de reparação transmitido aos herdeiros abrange não apenas os aspectos patrimoniais, como também os imateriais.

E é nos casos de danos sofridos durante a vida que se aplica essa norma: se o falecido teve direito de sua personalidade violado enquanto vivo e não buscou a indenização ou ainda não se encerrou a demanda judicial indenizatória, transmite-se o direito à reparação como parte integrante de seu patrimônio. Conforme ensina Maria Helena Diniz:

É preciso não olvidar que a ação de reparação comporta transmissibilidade aos sucessores do falecido, desde que o prejuízo tenha sido causado em vida da vítima. Realmente, pelo Código Civil, art. 943, o direito de exigir a reparação transmite-se com a herança. Se houver ultraje à memória de um morto, os herdeiros poderão alegar e provar o prejuízo próprio, decorrente da difamação ou injúria ao membro da família desaparecido.⁴

Após o óbito, os interesses patrimoniais do falecido serão resguardados pelo espólio, que corresponde à massa patrimonial deixada pelo autor da herança (universalidade de bens) e existirá até que haja, enfim, a partilha dos bens aos herdeiros.

Por conseguinte, caberá ao espólio a legitimidade para dar continuidade à demanda indenizatória ou, em caso de inequívoca a violação moral durante a vida do *de cuius*, ajuizar a ação de indenização cabível, eis que, apesar de não possuir personalidade jurídica, detém personalidade judiciária para atuar em juízo⁵.

Em 2 de dezembro de 2020, o Superior Tribunal de Justiça aprovou o Enunciado 642, expressamente afirmando a legitimidade dos herdeiros para ajuizar ou prosseguir ação indenizatória em razão de dano moral causado ao falecido:

Súmula 642-STJ: O direito à indenização por danos morais transmite-se com o falecimento do titular, possuindo os herdeiros da vítima legitimidade ativa para ajuizar ou prosseguir a ação indenizatória. STJ. Corte Especial. Aprovada em 02/12/2020, DJe 07/12/2020.

Não obstante a violação moral recaia apenas sobre os direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular. Por conseguinte, os herdeiros possuem legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação buscando a indenização por danos morais, com base em ofensa suportada pelo *de cuius*. Se a ação já tiver sido ajuizada pela vítima em vida, os herdeiros poderão prosseguir com ela figurando no polo ativo.

Em resumo, não é o direito da personalidade do falecido que será transmitido com a herança, mas tão somente o direito patrimonial de requerer a indenização em razão da ofensa moral causada ao *de cuius* em vida.

Embora o enunciado tenha se referido apenas aos herdeiros, em diversos julgados o próprio Superior Tribunal de Justiça reconhece a legitimidade tanto dos herdeiros quanto do espólio para pleitear a indenização por danos morais causados ao falecido. Não há exclusão entre

espólio e herdeiros para ocupar o polo ativo de demanda indenizatória. A legitimidade dependerá do momento em que ajuizada a ação de indenização.

Considerando que o propósito do espólio é representar a herança (conjunto de bens deixado pelo falecido), conclui-se que ele atuará enquanto não ocorrer a partilha dos bens. A partir do momento em que se realiza a divisão do patrimônio, os herdeiros passam a ser os legitimados a atuarem em juízo no interesse da herança, com base no direito sucessório.

Os próprios julgados que serviram de referência para a edição da Súmula 642 do Superior Tribunal de Justiça afirmam que o direito à indenização por danos morais sofridos pelo falecido transmite-se com o óbito, possuindo o espólio e os herdeiros legitimidade para ajuizar a demanda indenizatória:

Embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio e os herdeiros legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo *de cujus*. STJ. 3ª Turma. REsp 1040529/PR, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 02/06/2011.

O espólio e os herdeiros possuem legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação indenizatória por danos morais em virtude da ofensa moral suportada pelo *de cujus*. STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 1567104/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 29/06/2020.

Jurisprudência em Teses do STJ (Ed. 125). Tese 5: Embora a violação moral atinja apenas os direitos subjetivos do falecido, o espólio e os herdeiros têm legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a reparação dos danos morais suportados pelo *de cujus*.

Quando o espólio ou os herdeiros dão continuidade à demanda indenizatória já iniciada pelo falecido em vida, verifica-se a existência de sucessão processual, havendo, portanto, legitimação ordinária superveniente.

Por outro lado, quando se der início à demanda indenizatória por dano sofrido pelo falecido antes do óbito, constata-se que o espólio ou os herdeiros estão buscando resguardar direito ao ressarcimento, que integra o próprio patrimônio do morto. Neste caso, atua-se em legitimação ordinária originária.

2. Dano moral em razão da morte e dano moral *post mortem*

O direito da personalidade é vitalício e intransmissível. Consequentemente, com o falecimento de uma pessoa, encerram-se seus direitos de personalidade. Por isso,

a indenização por morte de outrem é reclamada *jure proprio*, pois ainda que o dano, que recai sobre a mulher e os filhos menores do finado, seja resultante de homicídio ou acidente, quando eles agem contra o responsável, procedem em nome próprio, reclamando contra prejuízo que sofreram e não contra o que foi irrogado ao marido e pai.⁶

Portanto, considerando que estarão pleiteando indenização por dano moral em razão do falecimento do ente querido por direito próprio (lesão indireta), conclui-se que se trata de legitimação ordinária originária.

Além do próprio evento morte, é possível que haja violação à memória do falecido, configurando dano à moral do *de cuius* e, também, lesão indireta aos seus sucessores. Explica Maria Helena Diniz:

No caso de dano moral, pontifica Zannoni, os lesados indiretos seriam aquelas pessoas que poderiam alegar um interesse vinculado a bens jurídicos extrapatrimoniais próprios que se satisfaziam mediante a incolumidade do bem jurídico moral da vítima direta do fato lesivo. Ensina-nos De Cupis que os lesados indiretos são aqueles que tem um interesse moral relacionado com um valor de afeição que lhes representa o bem jurídico da vítima do evento danoso. P. ex.: o marido ou os pais poderiam pleitear indenização por

injúrias feitas à mulher ou aos filhos, visto que estas afetariam também pessoalmente o esposo ou os pais, em razão da posição que eles ocupam dentro da unidade familiar.⁷

Neste caso, não se trata de transmissão de pretensão indenizatória, como ocorre em caso de dano impingido durante a vida do falecido (art. 943 do Código Civil), mas de lesão carreada indiretamente aos seus sucessores. Portanto, há dano moral causado ao falecido que, reflexamente, ensejou lesão a direito da personalidade dos sucessores, este sim objeto de compensação por meio de ação indenizatória a ser ajuizada por eles, em legitimação ordinária. Ou seja, não se trata de pretensão indenizatória que foi transmitida com a herança, mas de interesse próprio destes sucessores à compensação pelo mal que lhes foi causado indiretamente. Tal legitimidade tem por fundamento a norma do art. 12, parágrafo único, e art. 20, parágrafo único, do Código Civil.

Nesse sentido, foi aprovado o enunciado 400 do CJF, na V Jornada de Direito Civil:

ENUNCIADO 400 – Arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único: Os parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 asseguram legitimidade, por direito próprio, aos parentes, cônjuge ou companheiro para a tutela contra lesão perpetrada *post mortem*.

Sendo assim, nesta hipótese, tratando-se de pretensão originária dos próprios sucessores, não há que se falar em legitimidade do espólio para ajuizar a ação de indenização. Deveras, se o pleito se refere a lesão sofrida, ainda que indiretamente, pelos herdeiros, não cabe a atuação do espólio, cuja função se restringe a resguardar os interesses deixados pelo falecido, desde a abertura da sucessão até a partilha. Nesse sentido há decisão do Superior Tribunal de Justiça⁸.

O espólio somente terá legitimidade para pleitear indenização por dano moral caso a violação ao direito da personalidade do falecido tenha ocorrido antes de sua morte, visto que, neste caso, integrará o patrimônio por ele deixado.

Por outro lado, em se tratando de dor e sofrimento acarretado pela morte da pessoa ou de ofensa à memória do falecido, serão os herdeiros, e não o espólio, os legitimados para propor a ação indenizatória, visto que a lesão terá incidido sobre direito próprio, ainda que de forma indireta⁹. Trata-se de legitimação ordinária, pois pleiteiam em nome próprio um direito próprio.

A pretensão por direito próprio dos herdeiros não exclui a pretensão à indenização transmitida pela herança

Existe corrente doutrinária que defende que a legitimidade para pleitear a indenização por dano moral *post mortem* decorreria da transmissão do direito de personalidade do falecido como parte da herança deixada e, por isso, somente os herdeiros, dentro da ordem legal de sucessão, poderiam buscar a tutela jurisdicional. Contudo, conforme anteriormente estudado, o direito da personalidade tem como característica a intransmissibilidade, por ser personalíssimo, sendo que somente alguns aspectos patrimoniais podem ser objeto de transmissão.

Por conseguinte, deve-se afastar tal entendimento para fazer prevalecer que o dano moral contra o falecido possibilita o pedido de indenização por indiretamente afetar direito próprio de pessoa próxima ao *de cuius*. Não há se falar em transmissibilidade de direito de personalidade e sucessão de legitimidade para se pleitear indenização por dano moral. De fato, aquele que requer compensação por lesão a direito de personalidade do falecido o faz não por ter herdado tal direito, mas por ter sido indiretamente atingido em sua própria esfera pessoal. Por isso, não é cabível falar-se em aplicação da ordem de sucessão hereditária à legitimidade para se pleitear a indenização por danos morais sofridos pelo falecido.

Segundo a doutrina majoritária, o rol de lesados indiretos é exemplificativo, visto que o seu fundamento é o afeto, e não um vínculo biológico. Assim, não se aplicará a ordem de vocação sucessória: cada um poderá promover a sua ação e cada um poderá provar o seu dano. Consequentemente, as indenizações não serão iguais e não necessaria-

mente devem corresponder à proximidade do parentesco com o *de cuius*¹⁰.

Com a mesma lógica, tem decidido o Superior Tribunal de Justiça¹¹, reafirmando a possibilidade de danos morais indiretos e fixando a desnecessidade de comprovação de dependência econômica para se pleitear a respectiva indenização.

De todo modo, apesar de se tratar de rol exemplificativo de legitimados para a ação de indenização por danos morais indiretos, prevalece que os parentes mais próximos possuem presunção em seu favor:

Ter-se-á sempre uma presunção *iuris tantum* de dano moral em favor dos ascendentes, descendentes, cônjuges, companheiros (Enunciado n. 275 do CJF, aprovado na IV Jornada de Direito Civil), irmãos, inclusive de criação (RT, 791:248), em caso de ofensa a pessoas da família. Essas pessoas não precisariam provar o dano extrapatrimonial, ressalvando-se a terceiros o direito de elidirem aquela presunção. Os demais parentes, amante (sendo impuro o concubinato), noiva (RT, 790:438), amigos, poderiam pleitear indenização por dano moral, mas terão maior ônus de prova, uma vez que deverão provar, convincentemente, o prejuízo, como consequência direta da perda sofrida, e demonstrar que se ligavam à vítima por vínculos estreitos de amizade ou de insuspeita afeição.¹²

A pretensão por direito próprio dos herdeiros não exclui a pretensão à indenização transmitida pela herança. Se o falecido sofreu violação a direito da personalidade durante a vida, a indenização devida poderá ser buscada pelo espólio, ou pelos herdeiros, após a partilha (legitimação ordinária originária ou sucessão processual).

Por outro lado, caso o dano moral tenha ocorrido com a morte ou posteriormente, caberá aos lesados indiretos requerer a compensação (legitimidade ordinária).

Por se tratarem de pretensões com origem distintas, nada impede que sejam concretizadas concomitantemente, de forma independente.

Conclusão

Os direitos da personalidade, inerentes a todos os seres humanos, têm por característica a intransmissibilidade, pois são personalíssimos. Desse modo, após o encerramento da existência da pessoa, entende-se que seus direitos de personalidade também deixam de existir. Não obstante, é possível que a violação moral do indivíduo que já faleceu repercuta na esfera de direitos das pessoas que lhe eram próximas, gerando a possibilidade de se pleitear a compensação por eventuais lesões causadas de forma indireta: danos morais em ricochete.

Sendo assim, de forma clara, a legitimidade para se requerer indenização por dano moral sofrido pelo *de cuius* dependerá do momento em que a violação ocorreu e de quando é exercida a pretensão indenizatória.

Primeiramente, se em vida o falecido sofreu dano moral e não pleiteou a compensação, o espólio ou os herdeiros, após a partilha, poderão pleitear a indenização em juízo. Caso o *de cuius* já tenha ajuizado ação indenizatória em vida, mas faleceu durante o curso do processo, caberá a sucessão processual pelo espólio ou herdeiros.

De outro lado, na hipótese de violação a direito da personalidade do falecido após a sua morte, não mais será possível falar-se em pretensão do *de cuius* em receber indenização, sendo apenas cabível a reparação a lesão indireta causada reflexamente às pessoas que lhe eram mais próximas. Neste caso, tratar-se-á de legitimidade ordinária, ou seja, exercida por interesse próprio, para a proteção de direito próprio, não havendo que se falar em legitimação extraordinária. Esse é o entendimento que vem prevalecendo no Superior Tribunal de Justiça, conforme mencionado no corpo deste trabalho.

Conclui-se, portanto, que a legitimidade para se pleitear indenização por danos morais sofridos por pessoa já falecida será daquelas pessoas que mantinham forte vínculo afetivo com o *de cuius* e, em razão de violação a direito da personalidade do morto, foram reflexamente lesadas.

Notas

1. Livia Nobuko Moriyama. Advogada. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Damásio de Jesus, em Direito Civil e Processo Civil pela UCAM, em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná.
2. Renata Bolzan Jauris. Juíza de Direito no TJPR. Professora da Escola da Magistratura do Paraná. Especialista em Direito Processual pela UNAMA e mestre em Direito Negocial pela UEL.
3. STJ – Terceira Turma – RECURSO ESPECIAL nº 931.556 – RS (2007/0048300-6), Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 17/06/2008
4. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 249.
5. STJ – REsp: 1143968 MG 2008/0284161-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 26/02/2013, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2013 REVPRO vol. 223 p. 412.
6. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 247.
7. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 248.
8. STJ – REsp: 1143968 MG 2008/0284161-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 26/02/2013, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2013 REVPRO vol. 223 p. 412. e STJ – REsp: 1209474 SP 2010/0148220-2, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 10/09/2013, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/09/2013.
9. STJ – RESP 521.697/RJ, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 16/02/2006, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/03/2006.
10. STJ – AgInt no AREsp 1290597 / RJ, Relator: LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), Data de Julgamento: 20/09/2018, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/09/2018
11. STJ AgRg no REsp 1212322 / SP, Relator: NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 03/06/2014, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/06/2014
12. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, pág. 248.

Referências

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Súmula 642 do STJ comentada*. DizerODireito, 9 de jan. de 2021. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2021/01/sumula-642-do-stj-comentada.html>>. Acesso em: 14 de jan. de 2021.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. *Teoria geral do novo processo civil*. 2 ed. – São Paulo: Malheiros, 2017.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 6: direito das sucessões*. 33 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil*. 33 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 11 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 8 ed. ver, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

De la administración de justicia a los tribunales inteligentes

Antonio A. Matino¹

Profesor emérito de las Universidades de Pisa (Italia) y Salvador (Argentina)

“Se todos quisermos, poderemos fazer deste país
uma grande nação. Vamos fazê-la.”

Joaquín José da Silva Xavier (Tiradentes)

Introducción

LA HISTORIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA es larga y conocida por lo tanto la omitiré.

Quiero solo remarcar que la idea de administración tiene que ver con la concepción europea de centralidad que permitió a Luis XIV crear una nación. Han pasado cuatro siglos y el mundo ha cambiado mucho.

Toda actividad humana necesita un contexto para ser comprendida y la inteligencia consiste en adecuarse rápidamente a los nuevos contextos. Esto permitió que los hombres sobrevivieran y progresaran.

Obviamente esto es también aplicable a la Justicia. No se puede ejercer la delicada función de juzgar fuera del contexto en el cual nos toca vivir. Y justamente por ser una tarea tan difícil y compleja exige no solo que quien la ejerce esté atento a los cambios de contexto sino también otee el futuro inmediato para ir perfilando la propia labor y dirigiendo la de los colaboradores judiciales, incluyendo a los más activos: los abogados.

En 1992 nació internet y con él un mundo nuevo. Comparable o superior a la creación de la imprenta. Pero no nos equivoquemos tenemos aún tres culturas vigentes: la oral en muchos países de la Tierra, la

escrita, que comulga la mayor parte y la digital que aún es patrimonio de pocos.

La Justicia debe estar ahí, no porque sea nuevo, no porque sea actual sino, como lo mostro la pandemia porque es necesario y urgente.

Se necesitó un genio para crear la biblioteca de Alejandría. Desde 1996, *Internet Archive* reúne prácticamente todo lo que se escribió y se filmó en 70 mil millones de bit².

Estar fuera de la cultura digital es estar fuera del mundo. La inteligencia artificial tuvo su primera etapa en los estudios que se hicieron de la lógica como base de razonamiento y gracias a lo cual nacieron los primeros sistemas expertos jurídicos³. Hoy se ha agregado el uso de la estadística porque hay una cantidad de datos extraordinaria, aun en materia judicial que puede (debe) ser aprovechada.

Los sistemas inteligentes nos hacen vivir vivimos en una época bisagra en la que conviven en el planeta Tierra las tres culturas: oral, escrita y cibernética. Pero esta última tiene una velocidad de desarrollo y una fuerza de expansión que no permiten los largos tiempos de la alfabetización.

Este es un mundo exigente ¡ahora! Y el derecho y muchas funciones del Estado no pueden esperar tiempos “razonables” de conocimiento. Los que queden a un lado serán el lumpen del futuro próximo: ¡no en 2100, en 2050!

Creo que somos muy afortunados de ser la única especie en este planeta que se las ha arreglado para leer y estudiar su propio genoma.

El tema de la IA, al ponerse de moda, ha invadido campos y agregado ruido, pero también ha servido para un uso más extendido, aunque no falto de críticas. Desde el uso en los frenos de nuestros autos hasta el manejo de todo el sistema de vacunas en diferentes países.

Obviamente esto trae problemas: muchas se deben a viejos miedos humanos, como el *golem* o el robot, pero algunos deben tenerse en cuenta, pues no es bueno solo porque es nuevo. Y aparecen problemas éticos a los cuales debemos prestar atención porque hay límites que ningún instrumento puede superar sin polucionar el fin que sigue siendo mejorar la vida humana.

Las computadoras son capaces de aprender y adaptarse a través de la experiencia. Es un método de análisis de datos que permite, a partir de

un proceso de aprendizaje, automatizar la construcción de modelos, mediante la detección de patrones y desvíos en conjuntos de datos. Permite analizar toda información que pueda ser representada en una serie de tiempo y efectuar cruces entre las diferentes variables para estudiar su comportamiento, detectando anomalías y haciendo posible predecir el comportamiento esperado a futuro.

1. Los modernos procesos en la Justicia

En el Poder Judicial se han logrado digitalizar los procesos en muchos países, con ahorro notable de tiempo y de energías, eliminar los procesos de papel y reducir las audiencias de prueba a una sola que es filmada. Incluso Estonia ha publicado que este año piensa poner en funciones a un juez que será un programa con capacidades para valorar argumentos y aplicar las normas en vigor.

Esto ha dado lugar a encendidas disputas sobre si es aceptable un robot como juez. Repárese en que no es necesario que sea un robot, basta un programa tan complejo como *Watson* y especializado⁴.

Generalmente, los gobiernos no son el mejor ejemplo de innovación en las tecnologías de la información y la comunicación o de la aplicación de nuevas tecnologías como la IA. Ott Velsberg, director de datos en el gobierno de Estonia, ha revolucionado el país, a sus 28 años, con la introducción de IA y *machine learning* en un plan que afecta a 1,3 millones de ciudadanos.

El gobierno estonio contrató a Velsberg el pasado agosto para encabezar un nuevo proyecto de implementación de IA en varios ministerios para simplificar los servicios ofrecidos a la población. Velsberg señala que utilizar la IA es crucial: “A algunas personas les preocupa que baje la calidad del servicio si reducimos el número de empleados. Pero el agente de inteligencia artificial nos ayudará”.

Estonia ya trabajaba en la implantación de IA antes de la contratación de Velsberg. Siim Sikkut, director de información de Estonia, comenzó varios proyectos piloto sobre ello en 2017. Hoy en día, Estonia ya ha implantado trece medidas de IA en las que se sustituye a trabajadores para ser más eficientes.

El proyecto más ambicioso y polémico del país tiene que ver con la creación de “jueces robot”. El Ministerio de Estonia ha pedido a Velsberg y a su equipo que implemente la IA en juicios menores, aquellos en los que hay disputas de € 7.000 o menos. La IA permitiría acelerar decenas de casos atrasados a los que los jueces y secretarios judiciales no pueden hacer frente actualmente.

Los “jueces robot” se encuentran todavía en una primera fase y se prevé una prueba piloto centrada en disputas contractuales a finales de año. Su aplicación funcionará de la siguiente manera: las dos partes cargarán sus documentos e información relevante del caso en una plataforma, donde la IA tomará una decisión que podrá ser apelada por un juez “humano”. El sistema todavía está en prácticas y Velsberg ha explicado que podría ajustarse según los comentarios que están recibiendo de abogados y jueces.

El país báltico es, posiblemente, idóneo para implantar los “jueces robot”. Estonia cuenta con una base de datos de 1,3 millones de ciudadanos con una tarjeta de identificación nacional por la cual se realizan servicios en línea, como el voto electrónico o la presentación digital de impuestos.

Este es otro tema importante: la identidad digital. Los países europeos están trabajando en este tema que permite identificar a una persona para hacer cualquier tipo de transacción en la administración pública.

Las bases de datos del gobierno se conectan entre sí por un sistema llamado *X-road*, una infraestructura digital que facilita el intercambio de datos. Además, los propios ciudadanos pueden verificar quién ha accedido a su información si así lo desean.

En cuanto a la seguridad, Tanel Tammet, profesor de informática en la Universidad de Tecnología de Tallin, señala: “La información privada y confidencial no está en manos del gobierno, sino en los bancos y las telecomunicaciones”. Por su parte, David Engstrom (Universidad de Stanford), experto en gobernabilidad digital, explica que los ciudadanos estonios pueden confiar en el uso de los datos digitales que realiza su gobierno, pero que en el futuro la situación podría cambiar “si la toma de decisiones basada en IA falla”.

Estonia no es el primer país en unificar la IA y la ley, aunque sí podría ser el primero en darle autoridad para tomar decisiones. En los Estados Unidos, por ejemplo, los algoritmos ayudan a recomendar sentencias penales en algunos Estados. El caso más conocido es el del *chat box* impulsado por DoNotPay, con sede en Reino Unido, que ayudó a anular 160.000 multas de estacionamiento en Londres y Nueva York en los últimos años.

China, el gigante asiático, presentó recientemente el llamado Tribunal de Internet de Pekín, un centro de litigios en línea en el que un juez de apariencia femenina, con cuerpo, expresiones faciales, voz y gestos, todo ello modelado sobre la base de un ser humano, que incluso “respira”, basado en la IA, resolverá litigios simples, aunque en esta primera fase funcionará de apoyo a los jueces de verdad.

El mencionado tribunal ha desarrollado el denominado *sistema de cadena de equilibrio*, en el que en todo el proceso de extracción y conservación de pruebas electrónicas puede comprobarse su trazabilidad y, por lo tanto, su veracidad.

Además, la jueza de IA –sobre la que las autoridades chinas afirman que es la primera en su género– tiene la capacidad de “estudiar” casos anteriores y verificar la jurisprudencia en tiempo real.

“La juez de inteligencia artificial ayudará a los jueces de la corte a completar el trabajo básico repetitivo, incluyendo la recepción de litigios basada en tecnologías inteligentes de síntesis de voz e imagen que permitirán a los profesionales poner toda su atención en los procesos judiciales”, informa Xinhua⁵.

Es decir, ya hay programas concretos para tener jueces autómatas y esto produce pánico. Una cosa es la ayuda a la decisión y otra la toma de decisiones por máquinas, sean estas programas o robots.

Lo primero que hay que hacer es quitar el papel de los juzgados sin olvidar que hay un solo punto en el que el papel aún tiene claras ventajas sobre cualquier medio digital y es el principal motivo para que aún su uso sea tan extendido: la portabilidad. Alcanzar la misma portabilidad universal de los documentos en papel es una ardua tarea a ser completada en el ámbito de los documentos digitales, sobre todo cuando son parte de una actuación.

2. ¿Que se espera de la Justicia?

El poder judicial es uno de los tres poderes de los estados constitucionales y se espera de él que administre justicia, esto es esa suprema contribución a la consecución de la paz social en supuestos concretos de controversia jurídica entre partes, se ejerce, en un estado de derecho, con la ley como pauta esencial a la que aquellos están constitucionalmente sometidos: de hecho, la sumisión del juez a la ley y al derecho es entendida como garantía esencial de éste frente a ataques a su independencia provenientes de terceros, pero también debe ser garantía ciudadana frente a la extralimitación de los jueces y magistrados, con el fin de evitar que sus decisiones se produzcan al margen de la ley o en virtud de criterios que, por legítimos que se quieran entender, rebasan las fronteras de la ley.

Primero, requiere de la existencia de procesos regulados en la ley, que no son sino modelos de comportamiento para aportar al juez las pretensiones y los hechos en que se basan, de suerte que puedan aplicar el derecho sobre una realidad que, por no ser parte del pequeño trozo de historia sometido a su consideración, no conocían previamente.

Segundo, de la puesta a su disposición de unos medios materiales de los que pueda valerse para desarrollar su trabajo, en un sentido lato (desde la existencia de una sede física, hasta la puesta a disposición de los materiales propios de la labor del jurista).

Tercero, de la existencia de medios personales o humanos, que auxilien al juez en el perfecto desempeño de sus quehaceres: esa es la razón por la cual los órganos jurisdiccionales cuentan con una serie de profesionales que, en la medida establecida en la ley, coadyuvan a la decisión judicial, desde el secretario judicial, hasta los miembros de los cuerpos de gestión, tramitación y auxilio procesal y administrativo. Todo ello conforma un marco complejo de elementos y relaciones jurídicas, tributarios todos ellos del acto final del juez, es decir, del acto de administración de justicia o, si se prefiere, de ejercicio de la función jurisdiccional.

Cada una de esas condiciones han sido tratadas y debatidas durante siglos y hoy tenemos ideas bastante concretas de cómo deben ser, respetando la organización legal y las tradiciones de cada país.

Los procesos regulados por la ley forman parte del frondoso acervo de las tradiciones procesales de cada país. Pero estamos viendo que –en general– no son adecuadas a las exigencias de una vida moderna en el siglo XXI caracterizado por levedad, rapidez, exactitud, visibilidad, multiplicidad y consistencia. Estas seis características no son tomadas al azar ni inventadas, fueron formuladas en 1984 por Italo Calvino en su célebre *Lezioni americane*⁶.

No alcanzaría el artículo para tratarlas todas, pero tomemos, por ejemplo, la rapidez, vale la pena leer al autor que dice “Ya desde mi juventud elegí como lema la antigua máxima latina *Festina lente*, apresúrate despacio”⁷ La velocidad ha entrado en nuestras vidas y hoy no tenemos tiempo para nada, todo se hace a tal velocidad que pocas veces tenemos tiempo para reflexionar, Twitter permite solo 184 caracteres.

La Justicia no puede ser lenta, pues se sabe que, si lo es, cualquier cosa resuelta es injusta, entonces debe dotarse de los elementos para ser rápida. Existen ya programas que pueden buscar en segundos todos los fallos precedentes sobre un caso y exponerlos en orden de importancia al que decide. Hay muchos, pero cito *Prometea*, porque lo conozco suficientemente, se usa ya útilmente en la ciudad de Buenos Aires y en la Corte Suprema colombiana⁸ y tiene un 96 % de efectividad.

Estamos hablando de segundos. Recuerden jueces y abogados de mi edad la desesperación de buscar todos los antecedentes con los plazos que vencían y la duda si habíamos olvidado (o no encontrado) alguno determinante para nuestro caso.

Y estamos en los albores, con las computadoras cuánticas que ya comienzan a fabricarse, búsquedas ciclópeas serán realizadas en décimas de segundo. ¿Y un juicio puede durar años? Es anacrónico e injusto.

La exactitud, Calvino la presenta: “Trataré ante todo de definir mi lema. Exactitud quiere decir para mí sobre todo tres cosas: Y un diseño de la obra bien definido y bien calculado; Y la evocación de imágenes nítidas, incisivas, memorables; en italiano tenemos un adjetivo que no

Los procesos regulados por la ley forman parte del frondoso acervo de las tradiciones procesales de cada país

existe en inglés, «icástico», del griego εικαστικός; Y un lenguaje lo más preciso posible como léxico y como expresión de los matices del pensamiento y de la imaginación”.⁹ Y se refiere a textos que tienen una semántica y una pragmática, mientras que la computación, como la lógica son sintácticas¹⁰.

La sintaxis exige precisión pues un solo error lleva a otra combinación, dicho de otro modo: la maquina no entiende. Eso lo vivimos día a día con nuestros teléfonos, el cajero automático del banco y me hacen recordar los esfuerzos que tenía que hacer para pronunciar correctamente en los países monolingües como Inglaterra y Francia. Muchas veces pensé que lo hacían a propósito para humillarme, luego comprendí que no entienden porque hablando y oyendo siempre el mismo idioma tienen un ventanuco muy estrecho para que entren los sonidos y puedan ordenarlos como una frase.

Con las maquinas el tema es más estricto, pues no tienen nada que entender o se realiza la operación sintáctica prevista o no hay reacción. Y no tiene importancia que cada vez podamos utilizar medios más sofisticados de traducción simultánea: eso mejora nuestras relaciones humanas, con las maquinas, nada.

Si como dice Calvino podemos ser icásticos, porque vamos a ser aproximativos en un mundo cada vez más exacto.

Si el mundo es exacto ¿por qué la Justicia podría ser aproximativa? Fíjense que hasta en los juegos se han puesto máquinas para verificar que se haya (o no) cumplido con la regla: el VAR en el futbol y el ojo de halcón en tenis y criquet¹¹.

3. ¿Qué tiene que cambiar?

Una respuesta apresurada seria “todo”. Pero es apresurada, no equivocada. Vayamos por partes: 1. Los edificios de los tribunales. En general son inadecuados, fueron pensados para una administración de justicia del siglo XIX, hay pocos adecuados para el siglo XX y estamos en la tercera década del XXI.

La mayor parte de los juicios se harán en forma electrónica y con una sola audiencia de prueba, aunque dure varios días. Debe ser de fácil ac-

ceso, con lugares para estacionar suficientes, con circulación interna fácil y rápida, con todas las conexiones en fibra óptica o en 5G o satelitales.

Donde se pueda acoger no solo a los funcionarios y litigantes sino a cualquier persona que quiera saber del estado de una causa o que necesite una información. La sociedad ya es protagonista de la vida social y los juicios deben hacerse de manera tal que serán eficientes, transparentes y fácilmente comprensibles.

Los edificios deben adaptarse a la nueva situación que alarga la horizontalidad y abrevia la verticalidad.

Los funcionarios deben ser capaces de cumplir con su función, deben poder actuar todas las máquinas y procesos de adquisición de datos y su elaboración de manera suelta. Tal vez deban hacer cursos. En la U.E. hay un concepto de subsidiariedad que tiene poco que ver con la versión jurídica de la palabra y mucho más con la política o sociológica: los problemas deben ser resueltos lo más cerca posible de donde se produjo, pero como son pragmáticos y el principio es de comienzo de este siglo siempre han dicho “con dos condiciones: 1. que existan los instrumentos y las conexiones del lugar con todos los centros que puedan interesar. 2. Que el personal esté capacitado para utilizarlo.

El actual ministro de la función pública italiana, Renato Brunetta, acaba de sostener que está muy bien que la pública administración se dote de todos los elementos técnicos que permite un país avanzado pero que lo importante son las personas que tienen que utilizarlos¹².

Los abogados y procuradores deben rever seriamente su propia formación. Creo sinceramente que deben revisarse a fondo las enseñanzas de derecho en todas las facultades del mundo. Creo que enseñan un derecho obsoleto y de manera anticuada, pero no es este el lugar para ocuparme del tema.

Si es recomendable para los funcionarios judiciales que hagan cursos de actualización para los abogados es obligatorio y los que primero deberían comenzar son los colegios de abogados tomando como ejemplo el de la American Bar Association, que en los años 90 cuando se dio cuenta que la informática jurídica era una materia necesaria en la profesión financió la creación de doscientas cátedras en la mayor parte de la universidades norteamericanas. Parecía una locura en ese momento por

el enorme gasto que suponía durante años para la asociación, en cambio fue una medida extraordinariamente oportuna que puso a los abogados norteamericanos en pocos años a nivel de los mejores del mundo y algo más.

El abogado debe saber sobre todo derecho, pero mucho procedimiento pues de su pericia dependen las suertes de sus representados, la suficiente informática aun superior como para estar anoticiado y poder seguir, en modo inteligente, la necesaria utilización de sistemas inteligentes en el proceso y en la expedición de consultas a sus clientes.

Los jueces serán los más solicitados en esta transformación. Deberán saber mucho derecho, si es posible tanto o más que los abogados pues su función es justamente dirimir conflictos aplicando la ley y muchísimo derecho procesal pues no pueden estar por debajo del conocimiento ni de los abogados ni de sus funcionarios.

No es que deban saberlo todo, pero si el modo de adquirirlo. Su formación en las nuevas tecnologías debe ser una revolución copernicana con respecto a lo poco que sabe el promedio de los jueces actuales. No hay que desanimarse: he visto con mis ojos los muchos jueces que hacen cursos de tecnologías de punta en los cuales participo. Cuantitativamente son una minoría de la minoría que sabe algo del tema, pero pronto serán acompañados pues no hay mejor maestra que la necesidad.

Mencionamos dos de las características que Calvino le asignaba al nuestro siglo y ahora vamos a agregar otra: visibilidad. Calvino citando a Dante dice que dentro de la fantasía llueve y nos muestra como toda la Comedia es un esfuerzo para hacernos ver el Infierno, Purgatorio y el Paraíso¹³. La visibilidad es una condición de nuestro tiempo y creo que se equivocaba mi viejo amigo y maestro Giovanni Sartori, no en el sentido que la sociedad que mira la televisión esta teledirigida –en eso tenía razón– sino en que fuese la única manera de ver el problema¹⁴.

Los jueces deben prepararse para una sociedad donde se requiere rapidez, exactitud y visibilidad. Hoy es fácil consultar desde casa un expediente y leer un proveído. Y lo puede hacer cualquiera que tenga acceso al mismo: abogados, jueces, funcionarios, partes, etc. Y eso es imparabile. Como la ley de supervivencia de Darwin, quien no se adecue perecerá y sabemos bien que hay muchas maneras de perecer.

La visibilidad requiere transparencia y no es casual que las directivas europeas estén exigiendo que cualquier fallo debe poder demostrarse el recorrido que llevo de los hechos al derecho y de este a la solución¹⁵. Algunos pretenden que en definitiva aparezca un juez humano tomándose la responsabilidad de la decisión. Es difícil hoy decir con seguridad cual es el mejor procedimiento, pero es seguro que debe ser transparente.

Nos ha tocado esta época bisagra entre una administración de Justicia que todavía resiente de la versión decimonónica y una Justicia inteligente que recién muestra sus plumas. Así como no elegimos ni los padres ni el lugar de nacimiento, tampoco la época y no podemos controlar su desarrollo.

4. Que es la justicia inteligente

Hasta ahora, en Latinoamérica se han hecho grandes esfuerzos por pasar de la administración de Justicia antigua a una justicia digitalizada, los ejemplos abundan, pero no dudas que el país que mejor ha hecho las cosas es Brasil sea a nivel federal, sea a nivel estadual con una labor constante, persistente y coherente. Los resultados son buenos y ejemplificadores, pero está todavía en un molde viejo con uso eficiente de las nuevas tecnologías.

Con la tecnología 4.0 este esfuerzo de llegar al expediente electrónico no alcanza y no alcanza porque en otras partes de la administración pública se están logrando soluciones más completas y más acordes con las potencialidades a disposición. Por ejemplo, las ciudades inteligentes.

Singapur es una ciudad inteligente, como San Francisco, Londres, Copenhague, Tokio, Paris, Barcelona y Buenos Aires, se las llama también *Smart cites* y requieren la inversión social, las comunicaciones, las infraestructuras y el capital humano conviven en armonía con el desarrollo económico sostenible y se apoya en el uso integrado de las nuevas tecnologías. Además, comparten la información de que disponen con el ciudadano y otros actores de la ciudad para que puedan aprovecharse de esa información.

Son ciudades que a la tradicional organización administrativa vertical agregaron una horizontal que comprende a todos los actores, inclu-

yendo a los usuarios y que tienen *chabot* o sea sistemas inteligentes para comunicarse con el ciudadano en forma interactiva y con medios informáticos y permiten la participación social sea en el ya famoso presupuesto participativo creado en Porto Alegre, como la toma de decisiones por parte de iniciativa popular en Madrid decide o Buenos Aires elije.

Brasil tiene una carta brasileña de ciudades inteligentes¹⁶ o sea nadie puede decirse que la información no está. ¿Y si hay ciudades inteligentes por qué no puede haber una justicia inteligente?

La inteligencia consiste en usar las mejores soluciones para resolver los problemas que la vieja burocracia no consigue “La IA tiene una capacidad de procesamiento de información en grandes volúmenes que acorta los plazos burocráticos en una medida nada desdeñable porque, habitualmente, a mayor cantidad de causas y pocos decisores, más tiempo por caso”¹⁷, y hay que hacer perder el miedo a los funcionarios a que van a perder empleo. No, pero van a tener que aprender a complementar lo que saben con lo que pueden aprender.

Hay cinco pasos de ejecución de esta política pública de modernización del aparato judicial (despapelización, reclasificación documental, simplificación registral, revisión jurídica documental y reingeniería de los procesos), al cumplimentar los tres primeros se alcanzan objetivos muy importantes: mayor agilidad, eficacia, eficiencia y transparencia en la tramitación. Ahora bien, recién una vez cumplimentados los pasos cuarto y quinto estaríamos en condiciones de afirmar que se alcanzó una real simplificación de los procesos

Hoy lo que más abunda son los datos. Hay tantos que no tenemos los medios ni las personas adecuadas para procesarlos, pero esto no es un defecto sino una virtud: hay que aprender a usarlos. Un auto con cambios automáticos hoy aprende fácilmente como maneja el que lo uso y se va adaptando de tal manera que utiliza siempre más frecuentemente las soluciones que da el conductor. No es un milagro, simplemente hoy en los automóviles hay muchas partes que usan la IA para resolver problemas desde los frenos hasta el sistema de cambio automático.

Y es eso lo que debe usarse en una justicia inteligente: procesos que resuelvan en pocos minutos temas que hasta ahora requerían días y aprendan a hacer siempre a mayor velocidad, pero con más exactitud,

para eso hay que incluir en las formas de aprendizaje de la maquina la mayor parte de quienes lo usaran o serán sujetos de sus decisiones. Y esto por una razón curiosa: todos nosotros tenemos prejuicios¹⁸, obviamente no los podemos ver porque de lo contrario serian juicios, pero interactuando con otras personas de diferentes formaciones y hasta culturas aparecen fácilmente pues los unos detectan los de los otros. Esto requiere buena fe, si hay ideologías de por medio, se cae en la mala fe de creer que todo lo que uno cree es cierto mientras que es falso todo aquello que nos debela nuestro armado de guerra.

Y podemos usar procedimientos que sean eficaces, rápidos y exactos pues vamos aprendiendo con el uso cual es el resultado mejor que termina siendo inteligente para todo el proceso.

Poco a poco vamos aprendiendo que los algoritmos no son más que opiniones encerradas en cálculos lógicos, pero que teniendo el rigor de éstos evitan que sobre un mismo tema se tengan opiniones diferentes, simplemente porque cualquiera de los sistemas actuales de cálculo jurisdiccional que hemos ya enunciado está en condiciones de mostrarnos en segundos los resultados de todos los tribunales y doctrinarios que queramos consultar.

Por cierto que el sistema político y administrativo en el cual se inserta tiene su peso, no es lo mismo el sistema Compas, de Estados Unidos o el juez robot de Estonia que los jueces robots chinos, no desde el punto de vista científico pero si del contexto socio político donde se aplica: China es una dictadura y no deben rendir cuenta a nadie de sus actos y procedimientos, mientras que en los países democráticos es necesario agregar a la rapidez y la exactitud, la transparencia.

En manos de un Estado no democrático que pretende ordenar a la sociedad trabajando transversalmente un scoring de “trazabilidad ciudadana”, la aplicación de IA en la justicia es peligrosa porque queda vinculada con el “Sistema de Crédito Social” y el sistema de reconocimiento facial Yitu Dragonfly Eye. Se está construyendo un descomunal aparato de vigilancia estatal.

La despapelización es un paso importante para mejorar el sistema judicial. Los sistemas judiciales para ser rápidos, exactos y transparentes deben ser auditables y la auditabilidad requiere mucho conocimiento de

informática. Para que la transparencia no sea una quimera, un auditor o un ciudadano tienen que poder leer en forma sencilla y práctica las razones que fundan una decisión judicial, es decir que las “pistas de auditoría” deben ser simples. Los sistemas transaccionales solo permiten leer pantallas o impresos que reflejan lo que se guardó en una base de datos (que, por otro lado, es relativamente sencillo de modificar, aunque se tomen recaudos). En cambio, un documento firmado digitalmente que registra una transacción es inmodificable y resulta accesible para cualquiera; para comprenderlo alcanza con saber leer y no es necesario ser un experto informático.

Para ser exitosa, la solución informática a la necesidad de reforma de la burocracia judicial debe contener la forma en que actualmente operan los Estados inteligentes. Solo los sistemas de Gestión Documental Electrónica (GDE) pueden resolver enteramente el problema en un tiempo y costo razonables, empalmando el operatorio papel con una digital en una forma natural y no traumática, bajo la premisa básica de que posean todas las reglas del derecho procesal tanto para la confección de los documentos como para los contenedores documentales que se deseen usar.

5. El buen gobierno

El federalismo puede ser una buena receta política –depende de los casos– pero suele ser una pésima receta procesal con una multiplicación de tribunales y códigos de procedimientos que solo complican la vida en tribunales y alejan la razonable equivalencia que deben tener las resoluciones sobre los mismos casos

Son inteligentes aquellas organizaciones que hacen uso de los avances tecnológicos para mejorar su capacidad de dar respuesta al ciudadano y potenciar el trabajo conectando sus distintas áreas.

Frente a las necesidades normativas, el espíritu reformador se plantea los siguientes desafíos:

a. No entregarse a la tendencia a crear nueva normativa con la excusa de derogar aquella que, supuestamente, impide la modernización en algún aspecto de un proceso. Generalmente, esto es un mito. La mayoría

de las veces la reforma puede hacerse con la normativa vigente y, en todo caso, se trata de alcanzar una interpretación más audaz. Asimismo, hemos visto que en ocasiones se crea nueva normativa sin que esto implique la eliminación de pasos del proceso en cuestión.

b. No sucumbir ante la tendencia a crear normativa parcial, sin derogar totalmente la anterior y que requiere a los judiciales un trabajo de bordado o *patchwork* de artículos vigentes contra artículos derogados o parcialmente derogados. Esto resulta muy poco práctico. Se trata de promover, tal como recomienda la OCDE, que cada vez que se cree una normativa, en el mismo acto de creación, se eliminen dos anteriores¹⁹.

c. No ceder frente a la tendencia a elaborar normativa para la creación de registros, matrículas habilitantes, certificaciones necesarias para algún proceso, sin haber hecho el análisis de impacto en el mercado: ¿cuánto cuesta?, ¿cuánto demora?, ¿qué beneficios va a traer para la producción o para el ciudadano? Parece obvio, pero esto no sucede nunca.

d. No dejarse llevar por la tendencia a crear normativa procedural que no determine plazos de máxima a cumplir. Asimismo, se recomienda la inclusión o reforma del procedimiento administrativo de modo que se le dé al silencio de la administración el valor de otorgamiento o concesión de lo requerido.

Una interpretación “inteligente” se traduce en una mirada distinta de la norma en juego que permita encontrar ese espacio en el que puede insertarse el proceso de cambio, una conjugación innovadora de las normas existentes con una mirada de vanguardia de sus premisas.

Uno de los principales desafíos para la modernización consiste en establecer normativas o regulaciones aptas para la implementación y el desarrollo, como así también remover los obstáculos que la interpretación de la reglamentación vigente podría generar.

La primera parte del camino que se debe transitar requiere crear regulaciones que le den valor jurídico a los productos tecnológicos, en este caso, el documento o registro electrónico: reconocerles la equivalencia legal y aún más, hacer que se vuelva el único formato que tenga valor legal. De lo contrario, se produce el mismo efecto que en la teoría económica con la ley de Gresham, donde la moneda mala (en este caso, el papel), desplaza a la moneda buena (el documento o registro electrónico).

La segunda parte requiere poner la mente jurídica al servicio del cambio, interpretando de manera favorable los desafíos implicados, ya que el derecho no debe estar ajeno a las realidades sociales. Si bien esto puede ser más lento en algunos casos, no debería ser obstáculo para que se implemente una buena administración y, por ello, los principios de un buen gobierno deben estar al servicio de este objetivo. Los principios del buen gobierno se encuentran en varios cuerpos jurídicos: constituciones, leyes, decretos y otros, y en ninguno de ellos se condena a la administración pública a prestar servicios inaccesibles, ineficaces o ineficientes. En ninguno de ellos se obliga a las altas autoridades de la administración pública a defender esos desvalores.

Todo lo contrario, los principios del buen gobierno son principios irrenunciables, obligatorios para cualquier funcionario público y requeridos por la sociedad. El juez es un funcionario público altamente calificado para realizar una tarea difícil, no puede ignorar el buen gobierno.

Lograr una Justicia inteligente implica el tránsito desde un gobierno electrónico –en el cual se cuenta con un capital tan valioso como son los datos–, a un nuevo estadio en el que –haciendo uso de los mismos, de la información que se obtiene a través de ellos y de la inteligencia que les puede ser aplicada– será posible contar con herramientas novedosas que reemplazarán o complementarán el accionar humano en la tramitación judicial, promoviendo una jurisdicción más eficiente en su desempeño en la medida en que se podrán desarrollar documentos que posean inteligencia en la base de su generación.

Este es un caso emblemático de interoperabilidad de servicios públicos y uno de los factores clave para hacer posible la verdadera transformación digital puertas adentro y puertas afuera de la órbita estatal, y para dar el salto cualitativo hacia un nuevo paradigma de Estado. El intercambio de información entre el Sector Público Nacional y el Poder Judicial es constante, necesario y debe ser rápido, para ayudar a la celeridad de los juicios y el acceso a la justicia.

Es sabido que el Poder Judicial necesita de una transformación profunda para mejorar su funcionamiento, con la finalidad de lograr una tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos.

Con las herramientas informáticas actualmente disponibles es posible alcanzar un gobierno inteligente, que tome sus decisiones programadas y no programadas basándose en información confiable, y no en meras presunciones o preconcepciones del pasado, que logre medir los impactos de sus políticas y que retroalimente positivamente la información, convirtiéndola en un activo de la organización, y creando así un círculo virtuoso. Este nuevo Estado moderno debe resultar simple, ágil, confiable, cercano, transparente, participativo y, sobre todo, inteligente.

Lo que debemos lograr, en síntesis, es el pasaje del paradigma de un gobierno electrónico al de un gobierno *inteligente* que esté realmente al servicio de la gente y no de sus propios intereses.

En definitiva, no se trata de algo tan complicado. Es cierto que es complejo porque abarca toda la judicatura desde su organización, los lugares donde actúa, los funcionarios y jueces que la componen, los abogados y demás colaboradores de justicia y las partes y en definitiva toda la sociedad. Pero hoy cualquier enfoque es necesariamente holístico pues no se puede resolver una parte sin saber que va a hacer la que está al lado y que consecuencia tendrá con las que están debajo o vinculadas. Se impone una visión sistémica y un enfoque sistémico de cualquier método de modificación y actualización no solo de la Justicia sino de cualquier parte del Estado.

Y no puede posponerse pues necesitamos una Justicia rápida, eficiente, exacta, transparente e inteligente, ahora.

Notas

1. Antonio A. Matino. Miembro de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires. Profesor emérito de las Universidades de Pisa (Italia) y Salvador (Argentina).
2. En febrero de 2021, el Archivo de Internet contiene más de 29 millones de libros y textos, 8,7 millones de películas, vídeos y programas de televisión, 629.000 programas de software, 16 millones de archivos de audio, 3,8 millones de imágenes, 224.000 archivos de audio y 534.000 millones de páginas web en la Wayback Machine. www.Internetarchive.org
3. En 1986 con Carlos Alchourron creamos SRL (sistema de Razonamiento Legal) McCarty y Sridharan crearon el más famoso Taxman sistema experto fiscal.

4. Watson es un programa de IBM que tiene un extraordinario uso del lenguaje natural y que es usado no solo por IBM sino por todos aquellos que construimos sistemas inteligentes. Personalmente lo estoy usando en un programa que se llama Pequeño razonador jurídico.
5. IA: China y Estonia se encuentran a la cabeza del desarrollo de «jueces virtuales» basados en la Inteligencia Artificial (IA). <https://tech.asufin.com/2019/10/14/ia-china-y-estonia-se-encuentran-a-la-cabeza-del-desarrollo-de-jueces-virtuales-basados-en-la-inteligencia-artificial-ia/>
6. Con la genialidad y anticipación que corresponde al artista, Calvino las escribió para unas conferencias que debía dar en Cambridge, USA pero a las que no llego porque se murió antes. Italo Calvino, *Lezioni americane*, Oscar Mondadori, Milan, 1985.
7. P. 31 de la versión española publicada por Ciruela, *Seis propuestas para el próximo milenio*, Barcelona, 1986.
8. es un sistema argentino de inteligencia artificial multicapa, desarrollado en conjunto por el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Facultad de Derecho de la UBA, con el objetivo de agilizar la justicia y permitir un mejor uso de los recursos. Posee un 96% de efectividad.
9. Opus cit. P. 35. Icástico también existe en español. Ver www.rae.es
10. Carlos E. Alchourron & Antonio A. Martino, *Lógica sin verdad*, Theoria: Revista de Teoría, Historia y Fundamentos de la Ciencia 3 (1-2):7-43 (1987).
11. Téngase en cuenta que las reglas son muy distintas: en el fútbol para que se conceda un gol la pelota debe haber penetrado en el arco totalmente, mientras que en tenis basta que algún pelo de la pelota haya tocado la línea para que se considere hecho.
12. Ver diario Republica del 23 de marzo 2021.
13. Calvino, opus cit. P. 91.
14. Giovanni SARTORI. *Homo videns: la sociedad teledirigida*. Madrid: Santillana, S.A. Taurus, 1998,
15. Hay algunos procesos que se encargan a redes artificiales que no resultan claros porque se llegó a la solución establecida. Esto que puede convenir en una industria es intolerable en un tribunal.
16. https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/desenvolvimento-regional/projeto-andus/carta_brasileira_cidades_inteligentes.pdf
17. Mario Adaro, juez de la Corte Suprema de Mendoza, Argentina en la primera Cumbre Iberoamericana de Inteligencia Artificial, en la sede del MIT (Boston).
18. Ortega y Gasset decía que “las ideas se tienen” mientras que “en las creencias se está”. *Ideas y creencias*, 1942. Madrid.
19. Recuerdo, porque fui protagonista, la creación del Digesto Jurídico argentino: un trabajo de 14 años con medios informáticos que permitió revisar 32000 leyes y descubrir que estaban en vigor solo 3144 y 28.937 estaban derogadas. Logramos que la comisión bicameral prevista lo aprobara y que se convirtiese en la ley 26.939 en el 2014. Jueces y abogados argentinos han encontrado la manera de no aplicarla y seguir con las veintiocho mil leyes derogadas, que todos saben que están derogadas. *Sic transit gloria mundi*.

Inovação, propriedade intelectual e desenvolvimento*

Luciano Timm¹

Professor da FGVSP. Doutor e Mestre em Direito

Renato Caovilla²

LLM em UC Berkeley MBA FGV

Introdução

A INOVAÇÃO TECNOLÓGICA EXERCE SUBSTANCIAL PARCELA de responsabilidade na intensificação do processo globalizatório. Dela podem derivar novas estruturas, novos arranjos organizacionais e geográficos, produtos e processos.

O processo de integração econômica global exige a minimização do atrito existente entre os espaços de origem, meio e destino daquilo que, em um espaço de trocas de dimensões globais, é transferido.

As diferentes regiões do globo estão, na atualidade, mais estreitamente ligadas do que jamais estiveram, não só nos campos da troca, do comércio e das comunicações, mas também quanto a ideias e ideais interativos³.

O processo de integração econômica global não é um fenômeno recente. Ao reverso, está em voga, entre ampliações e retrações, há milhares de anos. Com efeito, em termos de detecção de características de integração econômica, há quem refira que o processo de globalização já ocorria há mais de 2000 anos em Roma⁴.

Aproximadamente um milênio e meio após, no final do século 15, no Velho Mundo, os navegadores comandados por Cristovão Colombo, Vasco da Gama e demais exploradores de novos tesouros deram início a um período de comercialização entre localidades ainda mais distantes

entre si. Com isso, “o mundo já não podia ser visto como se estivesse centrado no Mediterrâneo”⁵. Tal pode ser considerado o segundo passo rumo à integração econômica global.

Os caminhos marítimos abertos pelos exploradores facilitaram o desenvolvimento de um próspero comércio intercontinental. Muito do movimento dessas trocas resultou em poder das companhias de comércio criadas pela Inglaterra e pelos holandeses⁶.

A terceira onda da globalização, ocorrida entre os anos de 1870 e 1914, foi possibilitada em razão dos custos decrescentes de transporte e da redução das barreiras tarifárias⁷. Nessa época, a principal vantagem comparativa dos países em desenvolvimento no mercado internacional era a mão de obra farta e barata e a abundância de terras.

Nesse período pré-primeira guerra mundial, o sentimento de progresso crescente era incapaz de ser abalado. O ritmo das invenções era frenético. A difusão das rodovias, os automóveis, as comunicações, os avanços na área médica, a distribuição de água potável, a elevação da expectativa de vida, ou seja, o desenvolvimento de inovações parecia ser impassível de obstáculos⁸. Entretanto, toda a pujante atividade comercial da época resultou prejudicada com a ebulição das duas grandes guerras mundiais e, também, em razão da Grande Depressão, o que fez com que os países fechassem as suas economias ao comércio internacional.

As nefastas consequências da errônea medida de fechar-se para crescer, tomada pelos países após a primeira guerra, fizeram com que, para que pudessem contorná-las, tomassem o caminho inverso, vale dizer, abriram as suas economias. Além da reabertura dos países para o comércio internacional, outro fator impulsionou a integração econômica global, a saber, a queda nos custos do transporte, que no final dos anos 1970 declinaram em mais um terço.

A reedição comercial internacional após a segunda guerra mundial proporcionou a troca de produtos (bens e serviços) mais do que os movimentos de capital e de mão de obra. Nesse período, acentuou-se a especialização internacional da produção, a qual derivou da existência de vantagem comparativa⁹.

Contudo, nem todos os países participaram de tal processo, nesse quarto estágio de globalização. A combinação persistente da interpo-

sição de barreiras comerciais, tanto entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento quanto entre os próprios países em desenvolvimento, aliada a um ambiente desfavorável ao investimento e às políticas anti-comerciais, limitou a participação dos países em desenvolvimento no processo de integração econômica global¹⁰, em oposição ao ocorrido nos países desenvolvidos¹¹.

A partir de 1980, os países em desenvolvimento passaram a fazer parte do mercado global de produtos manufaturados e de serviços. Na medida em que implementaram reformas no setor do comércio, começaram a alcançar o mercado internacional e, via de consequência, iniciaram um período de rápido crescimento, passando de um média de desempenho econômico de 2,9%, em meados dos anos 1970, para 5% ao longo da década de 1990¹².

Nas últimas décadas, tem-se verificado a aceleração do processo de redução de distâncias, o achatamento do globo¹³. A fulcral ferramenta para tanto foi, e continua sendo, o desenvolvimento tecnológico, mais especificamente a tecnologia da informação.

Essa tecnologia informa os sistemas de transporte e de comunicação, transportando átomos (matéria) e transferindo bits. É interessante notar a diferença entre os sistemas, principalmente em relação à informação. No século 19, a informação chegava até onde o fazia o meio de transporte. Foi com a tecnologia elétrica que as informações passaram à independência do contato físico. Na atualidade, a informação, mais do que transportada, é transferida¹⁴.

Tal sinergia é facilitada pela própria natureza do processo de inovação. Em razão de ser baseado em informações e em conhecimento (insumo, meio produtivo e produto), o referido processo vale-se da possibilidade de digitalização, estocagem, recuperação, transmissão e análise da informação contida (e ocupando cada vez mais espaço di-

O fato de que as inovações podem ser reduzidas a informações faz com que essas diferentes áreas se comuniquem em uma mesma linguagem, facilitando, sobremaneira, a interação

gital em menor espaço físico) em todas as invenções, para relacionar o desenvolvimento de novos processos e produtos (bens e serviços) em diferentes áreas científicas.

O fato de que as inovações podem ser reduzidas a informações faz com que essas diferentes áreas se comuniquem em uma mesma linguagem, facilitando, sobremaneira, a interação. O valor das externalidades de rede da aplicação de um produto em particular reside em sua habilidade de facilitar a comunicação e a interação entre os consumidores-usuários desse produto ou, conforme assinalado por Lemley, “o benefício de um comprador é o acesso de outro comprador”¹⁵. Por exemplo, não há grande valor para um consumidor ter um telefone celular se somente ele tem um aparelho desse tipo, porque, em razão disso, ele não consegue se comunicar. Ao reverso, o crescimento do número de usuários de telefones celulares faz expandir a sua rede instalada e, dessa forma, aumenta o seu valor. São exemplos típicos de produtos com externalidade de rede o e-mail, fax, telefone, a *internet*.

As inovações aplicadas aos processos produtivos revolucionaram a economia e a sociedade, proporcionando novas maneiras de organizar e realizar os processos de produção e distribuição, tornando-os cada vez mais descentralizados. Como corolário dos novos processos de produção, os quais, na era industrial (precedente à economia das ideias), baseavam-se em novas fontes de energia, transformaram o resultado da produção (bens e serviço)¹⁶.

Na economia das ideias, o conhecimento é insumo, processo e produto. Na antiga economia, o resultado de um processo de produção e, portanto, o objeto que se comercializava eram “recursos congelados”, significando “uma grande quantidade de material unida por um pouco de conhecimento”. Na economia do conhecimento, ao contrário, comercializa-se “conhecimento congelado”, vale dizer, “uma grande quantidade de conteúdo de conhecimento em uma pequena caixa”¹⁷.

O conhecimento materializa-se na forma de um novo processo, do qual resultará, por certo, um novo produto. Mas esse produto, não raro, compõe um novo processo produtivo. Por exemplo, dota-se um chip de valor apenas se tiver a capacidade para melhorar a performance de uma máquina, que visa a desenvolver um melhor produto ou serviço.

Ainda, uma célula geneticamente modificada terá o seu significado na interação com as demais partes do corpo humano. Em assim sendo, as revoluções tecnológicas – e a atual, baseada na intangibilidade, não é diferente – constituem-se de inovações, cujos resultados são produtos, serviços e processos, com a característica de que, com frequência, os primeiros (produtos e serviços) integram o último (processo)¹⁸.

A globalização requer a transformação dos insumos, dos meios e do produto da produção, e, no atual contexto tecnológico, por ser o conhecimento elemento que permeia todos os níveis de produção, o conhecimento acaba por atuar e transformar a si mesmo.

Desde Adam Smith, os economistas vêm percebendo que o tamanho do mercado¹⁹ tem relevância para o crescimento econômico. Nesse sentido, tem-se que quanto maior o mercado, maior o fluxo de ideias, maiores as chances de investimentos em projetos de alto custo fixo e, ainda, mais sofisticada resulta a especialização do trabalho.

Tal realocação produtiva ocorre por questões de eficiência²⁰, o que é possibilitado pelo fato de as barreiras tarifárias terem sido reduzidas, pela redução dos custos do transporte²¹, mas, principalmente, pela inserção dos ativos intangíveis, em pleno acontecimento da “economia das ideias”, tanto na condição de *inputs* quanto de *outputs*. Por certo, como assevera Varian²², resulta mais fácil deslocar *bits* do que átomos.

O capital intelectual, no final do século 20, desponta como o fator diferenciador do desempenho dos agentes econômicos e, por via reflexa, da economia de um país. A Era Industrial foi substituída pela Era do Conhecimento. Aquela era baseada em recursos físicos; esta estriba-se no conhecimento²³.

O valor dos produtos na economia do conhecimento está intimamente relacionado ao desenvolvimento dos projetos que os geram. No século 20, o aço era o principal produto manufaturado. Na economia da informação, este papel é exercido pelo microchip. O valor do chip não advém do esforço físico empregado em sua produção, como ocorre com o aço. Ao reverso, o material utilizado na fabricação do chip é o silício, vale dizer, a areia, e em pouca quantidade. O valor do chip está no projeto de seu desenvolvimento, bem como no projeto das máquinas que o produzem.

Em assim sendo, nota-se que a informação e o conhecimento transformaram, e continuam a fazê-lo em elevada velocidade, tanto a produção quanto aquilo que é produzido. Reunir as várias etapas do processo produtivo sob um mesmo teto somente continua a fazer sentido em países nos quais as instituições não sejam fortes o suficiente para fazer com que os contratos e os direitos de propriedade dos agentes econômicos resultem cumpridos²⁴. Isso porque os avanços em termos de logística, a digitalização da informação e as tecnologias da informação e da comunicação permitem que as etapas da cadeia produtiva sejam terceirizadas²⁵.

Dessa forma, a intangibilidade do capital faz com que, hodiernamente, o poder econômico e de produção de uma corporação dependa mais de sua produção intelectual do que de seus ativos físicos²⁶. A intensidade do desenvolvimento da ciência e tecnologia; a redução dramática do tempo requerido para o desenvolvimento tecnológico e incorporação dos resultados ao processo produtivo; a redução do ciclo de vida dos produtos no mercado; a elevação dos custos de pesquisa e desenvolvimento e dos riscos implícitos na opção tecnológica, tudo isso criou uma instabilidade que aumenta a importância da proteção à propriedade intelectual como mecanismo de garantia de direitos e de estímulo aos investimentos.

O conhecimento tornou-se o principal ingrediente do que é produzido, comprado e vendido. Tal como areia em casa de praia, a informação encontra-se em todo lugar. Em vista disso, a questão passa a ser como encontrar, estimular, armazenar, vender e compartilhar o capital intelectual. Afinal, como estimular a transformação do conhecimento em inovações?

O presente ensaio analisa o mecanismo de desenvolvimento de inovações pela via da proteção aos direitos de propriedade intelectual. Para tanto, vale-se do método da análise econômica do direito, verificando-se, em primeiro lugar, o surgimento do *law and economics*, as suas premissas básicas e as suas dimensões.

Após, passa-se ao emprego de algumas das ferramentas da análise econômica do direito para examinar o estímulo conferido pela propriedade intelectual na promoção de inovações.

Por fim, analisa-se o estado da inovação no Brasil e verifica-se que as ferramentas da análise econômica do direito, em relação à propriedade intelectual, podem ser aplicadas ao contexto empresarial brasileiro, havendo, ainda, espaço para o seu melhor aproveitamento.

1. O movimento de direito e economia (*law and economics*)

Os estudos acerca de direito e economia começaram muito antes da existência do movimento, tal como o compreendemos hoje, de “Direito & Economia”²⁷. Vale dizer, o direito vem sendo combinado com o pensamento econômico há muito tempo, mas a combinação entre direito e teoria econômica, em que aquele utiliza esta para resolver problemas jurídicos, demonstra-se recente.

No que tange às relações entre direito e economia, estas partiram justamente de economistas interessados não em melhor interpretar o direito, mas em melhor compreender o funcionamento do sistema econômico²⁸. Assim, abordagens econômicas do direito podem ser encontradas no utilitarismo de Cesare Bonesana e de Jeremy Bentham, no século 18; na economia política de Adam Smith, em 1776, e de Karl Marx, no século 19; bem como na Escola Institucionalista norte-americana, associada ao trabalho de John R. Commons, de 1929²⁹.

Contudo, é a partir dos anos 60 do século 20 que surgem escritos que lançam a moldura dentro da qual se enquadra o movimento de “Direito e Economia”, como é hoje conhecido³⁰. Nesse sentido, os trabalhos, de um lado, de Ronald Coase, da Universidade de Chicago, e, de outro, de Guido Calabresi, da Universidade de Yale, dissolveram a barreira de aplicação do ferramental da ciência econômica a algumas áreas do direito, mais evidentemente conectadas ao mercado, para estender tal conjunto de ferramentas e métodos econômicos a diversos campos jurídicos³¹.

De fato, a agenda de pesquisa de direito e economia, a partir dos anos 1960, voltou-se à aplicação de premissas e métodos da economia a institutos jurídicos centrais, tais como contratos, propriedade, responsabilidade e direito penal³².

A utilização das teorias, modelos e métodos da economia fez com que se modificasse a natureza do estudo do direito, o entendimento das normas e instituições jurídicas, bem como a prática do direito³³. Isso resulta demonstrado quando da verificação de que, nos anos 1990, pelo menos um economista compunha o quadro docente de alguma das mais consagradas faculdades de direito norte-americanas; as publicações da área jurídica devotam espaços para artigos envolvendo o tema de direito e economia; surgem publicações exclusivamente dedicadas a tal intersecção³⁴.

É possível que os legisladores e juristas, os juízes e advogados pensem, há um bom tempo, acerca da seguinte questão: *de que forma uma sanção estatal afetará o comportamento de um indivíduo?*

Ainda, o movimento de *law and economics* teve a sua relevância definitivamente reconhecida quando, nos anos de 1991 e 1992, dois de seus *founding fathers* foram os vencedores do Prêmio Nobel em Economia, a saber, Ronald H. Coase e Gary Becker, respectivamente.

Não bastasse este último ponto, constata-se que o artigo de Ronald H. Coase “The Problem of Social Cost”, que trata da importância do estabelecimento de previsão clara dos direitos de propriedade, vez que, em assim sendo, resultariam reduzidos os custos de transação para se determinar quais direitos pertenceriam a quem, “é o artigo mais citado em direito e possivelmente o mais citado em economia, o que se deve aos *insights* gerados”³⁵.

Mas a intersecção entre direito e economia, resultando na utilização do ferramental econômico para a análise de institutos centrais do direito, preencheu, a partir da década de 1960, um nicho que até então mantinha-se vacante. Que nicho é esse? Ao valer-se da economia, o direito passou a contar com uma teoria capacitada para analisar e descrever como as pessoas responderiam às leis. Para melhor compreender, considere-se a clássica definição de uma lei: “A lei é uma obrigação respaldada por uma sanção estatal”³⁶.

É possível que os legisladores e juristas, os juízes e advogados pensem, há um bom tempo, acerca da seguinte questão: *de que forma uma*

sanção estatal afetará o comportamento de um indivíduo? Por exemplo, se o fabricante de um produto defeituoso for condenado a pagar *punitive damages*, o que ocorrerá com a segurança e com o preço do produto no futuro? Ou, ainda, o aumento na pena, bem como o aumento da probabilidade de o agente criminoso vir a ser pego, reduzirá a ocorrência de crimes?

Cooter & Ulen asseveram que os operadores do direito respondiam a tais questões há quarenta anos, quando teve início o movimento de L&E, da mesma forma que o faziam na década de 60 a.C., ou seja, baseados na intuição e na análise dos fatos disponíveis³⁷. A economia fornece ao direito, assim, ferramentas científicas capazes de descrever os efeitos das sanções jurídicas no comportamento dos indivíduos.

Nesse sentido, para os economistas, as sanções equivalem aos preços e, presumivelmente, os indivíduos reagiriam a estes da mesma forma que o fariam em relação àquelas. Vale dizer, quando o preço de um produto desejado está elevado, os consumidores reagem a tal situação consumindo menos desse produto; da mesma forma, quando as sanções previstas para um determinado crime são elevadas, os criminosos respondem praticando menos a conduta mais severamente penalizada³⁸.

Assim, de forma geral, a economia fornece uma teoria do comportamento para predizer como os indivíduos respondem às mudanças na lei. O direito não tem por objeto o estudo do comportamento humano, mas a subsunção dos fatos às normas jurídicas postas³⁹. Por isso, a utilização da teoria econômica pelo direito concretiza a equilibrada frase de Cooter & Ulen: “Esta teoria supera a intuição, tal como a ciência supera o senso comum”⁴⁰.

1.1 Dimensões de direito e economia

O direito vale-se da economia para descrever as consequências geradas pelas regras jurídicas e decisões judiciais. É dizer, trata-se da tentativa de identificar os efeitos causados pelas regras jurídicas no comportamento dos agentes econômicos em cada caso considerado. Isso significa passar a compreender o fenômeno jurídico a partir de suas

consequências, isto é, enxergar o direito de fora para dentro, e não de dentro para mais dentro ainda.

Destacam-se, geralmente, duas dimensões de direito e economia: a dimensão *positiva*, também denominada descritiva, e a dimensão *normativa*, também denominada prescritiva.

A primeira dimensão ocupa-se da análise dos efeitos e consequências causados pelo mundo jurídico no mundo real dos fatos. Dentro de

O “Direito e Economia Normativo” tem por objeto o estudo das interações entre as noções de justiça e os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e do bem-estar

seu propósito, a análise econômica positiva põe-se a analisar a correlação existente entre fins e meios, o que diz com a própria legitimidade do direito. Dessa forma, dizer que uma determinada norma deva ser inserida no sistema, ou que a interpretação de uma norma seja dada em um determinado sentido, vez que apresenta propriedades normativas justas que conduzem a um determinado resultado, requer uma análise descritiva, a fim de saber se tal regra atinge ou não o propósito para o qual fora formulada.

Para tanto, a análise econômica positiva vale-se de ferramentas da economia, sem, no entanto, ser submissa a esta ciência, para identificar os prováveis efeitos das regras jurídicas sobre o comportamento dos atores sociais relevantes em cada caso concreto. Assim, para satisfazer o objetivo de, por um determinado meio, tentar-se atingir um fim específico, deve-se valer de um ferramental descritivo para se certificar de que determinada proposição produzirá as consequências para as quais fora formulada.

A segunda dimensão, normativa, tem por escopo verificar se pode ou não haver consonância entre as noções de justiça e de eficiência econômica, bem como entre justiça e maximização de riqueza e de bem-estar⁴¹. A contribuição da análise econômica normativa é a de que a construção da noção de justiça pode e deve passar pela análise de custos e benefícios.

A economia é a ciência da escolha racional em um mundo – o nosso – no qual os recursos são escassos em comparação com as necessidades humanas ilimitadas⁴². Nesse sentido, é o propósito dessa ciência explorar as implicações de se assumir que os indivíduos sejam maximizadores racionais de seus interesses, quaisquer que sejam estes. O corolário do pressuposto da racionalidade é que os indivíduos reagem a incentivos.

Assim, o “Direito e Economia Normativo” tem por objeto o estudo das interações entre as noções de justiça e os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e do bem-estar. Da mesma forma, não se contenta com a constatação da relação entre fins e meios, realizada pela dimensão descritiva, mas, ao reverso, objetiva estabelecer relações de dever-ser. Assim, ao valer-se da noção de que o desperdício de recursos, além de ser ineficiente, é, na maioria das vezes, injusto, a dimensão normativa de *law and economics* não se destina a substituir a noção de justiça pela de eficiência, mas, sim, inserir nas discussões acerca da concretização do critério do direito, a saber, a justiça, tópicos de custos e benefícios⁴³.

Portanto, objetiva-se a promoção da interpretação dos institutos jurídicos com base em ferramentas interdisciplinares, tornando o seu entendimento mais completo e condizente com a própria realidade fática.

1.2 A análise dos custos de transação no funcionamento da propriedade intelectual

O economista inglês Ronald Coase, ganhador do Prêmio de Economia, de 1991, em seminal artigo de 1960, intitulado “The Problem of the Social Cost”, partiu da noção de que o que se negocia no mercado não são bens-objeto de direitos, mas, antes, os direitos de propriedade a estes bens-objeto referentes⁴⁴. Em assim sendo, o valor econômico dos bens depende, sobremaneira, da amplitude dos direitos de propriedade aos mesmos concernentes. Da mesma forma, os bens cujos direitos de propriedade são trocados no mercado têm o seu valor afetado em razão da possibilidade de proteção e de execução de tais direitos.

Entende-se por custos de transação os custos incorridos para a realização de uma operação de trocas. Para realizar uma troca, uma parte deve encontrar outra que tenha interesse complementar ao seu, vale dizer, se uma parte quer comprar um objeto deve encontrar outra que queira vender o objeto demandado.

Em fase posterior, uma vez que uma parte já tenha encontrado outra disposta a vender/comprar aquilo que deseja comprar/vender, entabula-se a negociação ou barganha. O resultado da barganha, caso as partes obtenham sucesso, será declinado em um contrato. Uma vez celebrado o acordo, deve-se monitorar a sua execução.

Diante disso, assevera-se com Cooter & Ulen que os elementos que compõem os custos de transação equivalem às três etapas básicas de uma operação de trocas: (1) custos para procurar agentes com quem transacionar, (2) custos para barganhar as condições da transação, e (3) custos para fazer cumprir o pactuado⁴⁵.

No aludido artigo, Coase propõe que, inexistindo custos de transação, desimporta a alocação inicial de direitos entre as partes envolvidas (desde que tais direitos sejam bem definidos), vez que poderiam transacionar até que fosse alcançado um resultado economicamente eficiente, vale dizer, as transações ocorreriam até que os direitos sobre os bens-objeto estivessem alocados àquele agente que mais os valorizasse.

Ainda, no momento em que a alocação resultante deixasse de ser eficiente (i.e., quando o agente titular dos direitos não fosse aquele que mais os valorizasse), mantida a hipótese de custos de transação iguais a zero, as partes poderiam realocar os direitos entre si, de modo que, na alocação final, os direitos seriam transferidos àquele agente econômico que conferisse aos bens o maior valor, retornando a alocação ao ponto eficiente.

Entretanto, o mundo *coaseano* não é um mundo sem custos de transação, não é hipotético. Aliás, foi o próprio autor quem assim asseverou, em seu discurso por ocasião do recebimento do Prêmio Nobel em Ciências Econômicas, em 1991:

Tendo a considerar o Teorema de Coase como um passo em direção à análise de uma economia com custos de transação positivos. [...] Minha conclusão; estudemos o mundo dos custos de transação.⁴⁶

No mesmo sentido Zylberstajn & Sztajn pontuam:

Ocorre que, como asseverou Coase, esse é o mundo da *blackboard economics*. Ao criticar a análise econômica ortodoxa, Coase enfatizou que, no mundo real, os custos de transação são positivos e, ao contrário do que inferem os neoclássicos tradicionais, as instituições legais impactam significativamente o comportamento dos agentes econômicos.⁴⁷

Com efeito, as trocas, de maneira geral, custam às partes envolvidas muito mais do que o valor daquilo que estão a trocar. Ou seja, os custos de transação incorridos por um agente econômico, ao realizar uma operação de transferência de tecnologia, por exemplo, não são formados, tão somente, pelo valor dos *royalties* a serem pagos, mas sim pelo custo de realizar a transação em si⁴⁸. Em assim sendo, passa a ser nevrálgica a análise de qual vem a ser a conduta dos agentes econômicos, no espaço público de trocas, quando os custos de transação se afiguram positivos⁴⁹.

Destarte, *a contrario sensu*, no mundo real, em que os custos de transação são maiores do que zero, os agentes econômicos não poderão transacionar irrestritamente até que os direitos trocados resultem com aqueles indivíduos que mais os valorizam. Isso porque os benefícios advinentes do processo de trocas apresentar-se-iam suplantados pelos custos a elas inerentes. Por isso, pela impossibilidade de realizar novas trocas, Ronald Coase diz que os direitos que, em grande quantidade das vezes, tocarão aos indivíduos, com seus deveres e privilégios, serão aqueles que a lei os determinar⁵⁰.

Ainda, Cooter & Ulen afirmam que os agentes econômicos, ao transacionar, podem estabelecer os termos em que possam obter, da transação, benefícios aos menores custos. Entretanto, em alguns casos,

tais termos não são passíveis de barganha, vez que impostos por um elemento estranho à relação, qual seja, a lei⁵¹. Isso ocorre quando os custos de transação são impeditivos.

Mas, de forma geral, o resultado da transação, quando as partes podem barganhar os respectivos termos, tende a ser mais eficiente em comparação com o resultado da transação que tem os seus termos impostos pelo legislador. Dessa maneira, tem-se que a lei é necessária e desejada quando as partes, devido aos elevados custos de transação, não puderem barganhar, e desnecessária e indesejada quando as partes puderem fazê-lo⁵². Disso resulta que o direito exercerá substancial impacto no funcionamento do sistema econômico. Nesse sentido:

Mesmo que imaginemos um mercado em sua forma mais primitiva, parece óbvio que o fato do comerciante saber se pode ou não vender um determinado bem acabará por afetar o funcionamento do mercado como um todo. Do mesmo modo, a certeza quanto à possibilidade ou não de conseguir cobrar dos devedores o preço dos bens vendidos por certo afetará a disposição deste vendedor em prosseguir no mercado. Em outras palavras, o Direito importa para o funcionamento do mercado porque a eficiência das trocas econômicas depende de um baixo custo de transação e de uma clara atribuição da propriedade.⁵³

Em sede de licenciamento de propriedade intelectual, o inovador se sentirá tanto mais confiante para difundir a sua inovação quanto maior for a eficiência da proteção à sua propriedade intelectual. Tal difusão é um dos propósitos do desenvolvimento dos ativos intelectuais, e a sua proteção não se destina a tão somente excluir outros de seu uso (o que só acontece sem a licença do inventor), mas, justamente, a estimular o seu alcance por todos, i.e., à sua disseminação⁵⁴.

Sendo claros, previsíveis e respeitados os direitos de propriedade intelectual, o inventor dispõe de incentivos para, em primeiro lugar, desenvolver inovações e, após, torná-las acessíveis ao maior número possível de indivíduos. Deste fato, tem-se que tanto o inovador quanto a sociedade, depois de a inovação chegar ao mercado, atingiriam situa-

ções melhores, vale dizer, estariam *better-off*: aquele por ser o titular dos direitos sobre a inovação, e esta por poder contar com a inovação para dela beneficiar-se. Assim, maior será a propensão do inventor a transferir a tecnologia que desenvolvera, porquanto menor seria o custo para fazê-lo.

É cediço que os custos de transação variam de um mercado para outro. Por exemplo, para o caso de compras à vista de bens homogêneos, os custos de transação apresentam-se bastante reduzidos. Entretanto, há outros mercados em que, dada a complexidade e o valor das transações e de seus objetos, os custos de transação podem ser muito elevados⁵⁵. A transferência de tecnologia é exemplo desse último caso.

Os direitos de propriedade intelectual respeitados e passíveis de cumprimento tornam-se relevantes justamente pelo fato de que as operações de transferência de tecnologia não ocorrem senão mediante elevados custos. Isso porque a barganha envolve a comunicação entre as partes, e, assim sendo, faz-se necessária a alocação de tempo, energia e recursos na sua consecução, tendo as partes, no mínimo e após já encontrar os parceiros que tenham vontades complementares, que (I) ajustar os termos em que se dará a transferência, (II) redigir os termos ajustados e (III) monitorar a execução do pacto realizado. Infere-se, assim, que os direitos de propriedade intelectual, ao tornarem o processo de barganha menos oneroso, mais do que impedir, estimulam a disseminação de inovações. Sustentam Cooter & Ulen⁵⁶:

Uma das mais robustas conclusões de tais experiências é que as partes são mais propensas a cooperar quando os seus direitos são claros e menos propensas a tanto quando os seus direitos são ambíguos.

De todo o exposto, tem-se que, na hipótese de custos de transação iguais, ou próximos, a zero, desimporta a alocação inicial de direitos, porquanto as partes poderão transacionar até que os direitos resultem alocados à parte que mais os valorizem. Por outro lado, na hipótese de os custos de transação demonstrarem-se impeditivos, o direito impactará no desenvolvimento das relações ocorridas no mercado, e, dessa forma, importará a alocação insculpida na lei⁵⁷.

1.3 As instituições: estruturas de incentivos

Tal como afirmou Ronald Coase, os custos de transação, quando positivos, impedem que as partes possam negociar irrestritamente até que o objeto da transação seja alocado ao agente econômico que mais lhe impute valor⁵⁸.

A consequência disso, segundo Douglass North, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1993, é que as instituições passam a ser relevantes em ambientes de troca em que os custos para realizar a transação (e é custoso transacionar) possam superar os benefícios dela advinentes. Assim, “um conjunto de instituições políticas e econômicas que ofereça transações de baixo custo viabiliza a existência de mercados de produtos e fatores eficientes necessários ao crescimento econômico”⁵⁹.

Um mercado eficiente é consequência de instituições que façam com que os direitos dos agentes econômicos sejam respeitados e cumpridos a um baixo custo. Tais instituições têm de expressar uma estrutura de incentivos direcionados à produção de inovações e, inerentemente, estimular os agentes econômicos a aceitarem riscos na atividade que desempenham. Contudo, estes riscos devem ser, em sua maioria, restritos aos de se obter sucesso ou não na atividade desempenhada, e não em relação a terem ou não os agentes econômicos os seus direitos assegurados.

As instituições importam pelo fato de que nem sempre a estrutura de incentivos que representam conduz a ação dos agentes econômicos a um resultado promotor do desenvolvimento econômico. Assim, o pressuposto neoclássico de que as instituições corrigirão modelos equivocados e fornecerão a adequada punição aos agentes que se comportarem de forma desviante, conduzindo-os à atuação correta, deve ser flexibilizado.

Ainda, a escola neoclássica assume que as instituições são construídas para que seja alcançado o resultado economicamente eficiente. Em razão disso, as instituições poderiam ser até mesmo desconsideradas em uma análise econômica, porquanto não exerceriam nenhuma função independente no sistema econômico.

Diante disso, Douglass North declara que os pressupostos neoclássicos somente são atingidos, na prática, de forma excepcional. Aduz,

ainda, que as instituições não são, necessariamente, ou, até mesmo geralmente, criadas para serem socialmente eficientes. Ao reverso, as instituições são, pelo menos as formais, criadas, de forma geral, para servir aos interesses daqueles possuidores de maior poder de barganha para criá-las⁶⁰.

De fato, os agentes econômicos visam à obtenção de conhecimentos e especialização capazes de torná-los mais aptos a sobreviver em um ambiente competitivo⁶¹. A qualidade e o tipo de conhecimento e especialização a serem buscados pelos agentes econômicos são derivados da estrutura de incentivos inerente à matriz institucional.

Nesse sentido, as interações entre as regras do jogo (instituições) e os *players* (organizações)⁶² são o elemento que conduz as modificações evolutivas de uma economia. Isso porque as organizações que se formam fazem-no em resposta à estrutura de incentivos representada pelas instituições. Destarte, a alocação de energia, tempo e recursos daquelas dependerá da orientação promovida por estas, as quais poderão estar direcionadas tanto à consecução da eficiência quanto da ineficiência econômica.

Em assim sendo, caso a estrutura de incentivos premie a pirataria, por exemplo, oferecendo atraente retorno ao seu explorador e, ainda, não lhe imputando prejuízos em razão de sua conduta apropriadora, os agentes econômicos dissiparão renda e organizar-se-ão para prosperar na atividade pirata. Por outro lado, caso a estrutura de incentivos favoreça a atividade produtiva, os agentes econômicos envidarão esforços para produzir, porque mais recompensador, do que para apropriar de outros o pouco que será produzido (em razão da falta de incentivos para esta atividade).

As instituições são as regras do jogo segundo as quais agem os agentes econômicos. Nesse sentido, elucidativa é a seguinte passagem:

E por que estes economistas reconhecem que as instituições importam? Porque as instituições são as regras (formais e informais) do jogo em uma sociedade, na célebre definição de Douglas North. São as instituições que definem o campo em que as trocas econômicas serão feitas, entre os mais diversos indivíduos e organizações.⁶³

Ademais, um país que dispõe de instituições fracas, além de não estar capacitado a atrair investimentos, deixa de sediar o desenvolvimento de projetos de pesquisa e desenvolvimento de seus cidadãos. Ilustrativos são os relatos feitos por Robert Sherwood, em relação ao Brasil:

Um pesquisador de nível de pós-graduação de uma universidade federal percebeu que seu trabalho tinha desenvolvido aspectos que mostravam ter valor comercial. Imediatamente, deixou o Brasil e foi completar a sua pesquisa em um país onde havia uma proteção legal efetiva. Um europeu mudou-se para o Brasil e realizou pesquisas em engenharia mecânica. Ao chegar ao ponto onde percebeu estar à beira de chegar a uma série de invenções úteis, transferiu-se para os Estados Unidos, pela mesma razão.⁶⁴

1.4 As regras jurídicas como instituições formais

Conforme já mencionado, de acordo com a definição de Douglass North, as instituições de um país formam a estrutura de incentivos que recai sobre a sociedade⁶⁵. Especificamente, North define as instituições como

as regras do jogo, tanto formais quanto informais e, também, as suas características de eficácia. Juntas, definem a forma em que o jogo deve ser jogado.⁶⁶

Os agentes econômicos, ou os “jogadores” na expressão de North, são seres racionais que reagem à referida estrutura de incentivos. Uma das premissas adotadas pelo movimento de Direito e Economia é que os agentes econômicos reagem aos incentivos fornecidos pelo ambiente em que vivem e, ainda, que tais incentivos podem ser fornecidos pelo ordenamento jurídico.

Em assim sendo, as regras jurídicas compõem as instituições. Isso significa que se o ordenamento jurídico emitir sinais de que não protegerá os direitos de propriedade, o resultado será à dissipação de rendas através da competição entre os agentes econômicos para se apropriarem (mais do que produzirem) dos escassos recursos existentes.

A fim de bem compreender a necessidade de um país contar com a adequada estrutura de incentivos capaz de estimular os seus cidadãos a alocar recursos, tempo e energia na atividade produtiva de inovações, cabe analisar a natureza destas.

1.5 A natureza da inovação

Para fins de análise da natureza das inovações, inicia-se com a diferenciação entre bens públicos e privados, do ponto de vista econômico (e não jurídico)⁶⁷.

No sentido econômico, há dois critérios, muito relacionados, que elucidam a referida distinção, a saber, a *rivalidade* e a *exclusividade*⁶⁸. Por rivalidade, entende-se que o consumo de um bem por uma pessoa deixa menos do mesmo bem para o consumo de outra pessoa. E por exclusividade, entende-se que o consumo de um bem por uma pessoa exclui outra de consumir, ao mesmo tempo, o mesmo bem.

Com efeito, percebe-se que os bens privados, tendo em vista o sentido econômico, são bens rivais e excludentes. Ora, um automóvel não pode ser utilizado, ao mesmo tempo, para trafegar em direções opostas, vez que a utilização do veículo por um motorista, em uma direção, exclui outro motorista de usá-lo, ao mesmo tempo, na direção oposta. Então, o uso do carro por um motorista deixa menos (nesse caso, não deixa nada) do mesmo carro para o uso do outro motorista.

Ao reverso, os bens públicos, na definição econômica, qualificam-se como não rivais e não excludentes. Pense-se na prestação do serviço de segurança nacional contra ataques aéreos⁶⁹. Se uma companhia privada fosse a prestadora do serviço, aqueles cidadãos que desejassem ser protegidos deveriam pagar uma quantia mensal ou anual para que o serviço fosse a eles prestado. Em uma mesma rua, alguns moradores contratariam o serviço e, assim, pagariam à companhia prestadora. Outros moradores vizinhos, entretanto, agiriam oportunisticamente e não contratariam o aludido serviço. Isso significa que não seriam protegidos? Não. Seriam protegidos tanto quanto aqueles que contrataram o serviço. Por quê?

A explicação econômica para isso é que se demonstra hercúlea a tarefa de excluir os moradores que não contrataram o serviço de receber

a proteção, vez que a companhia prestadora, ao proteger os moradores contratantes, estaria, automaticamente, protegendo os moradores não contratantes. O serviço de vigilância monitoramente realizado para o contratante do serviço de segurança contra ataques aéreos abrange as intermediações de sua casa, englobando necessariamente as casas vizinhas. Dessa forma, por que os vizinhos pagariam pela proteção que já, gratuitamente, receberiam?

Assim, tem-se que a exclusão daqueles que não pagaram pela prestação do serviço é muito custosa, pelo fato de ser muito barata a sua proteção (no exemplo seria automática)⁷⁰. São chamados de *free-riders* aqueles indivíduos que recebem os benefícios da prestação do serviço (ou utilizam-se de um bem) sem pagar por ele. Isso faz com que a companhia privada não tenha incentivos para prestar esse tipo de serviço e, então, a quantidade ofertada seria abaixo de um nível ótimo. Tal serviço deveria ficar, dessa forma, a cargo do poder público, como ocorre na realidade.

O mesmo se dá com as informações. As informações são, no sentido econômico, assemelhadas aos bens públicos (são bens quase-públicos)⁷¹. Isto é, a utilização da informação por uma pessoa não deixa menos da mesma informação para a utilização por outra pessoa (não rival) e, via de consequência, a utilização da informação por uma pessoa não exclui outra de valer-se da mesma informação ao mesmo tempo (não excludente)⁷².

Tal como no exemplo da prestação do serviço de segurança contra ataques aéreos, a exclusão dos indivíduos que não pagam por informação é muito custosa, vez que a sua transmissão é muito barata. Assim, os indivíduos que produzem informação e não conseguem excluir de seu uso aqueles que dela se valem sem retribuição terão poucos incentivos para continuar produzindo informação.

As inovações contêm informações e, devido a isso, enfrentam o mesmo problema dos bens públicos econômicos, vale dizer, são não rivais e não excludentes. Da mesma forma que nos casos anteriores, aqueles que produzem inovações não terão incentivos para fazê-lo uma vez que qualquer indivíduo possa valer-se delas sem que haja, em contrapartida, a retribuição.

Os custos de produção da inovação são, geralmente, elevados, ao passo que a sua disseminação custa tanto quanto o meio usado para a sua transferência⁷³. Ou seja, uma vez que a inovação foi produzida, o custo marginal para a produção de uma unidade a mais é irrisório (pelo menos se comparados aos custos fixos). Veja-se o exemplo do software (custoso para produzir) distribuído pela internet (barato para disseminar)⁷⁴.

Essa situação representa uma falha do mercado. Isso porque o montante de inovação produzido será abaixo do ótimo quando o inovador não conseguir se apropriar do valor social de sua inovação. Assim, o Estado deverá interferir no mercado de inovações, podendo tomar três atitudes: fornecer ele próprio a inovação; subsidiar a sua produção; ou conferir ao inovador o direito de propriedade intelectual sobre ela⁷⁵. Com a proteção, via propriedade intelectual, atribui-se ao bem público uma exclusividade, transformando-o em bem privado, do ponto de vista econômico. Na próxima seção, tentar-se-á demonstrar que os direitos de propriedade intelectual têm o condão de incentivar a produção de inovações.

1.6 Os direitos de propriedade intelectual⁷⁶ e o incentivo à produção de inovação: uma análise normativa de direito e economia

As formulações do mundo jurídico não são circunscritas às suas fronteiras. O direito é um indutor de comportamentos. A tal conclusão pode-se chegar intuitivamente. Todavia, a análise do direito a partir do ferramental da ciência econômica fornece uma teoria científica capaz de explicar os impactos das formulações jurídicas no comportamento dos indivíduos⁷⁷. O movimento de Direito & Economia vale-se dos instrumentos econômicos para “resolver problemas legais e, inversamente, [descrever e prever] como o direito e as regras legais exercem impactos sobre a economia e o seu desenvolvimento”⁷⁸.

São diversas as correntes de interpretação que formam o movimento de Direito & Economia, mas as premissas que adotam são, de certa forma, universais. São estas: a) o ser humano é um agente racional, que

age em busca da maximização de sua satisfação; b) por ser racional, o ser humano reage aos incentivos conferidos pelo ambiente em que atua e; c) as regras legais moldam estes incentivos⁷⁹.

Diante disso, tem-se que os indivíduos só se engajarão em atividades nas quais o benefício delas adveniente for maior do que o custo despendido para realizá-las. Em assim sendo, o direito deve formular as suas regras no sentido de estimular os indivíduos, assegurando-lhes benefícios, a fim de que realizem atividades capazes de promover a maximização do bem-estar social, de que é exemplo a produção de inovações⁸⁰. Nesse sentido a lição de Sherwood:

Quer a invenção seja feita por um indivíduo em sua casa, um pesquisador na universidade ou um grupo em uma empresa, a confiança de que se pode contar com salvaguardas para aquela invenção será um incentivo poderoso aos que se dedicam à atividade inventiva. Se a confiança for pouca ou nenhuma, como acontece em muitos países em desenvolvimento, menos esforço será despendido em inventividade.⁸¹

A importância assumida pela inovação, pelo empreendedorismo e pelos ativos intangíveis é cada vez maior na condução do crescimento econômico e na melhoria da qualidade de vida⁸². Entretanto, para que esse processo tenha prosseguimento, necessário se faz que aos inovadores sejam conferidos incentivos, a fim de possam apropriar-se do valor social de suas invenções. Os direitos de propriedade intelectual cumprem, de forma eficiente, tal desiderato.

Em um ambiente globalizado de negócios, em que os agentes econômicos procuram atingir eficiência em sua atividade produtiva, a sinalização emitida pelos direitos de propriedade intelectual, respeitados e executados, representa um fator de atração de investimento.

Na busca por eficiência, os agentes econômicos deslocarão as etapas mais importantes da produção internacionalizada para os países em que a proteção for mais efetiva e, dessa forma, os países que não oferecem a mesma efetividade na proteção não sediarão o desenvolvimento de inovações, deixando de auferir os benefícios do comércio internacional⁸³.

Além disso, o processo de transformar o conhecimento adquirido em inovações e, após, comercializá-la envolve custos e riscos. Por exemplo, os custos para o desenvolvimento de um novo medicamento tornam a atividade da indústria farmacêutica um projeto arriscado, vez que o tempo médio para se desenvolver um medicamento é de 10 a 15 anos; em 2006, estimou-se que o gasto anual para se desenvolver um único medicamento era de US\$ 1,318 bilhão; somente dois a cada dez fármacos comercializados recuperam os investimentos gastos com o seu desenvolvimento⁸⁴.

Portanto, se o inovador não vislumbrar a possibilidade de reaver os custos, ou dito de outra forma, se os benefícios advenientes da atividade que desenvolve forem menores do que os custos de sua realização, não haverá incentivos para que demandem tempo e recursos a fim de superar o fator randômico de tal empreitada⁸⁵.

O financiamento de inovações envolve o manejo de informações privadas, as quais, no início do processo de desenvolvimento, apenas o inovador possui. Mas este nem sempre dispõe de capital suficiente para financiar o desenvolvimento de sua inovação e, então, necessita de pessoas (*angels investors* ou *venture capitalists*) que o alcancem o capital⁸⁶. Cooter, Schäfer e Timm⁸⁷ analisam o financiamento de inovações no Vale do Silício, Califórnia, EUA.

O processo de financiamento que descrevem contém três níveis, a saber, o relacional, o privado e o público. No primeiro nível, as informações são exclusivas do inovador e a sua invenção não é compreendida por ninguém a não ser ele. Para que receba o financiamento, ele recorrerá às pessoas que financiarão a inovação mesmo sem saber do que se trata: a família, os amigos ou os tolos⁸⁸. Esse capital o ajudará a desenvolver um pouco mais o seu invento.

No entanto, mais capital é necessário e, como o inovador não tem uma numerosa família, nem tantos amigos, e não encontra muitos tolos com dinheiro, recorrerá aos *venture capitalists*⁸⁹. Nesse estágio, a informação continua privada, porém o inovador deve explicar a sua inovação aos “capitalistas de risco”, a fim de que o financiem. É nesse momento que ocorre a dupla (des)confiança e sua solução, qual seja, a dupla garantia – a garantia do investidor contra a eventual tomada do

capital pelo inovador e abandono do desenvolvimento das inovações é o recebimento, pelo investidor, das próprias informações (inovação) fornecidas pelo inovador. Se cada um fizer a sua parte, poderão auferir lucros extraordinários, vez que estarão adquirindo vantagem competitiva no mercado. Por outro lado, caso haja quebra de contrato, aquele empreendimento fracassará, i.e., caso o investidor divulgue as informações recebidas, outras pessoas poderão desenvolver a inovação; caso o inovador utilize o capital recebido para outros fins que não o indigitado, não haverá inovação.

Cabe indagar qual a razão de algumas sociedades inovarem mais do que outras

Cabe notar, por oportuno, que os projetos de pesquisa e desenvolvimento são geralmente muito custosos, e o financiamento, por parte dos “capitalistas de risco”, estriba-se fortemente na possibilidade de recuperar o investimento feito, com o inovador apropriando-se do valor social da inovação. Não fosse pelo financiamento recebido, o inovador poderia ter dificuldades para comercializar a inovação.

O terceiro estágio da produção ocorre quando os concorrentes já possuem conhecimento suficiente da inovação, vez que já começou a ser comercializada e, assim, a informação é pública. Nesse estágio, os lucros do inovador e de seu investidor voltam a patamares normais, vez que o mercado já se encarregou de expor outros produtos concorrentes da inovação.

Assim, percebe-se que o desenvolvimento de inovações se baseia, em primeiro lugar, na confiança recíproca e, em segundo lugar, na possibilidade de o inovador apropriar-se do valor social da inovação comercializada.

Nesse sentido, cabe indagar qual a razão de algumas sociedades inovarem mais do que outras. De acordo com R. Hewitt Pate, a resposta não provém da natureza de um povo, mas sim da capacidade de um país de incentivar em seus cidadãos o espírito inovador, o que conduzirá ao crescimento econômico, o que se faz com a concessão de direitos de propriedade intelectual sobre a inovação.

Na economia norte-americana, o condutor tem sido a inovação, e os incentivos para a sua produção são provenientes de duas áreas: propriedade intelectual e concorrência⁹⁰.

Para elucidar a necessidade de se conferir direitos de propriedade intelectual sobre a inovação, pense-se na hipótese de sua inexistência em uma situação de concorrência: como já afirmaram Pinheiro & Saddi⁹¹, “para que haja concorrência, é necessário que o mercado tenha um número suficientemente grande de produtores e consumidores de tamanhos não muito diferentes, agindo de forma independente”, para que possam se diferenciar dos concorrentes, os agentes econômicos necessitam de mecanismos outros que não, tão somente, a redução de preços, e é na inovação que se encontra a saída desejada. Assim, a concorrência estimulará a inovação e, sendo verdadeira a afirmação de Cooter, Schäffer e Timm de que “a evolução biológica elimina os menos aptos, ao passo que, na evolução econômica, os mais aptos são emulados”⁹², a inovação promoverá mais concorrência, vez que os concorrentes do inovador, percebendo que este adquiriu uma vantagem competitiva em razão de sua útil inovação, tentarão inovar a fim de diminuir essa distância⁹³.

Ademais,

as empresas atuantes em um mercado de livre concorrência tendem a ficar afinadas com os desejos e expectativas dos consumidores, porque estão permanentemente ameaçadas por produtos de qualidade superior ou por novos produtos. Portanto, a livre concorrência, além de garantir os menores preços para o consumidor e maior leque de escolha de produtos, também estimula a criatividade e a inovação.⁹⁴

Entretanto, caso não haja direitos de propriedade intelectual, os concorrentes do inovador poderão simplesmente copiar a inovação do rival e, além disso, reduzir o seu preço a níveis competitivos, colhendo os frutos do esforço alheio sem que, para tanto, tenham incorrido nos riscos e nos custos de produção da inovação (*free-riders*). Corolário disso é que o inovador não conseguirá recuperar o investimento realizado.

Diante dessa situação, neste mercado, nenhum dos concorrentes terá incentivo para ser o inovador, vez que há uma alternativa melhor, qual seja, o comportamento oportunista de esperar que um agente econômico incorra nos custos e riscos de um projeto de P&D para que, quando lançar a inovação no mercado, todos – menos o inovador – possam colher os seus frutos sem correr riscos. Ainda, dizem Pinheiro & Saddi que “a competição torna a vida das empresas mais difícil, e sua sobrevivência depende de um esforço constante para se manterem eficientes e tecnologicamente atualizadas”⁹⁵.

Assim,

a livre concorrência disciplina os ofertantes de bens e serviços de forma a manterem os seus preços nos menores níveis possíveis, sob o risco de que outras empresas conquistem seus clientes. Em tal ambiente, a única maneira de obter lucros adicionais é a introdução de novas formas de produzir que reduzam custos em relação aos concorrentes.⁹⁶

Nesse caso, qual o incentivo para se inovar sem a proteção dos direitos de propriedade intelectual? O incentivo para se criar inovações, que são baseadas em ideias e em informações, é diretamente proporcional à possibilidade de apropriação, pelo inventor, de seu valor social.

Como visto, as inovações contêm ideias e informações. Por isso, o inovador depara-se com um problema denominado de *não apropriabilidade*. Vale dizer, pelo fato de a própria inovação ser geralmente uma informação, toda vez que o inovador vender a sua inovação para um consumidor este passará a ser seu concorrente (dado o baixo custo de transferência), e, então, o inovador não conseguirá apropriar-se a não ser de apenas parte do valor social de sua inovação.

Os direitos de propriedade intelectual conferem ao inovador um direito exclusivo⁹⁷, por tempo limitado, de usar, fazer, vender, dispor de sua inovação, impedindo que terceiros utilizem o seu invento, a sua expressão ou a sua marca sem o seu consentimento. Cabe referir que quanto mais protegidos os direitos de propriedade intelectual, maior é a propensão à criação, divulgação e disseminação de seu objeto.

Na segunda parte deste artigo, passa-se a analisar o estado da inovação no Brasil e a possibilidade de aplicação das premissas da análise econômica do direito à situação brasileira, no que concerne à propriedade intelectual.

2. Brasil: contexto econômico, inovações e propriedade intelectual no século 20

No Brasil, a regulamentação referente à propriedade industrial deu-se de forma extravagante até o ano de 1945, em que foi editado o primeiro Código Brasileiro de Propriedade Industrial, o Decreto-Lei 7.903/1945, o qual persistiu, no que tange à previsão de natureza penal ali disposta, à vigência dos códigos de 1967 e de 1969, até que, em 1996, foi editada a Lei 9.279, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

Com efeito, o intento brasileiro de desenvolvimento industrial e do descobrimento e recebimento de inovações, como meios para alcançar a independência econômica em relação aos chamados países do primeiro mundo (desenvolvidos), tem sido constante e, ao mesmo tempo, controverso.

A perseguição do aludido objetivo, como aqui já referido, remonta ao século 19, com o Alvará de D. João VI. Porém, é com maior firmeza que desde o primeiro governo de Getúlio Vargas a política econômica brasileira é direcionada à industrialização, em oposição ao modelo de exportação de matérias-primas.

Por outro lado, o referido intento é controverso porquanto perscrutado por diversos governos brasileiros, nem sempre congruentes entre si⁹⁸. Por um longo período, no século passado, o governo brasileiro, jogador atuante (no sentido dado por Douglass North), foi o responsável direto pelo desempenho econômico do Brasil. Primeiramente, durante o governo Vargas, e, ao depois, nos anos 1960 e 1970, adotou-se a substituição de importações, com a qual se objetivava promover a independência em relação à economia mundial, encorajando a infante indústria nacional, baseada em tecnologia local, para suprir a demanda doméstica sem depender das importações.

No primeiro momento, o governo brasileiro conferiu incentivos às empresas estatais, ao passo que no segundo período os incentivos foram concedidos às multinacionais com subsidiárias no Brasil.

Ainda, além da política de substituição de importações, o estado brasileiro, em razão da escassez de reservas, contraiu empréstimos estrangeiros para poder investir, ou seja, adotou a prática do endividar-se para crescer.

Enquanto o governo brasileiro liderava os investimentos em infraestrutura, a tecnologia necessária para produzir internamente o que antes era importado era transferida, via licenciamento de patentes, das multinacionais estrangeiras para as suas subsidiárias no Brasil, além de receber investimentos estrangeiros diretos (IED)⁹⁹.

Como é possível notar, o governo brasileiro adotou uma posição intervencionista, a qual estava alinhada a um contexto mais amplo de busca, pelos países em desenvolvimento, de uma Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI). Ao adotar tal posicionamento, os países em desenvolvimento advogavam mais forte atuação estatal no desenvolvimento industrial, além de propugnarem pelo mais favorável acesso à moderna ciência e tecnologia, buscando, ainda, a elaboração de um código internacional de condutas no que tange à transferência de tecnologia¹⁰⁰.

O Brasil, em âmbito doméstico, para conformar-se aos princípios da NOEI, defendida pelos países em desenvolvimento, editou, pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (órgão responsável por aplicar a nova política intervencionista no âmbito da propriedade intelectual) em 1975, o Ato Normativo nº 15. Em assim sendo, a partir do aludido Ato Normativo, o INPI ficou encarregado de garantir a política intervencionista e protetiva do governo brasileiro em favor da indústria nacional.

Entretanto, a capacitação inovativa da indústria brasileira durante o aludido período, salvante algumas exceções¹⁰¹, foi limitadamente desenvolvida, o que restringia a aptidão nacional para o desenvolvimento de novos produtos e processos produtivos, os quais não poderiam, dessa forma, competir em âmbito internacional¹⁰².

Nesse sentido, cabe referir o relatório produzido pelo Ministério de Ciência e Tecnologia, do Brasil, de 1993, acerca do, à época, estado da tecnologia na indústria brasileira:

Em comparação com os padrões internacionais, no início da década de 90 uma boa parte da indústria brasileira opera com equipamentos e instalações tecnologicamente defasados, apresenta deficiências nas tecnologias de processo, exibe atraso quanto às tecnologias de produto e despende pequena fração do faturamento em atividades de P&D.¹⁰³

Diante desse quadro, conjugado com o insucesso da política de substituição de importações (PSI) e a crise fiscal pela qual atravessavam os países em desenvolvimento, principalmente em razão da política *borrow to growth*¹⁰⁴, muitos desses países, dentre os quais o Brasil, reverteram tais políticas, de cunho nacionalista, em direção à adoção de políticas voltadas à liberalização do mercado.

Essa nova situação fez com que os países em desenvolvimento passassem a competir para atrair investimentos estrangeiros e, como corolário, tiveram de mitigar as usuais restrições que impunham às atividades dos investidores estrangeiros.

Contudo, os países em desenvolvimento necessitavam de acesso aos mercados dos países industrializados, o que fez com que estes requisitassem em troca, em relação à propriedade intelectual, padrões mínimos de proteção, o que contribuiu para que os países em desenvolvimento aceitassem o Acordo TRIPs, no âmbito da OMC¹⁰⁵.

A fim de se tornarem globalmente competitivos, os estados em desenvolvimento adotaram políticas liberalizantes, e promoveram a desregulamentação e privatização, visando à obtenção de eficiência produtiva e recepcionando atitudes dos investidores em conformidade com o mercado¹⁰⁶.

Forte era o contraste entre a situação industrial brasileira e o surgimento e desenvolvimento de inovações tecnológicas em voga, no início dos anos 90 do século passado, nos países desenvolvidos. O Ministério da Ciência e Tecnologia do Brasil asseverou, em 1993, que havia uma “incontornável urgência histórica: é preciso enfrentar e resolver a crise econômica, com a formulação simultânea de um projeto de desenvolvimento competitivo que restabeleça na sociedade brasileira a esperança e a confiança em si própria”¹⁰⁷.

No Brasil, foram adotadas reformas de viés neoliberal nas áreas do comércio, da indústria e da tecnologia, o que só ocorreu com o primeiro presidente democraticamente eleito, após quase 20 anos de ditadura militar. De fato, Fernando Collor de Mello assumiu o governo com o intento de impulsionar o país à modernidade¹⁰⁸. Para tanto, de positivo, implementou a abertura para o capital estrangeiro, com redução das tarifas de importação, conteve os gastos públicos e, ainda, deu início ao processo de privatização¹⁰⁹.

Aproveitando-se do ambiente anti-intervencionista após tantas crises, o presidente Collor introduziu as referidas políticas pró-mercado, as quais foram fortalecidas pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, eleito em 1994 e reeleito em 1998.

Por certo, todas essas mudanças econômicas requereram uma nova regulação do mercado. Com efeito, a nova Lei de Propriedade Industrial foi aprovada de modo a garantir o fluxo massivo de investimento estrangeiro, a ser alcançado pelo governo através do processo de desregulamentação e privatização, de forma que as empresas poderiam ter seus investimentos garantidos. Na verdade, a proteção dos direitos de propriedade intelectual é tida como a pedra de toque de um sistema liberal, por meio do qual incentivos para o desenvolvimento de inovações e novas tecnologias são dados pela concessão da exclusividade de exploração ao inventor/inovador.

Uma das premissas adotadas pelo movimento de Direito e Economia é a de que os agentes econômicos reagem aos incentivos conferidos pelo ambiente em que atuam. Isso porque resulta assumida a racionalidade do comportamento desses *players*. Ao assim agir, os agentes econômicos sopesam custos e benefícios (ou prêmios e punições) para a realização de determinada conduta, disso resultando que se engajarão em uma atividade apenas até o ponto em que o benefício marginal decorrente seja igualado ao custo marginal a ela inerente. Destarte, se os custos para a realização de uma atividade superarem os seus benefícios, os agentes econômicos não terão incentivos para dela participar¹¹⁰.

É diante de tal contexto que emerge a importância das instituições¹¹¹. Com efeito, a existência de custos de transação é o elemento

central da teoria neoinstitucionalista, “de acordo com a qual o principal papel das instituições econômicas é reduzir o valor desses custos”¹¹². A lei, os direitos contratuais e os direitos de propriedade, vale dizer, as instituições formais, sendo fortes e previsíveis, destinam-se a mitigar custos de transação.

Por fim, passa-se à análise da diferença existente entre o financiamento privado e o financiamento estatal da inovação, mencionando-se, de forma exemplificativa, a situação dos registros patentários no órgão brasileiro competente para tanto, bem como a situação do Brasil no registro de patentes junto ao United States Patent and Trademark Office (USPTO), o escritório de marcas e patentes norte-americano.

2.1 O estado na promoção de inovação no Brasil

Cabe, primeiramente, indagar se o arcabouço teórico da análise econômica do direito, acima perquirido, aplica-se à situação brasileira. A resposta é positiva. Isso porque, em primeiro lugar, a integração econômica global faz com que os países, independentemente de localização geográfica, tenham de manter instituições jurídicas fortes para fins de serem cogitados como destinatários de investimentos.

Em segundo lugar, conforme apontam Salermo & Kubota¹¹³, as empresas brasileiras indicaram, nas três versões da pesquisa Pintec¹¹⁴, que os principais obstáculos ao desenvolvimento da inovação no Brasil são (I) riscos econômicos excessivos, (II) elevados custos e (III) escassez de fontes apropriadas de financiamento. Isso significa que as empresas brasileiras compreendem os fatores de custos e riscos inerentes ao processo de inovação, resultando que a possibilidade de recuperação dos investimentos realizados no desenvolvimento desta é fator fundamental para que os agentes econômicos se engajem em inovar.

Em terceiro lugar, de acordo com pesquisa do IPEA, desenvolvida por Salermo & Negri¹¹⁵, que categorizou as empresas brasileiras de acordo com as estratégias competitivas e que teve por objeto averiguar o efeito da inovação e da diferenciação de produtos na performance das empresas, (I) as empresas que inovam e diferenciam produtos compõem 1,7% do total das empresas; (II) são responsáveis por 25,9% do

faturamento total das empresas; (III) empregam 13,3% dos trabalhadores da indústria; e, ainda, (IV) os salários que pagam a esses trabalhadores são três vezes maior do que o pago por aquelas empresas que não diferenciam produtos.

A partir dessa constatação, cabe analisar os meios de promoção de inovação no Brasil.

Com efeito, estudo da Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (CEPAL) demonstrou que, na América Latina, os gastos em ciência e tecnologia são reduzidos, porquanto os países que compõem a região são responsáveis por apenas 3,1% do total mundial gasto em pesquisa e desenvolvimento¹¹⁶.

Conforme já foi aqui referido, os países da América Latina passaram por um período, durante boa parte do século 20, de políticas desenvolvimentistas, sendo o Estado o líder dos investimentos na industrialização. Mesmo assim, tem-se que, segundo a mesma pesquisa da Cepal, neste período de inchamento estatal, os países latino-americanos não investiam mais do que meio ponto percentual do PIB. Nos anos 1990, quando muitos desses países deram início ao processo de abertura comercial, os seus gastos em ciência e tecnologia não se alteraram. A conclusão atingida pelo próprio estudo é a de que o investimento para o desenvolvimento de novas tecnologias, tendo em vista a estabilidade do gasto em relação ao PIB, “não representa uma alta prioridade para a região”¹¹⁷.

Diferentemente do que ocorre nos países desenvolvidos, nos países latino-americanos o financiamento em pesquisa e desenvolvimento (P&D) é, majoritariamente, proveniente do governo, sendo o setor privado responsável por apenas 1/3 dos gastos em atividades de P&D¹¹⁸. Disso resulta que o montante de investimentos realizados na região está muito abaixo do nível desejado, principalmente quando se constata a falta de infraestrutura técnica, bem como a ausência de atividades de pesquisa e desenvolvimento nesses países¹¹⁹.

No ano 2000, no Brasil, o Estado investia mais em ciência e tecnologia (C&T) do que o setor privado. O Estado gastou, no referido ano, R\$ 8.651,3 bilhões, ao passo que a iniciativa privada, no mesmo período, despendeu R\$ 5.699,1 bilhões¹²⁰.

No ano de 2004, no Brasil, os gastos em pesquisa e desenvolvimento, em termos percentuais, eram efetuados em 60% pelo Estado e em 40% pelo setor privado¹²¹. É de ser ressaltado, ainda, que nos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) a relação entre investimento em P&D e Produto Interno Bruto (PIB) é de, em média, 2,5%, destacando-se a Coréia do Sul, país em que a referida relação é de 3%. Por outro lado, no Brasil, a relação entre investimentos em P&D e PIB é de 1%¹²².

Em que pese tal constatação, verifica-se que o número de pedidos de patentes depositados no Brasil por solicitantes residentes no país apresenta pequeno e constante crescimento (salvo pequenas exceções) desde o início da década de 1990, segundo dados do INPI¹²³.

Cabe notar, por relevante, que o único período no qual se percebe, claramente, um salto no número de pedidos depositados deu-se entre os anos de 1996 e 1997, época em que, justamente, entrou em vigor a nova Lei de Propriedade Industrial, a Lei 9.279/1996. Tem-se que, em 1996, foram depositados 17.916 pedidos e, no ano de 1997, houve 20.354 depósitos de pedidos¹²⁴.

Contudo, em âmbito internacional, a situação brasileira não varia em demasia em relação a si própria. O que deve ser levado em conta, inobstante, é a disparidade que emerge quando da comparação entre o Brasil e países que, no início da década de 1980, encontravam-se, em termos de pedidos e concessão de patentes no United States Patent and Trademark Office (USPTO), em situação assemelhada.

De fato, no ano de 1980, no USPTO, residentes brasileiros depositaram 53 pedidos e obtiveram 24 concessões, ao passo que os residentes na Coréia do Sul, por exemplo, depositaram, no mesmo ano, 33 pedidos e obtiveram oito concessões¹²⁵. Todavia, é de ser referida a desigualdade entre estes dois países no ano de 2006: o Brasil depositou 333 pedidos

As políticas governamentais brasileiras têm o seu foco voltado muito mais para a pesquisa acadêmica, descompromissada com os resultados práticos, do que para o desenvolvimento de inovações nas empresas

e obteve 152 concessões; a Coréia do Sul depositou 21.963 pedidos e obteve 5.835 concessões¹²⁶.

O Brasil, em termos de ciência e tecnologia, é um país tardio. A sua indústria desenvolveu-se apenas na segunda metade do século 20, bem como a estruturação dos cursos de pós-graduação deu-se não antes da década de 1970¹²⁷.

As políticas governamentais brasileiras têm o seu foco voltado muito mais para a pesquisa acadêmica, descompromissada com os resultados práticos, do que para o desenvolvimento de inovações nas empresas.

Com o apoio de órgãos públicos, como o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), da Financiadora de Projetos (FINEP) e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), o Brasil investiu, a partir do último quarto do século 20, em ciência e em mecanismos de financiamento para o desenvolvimento de pesquisa científica nas universidades e nos institutos de pesquisa. Por outro lado, deixou a descoberto o desenvolvimento de inovações tecnológicas nas empresas.

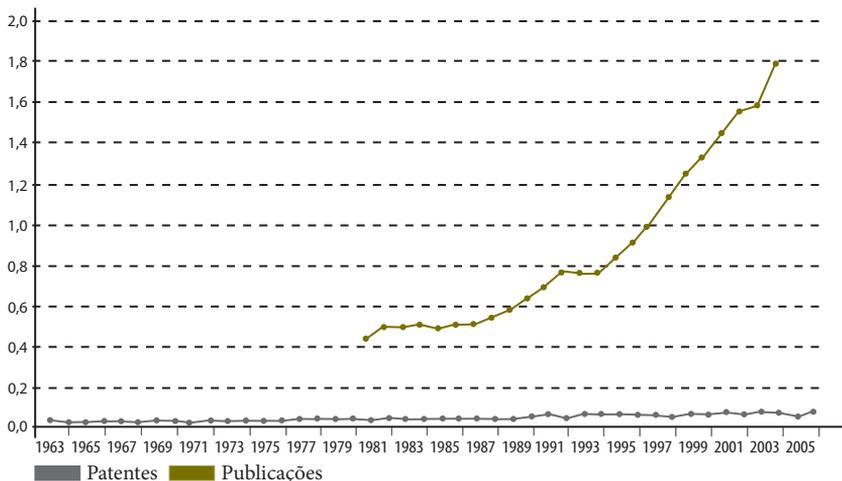
Com efeito, em que pese a existência de tentativas por parte do governo brasileiro de fomentar a inovação no setor privado¹²⁸, somente a partir de 2003, com a adoção da Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE) e de seus derivados, tais como a Lei de Inovação e a Lei do Bem, é que as instituições (no sentido dado por Douglass North) brasileiras passaram a induzir a inovação nas empresas nacionais¹²⁹.

O processo de inovar é complexo. Não basta ter uma boa produção científica sem que, aliado a isso, se tenha uma boa base produtiva, capacitada para empregar o desenvolvimento científico no desenvolvimento de novos produtos e processos. No Brasil, durante muito tempo a ciência e a tecnologia tiveram caminhos paralelos. Isso é resultado, também, da noção decorrente do modelo linear de inovação.

Este modelo, desenvolvido por Vannevar Busch, em seu trabalho denominado *Science – The Endless Frontier*, prevê que, de um lado, as atividades de pesquisa básica deveriam ser desenvolvidas sem o objetivo de que fossem alcançados resultados práticos e, de outro, que a pesquisa aplicada converteria as descobertas feitas pela pesquisa básica em inovações tecnológicas¹³⁰.

Em decorrência da adoção de tal modelo, que confrontava as atividades de pesquisa básica com as atividades de pesquisa aplicada, o Brasil desenvolveu muito mais a sua área acadêmica do que o seu setor industrial¹³¹. Isso resulta evidente na constatação do gráfico abaixo.

Participação de Publicações e Patentes Brasileiras no Mundo 1963/2006 (%)



Fontes: www.mct.gov.br; USPTO “Extended Year Set – Historic Patents by Country, State, and Year”, November 30, 2007 www.uspto.com.gov

Importa notar, ainda, o baixo percentual de pós-graduados trabalhando nas empresas brasileiras. Em termos percentuais, no Brasil, somente 25% dos pós-graduados trabalham no setor empresarial, ao passo que em países como Estados Unidos e Coréia do Sul – dois dos três maiores depositantes de patentes no USPTO – este número chega a 80%¹³². Isso significa que 75% dos pesquisadores brasileiros trabalham em instituições públicas, o que só faz evidenciar a expressiva importância do Estado no desenvolvimento de inovações no Brasil¹³³.

2.2 A morosidade do escritório de patentes brasileiro – INPI

A morosidade do órgão brasileiro competente para o registro de propriedade industrial, o Instituto Nacional da Propriedade Intelectual

(INPI) é, possivelmente, fator de descrédito no sistema patentário por parte do setor privado.

O INPI leva, em média, 7,2 anos para conceder uma patente, número consideravelmente superior ao dos escritórios de registro internacionais, que é de 2,4 anos¹³⁴. Mais especificamente, a falta de agilidade do INPI decorre (I) do pequeno número de avaliadores e (II) da falta de infraestrutura em informática¹³⁵. Disso desdobra-se que o problema do escritório de patentes brasileiro não é a produtividade média do avaliador, mas o excesso de demanda sobre cada um deles.

Uma breve comparação do INPI com os escritórios de patentes dos Estados Unidos (USPTO) e da Coreia do Sul (KIPO), em termos de número de examinadores, prazo médio de concessão de patentes e demanda média por examinador, com base em dados de 2005, revela que¹³⁶:

– enquanto o INPI conta com 120 examinadores, no USPTO este número é de 4.400 e no KIPO de 900;

– enquanto o prazo médio para se conceder uma patente no INPI é de 102 meses, no USPTO este prazo é de 29,1 meses e no KIPO de 30 meses;

– enquanto no INPI a demanda média por examinador é de 167 pedidos de depósito, no USPTO este número é de 68 e no KIPO é de 56.

Além disso, tem-se que a base industrial brasileira é amplamente multinacionalizada. Entretanto, as empresas multinacionais instaladas no Brasil não direcionam recursos para programas de pesquisa e desenvolvimento em solo brasileiro. Em termos de inovação, a atuação dessas empresas assume duas características fundamentais: a) muito mais do que desenvolver no Brasil os produtos que vendem, ocupam-se com a adaptação de produtos e de processos gerados na matriz ou em outras filias instaladas em países cuja propriedade intelectual seja respeitada, e b) o investimento que fazem em pesquisa e desenvolvimento é externo, vale dizer, é terceirizado¹³⁷.

Dessa forma, tem-se que a estruturação do órgão brasileiro de patentes é fundamental para que depositar patentes venha a ser mais vantajoso do que penoso para os inovadores atuante no Brasil¹³⁸.

2.3 A relação entre propriedade intelectual e produtividade

Por fim, cabe referir a relação encontrada entre depósitos de marca e de patentes e a produtividade dos agentes econômicos. Segundo estudo de Luna e Baessa¹³⁹, as empresas foram classificadas conforme a indicação abaixo e, a partir disso, constatou-se o seguinte em relação ao depósito de marcas e patentes no INPI:

a) as empresas que depositam marcas e patentes assumem comportamento mais competitivo no mercado, vez que se valem da inovação tecnológica e da diferenciação de seus produtos e serviços para conquistar a preferência do consumidor;

b) empresas que depositam apenas marca são, também, diferenciadoras, mas atuam, exclusivamente, sobre a sensibilidade do consumidor;

c) empresas que depositam apenas patentes auferem ganhos exclusivos de melhorias tecnológicas, independentemente de associação à imagem;

d) há empresas que não adotam estratégia em relação a marcas e patentes.

Após verificar estas tendências, os autores passaram a identificar a qualidade da mão de obra atuante nessas empresas. A relação é direta entre mão de obra com maior tempo de estudo e produtividade com as empresas que depositam marcas e patentes.

A partir disso, a conclusão atingida pela pesquisa de Luna e Baessa foi a de que os ganhos de produtividade das empresas que possuem o perfil mais inovador, isto é, que só depositam patentes, são de 7,1% na indústria e de 49,4%, no setor de serviços, em comparação com as empresas que não adotam nenhuma estratégia em relação à propriedade intelectual.

Ainda, em relação às empresas que somente adotam a estratégia de depositar apenas a marca, isto é, que atuam sobre a percepção do consumidor, o aumento da produtividade é de 6,3%, para a indústria, e de 11,3%, no setor de serviços, comparativamente às empresas que não adotam quaisquer estratégias sobre os bens intangíveis¹⁴⁰.

2.4 Ações recentes adotadas no Brasil: desalento

Diante disso, o Estado brasileiro reagiu, na tentativa de estimular o desenvolvimento de inovações tecnológicas, editando, em 2004, a Lei 10.973, denominada Lei de Inovação e Tecnologia, que estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. Com esta lei, visa-se à capacitação e ao alcance da autonomia tecnológica e desenvolvimento industrial do país.

Todavia, constata-se que o intento da referida norma apresenta-se adequado, mas os meios que disponibiliza para o atendimento dos fins a que se destina não se demonstram eficazes, principalmente pelo que segue:

a) A inovação somente é capaz de dar vantagem competitiva ao inovador se for mantida privada até o momento em que a inovação que a contém for lançada no mercado. Isso porque se um grande número de pessoas pudesse acessá-la antes de ser comercializada, os inovadores não conseguiriam obter os benefícios de terem inovado. Por exemplo, os economistas analisam mercados com base em informações públicas. “Se os economistas pudessem usar informações públicas para prever o trajeto do desenvolvimento empresarial, eles seriam então capazes de investir e obter lucros extraordinários, ao passo que os inovadores ganhariam menos ou talvez deixassem de recuperar o valor de seus investimentos. A previsibilidade da inovação empresarial seria a causa de seu próprio óbito. A inovação é lucrativa pela mesma razão que os economistas não são ricos”¹⁴¹. Disso decorre que as informações referentes à produção de inovações devem ser privadas.

b) Os funcionários do governo não têm motivação para gerar riqueza. Isto é, os funcionários do governo não têm incentivos para gerar aquilo de que não podem se apropriar.

c) A indefinição da lei de inovação acerca da titularidade dos resultados advinentes do projeto desenvolvido com os recursos públicos gera insegurança para os investimentos dos agentes econômicos. A lei até especifica algumas modalidades de participação do Estado nestes resultados, mas a sua definição, em alguns casos, quedar-se-á definida mediante ato do Poder Executivo. Essa constatação é contrária à ideia

de que o direito deve formular as suas regras no sentido de estimular os indivíduos, assegurando-lhes benefícios, a fim de que se engajem em projetos capazes de promover a maximização do bem-estar social, de inovações.

d) A lei requer do inventor independente que já tenha, antes de ser incentivado pelo Estado, desenvolvido a sua invenção, vez que, para que o órgão público, sob a sigla ICT (Instituição de Ciência e Tecnologia), adote a sua invenção, esta deve estar com o respectivo pedido de patente já depositado.

e) Para que os agentes econômicos possam ter seus projetos financiados, estes devem ser aprovados em cumprimento às normas do edital que regular o processo de decisão. Entretanto, tal prazo, não raro, é demasiado curto, o que não facilita a apresentação de proposta, em sua totalidade, adequada.

f) Os incentivos fiscais dispostos em seu art. 28 e regulados nos arts. 17 a 26 da Lei do Bem (Lei 11.196/05) são complexos, o que acaba por retrair os investimentos (insegurança jurídica) que poderiam ser feitos em inovação com base em tais benefícios.

No entanto, pelo próprio fato de a Lei de Inovação ser recente no Brasil, prematuro seria conceder diagnóstico infalível acerca de seus resultados. O que se intentou fazer foi constatar que o Estado exerce, ainda, um amplo papel no desenvolvimento de inovações no Brasil, bem como asseverar que, embora o Brasil possa ter melhorado em relação a si próprio, em termos de depósitos de patentes, está um tanto quanto distante de países que há pouco, em termos de desenvolvimento industrial e tecnológico, com ele emparelhavam-se¹⁴².

Assim, como resultou demonstrado, mediante breve comparação com base no número de pedidos de depósitos de patentes e de patentes concedidas no USPTO e no fato de que o número de pedidos de depósito e de concessão de patentes no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) é maior em relação a estrangeiros do que em relação a brasileiros, o Brasil tem muito a evoluir. As ferramentas de *Law and Economics* podem ser úteis para a nova postura, tanto do Estado quanto dos agentes econômicos atuantes no Brasil, em relação à propriedade intelectual.

Não é difícil perceber que a “criatividade humana é o grande recurso natural de qualquer país. Como o ouro nas montanhas, permanecerá enterrado sem estímulo à extração. A proteção à propriedade intelectual é a ferramenta que traz à tona aquele recurso”. Não há povo (ou nação) mais criativo do que outro. O que há são estruturas de incentivos que conduzem à produção eficiente, que geralmente é o caso dos países desenvolvidos, e outras que conduzem à apropriação ineficiente, como, não raro, vem a ser o caso dos países em desenvolvimento. “O engenho e a criatividade humanos não estão espalhados de modo desigual no mundo.”¹⁴³

Mais recentemente, ou seja, fundamentalmente a partir de 2019, o INPI fez um esforço para reduzir o *backlog* do registro de patentes. Todavia a retomada da discussão sobre inconstitucionalidade do par. ún. do art. 40 da Lei de Propriedade Industrial é sinal de que o ambiente institucional para inovação segue precário no Brasil¹⁴⁴.

Notas

- * Esse artigo foi apresentado originalmente na Conferência Latino Americana e Caribenha de Direito e Economia (ALACDE) no ano de 2009 e que não havia sido publicado em sua versão original. A possibilidade de sua publicação nessa coletânea, fez com que autores revissem a publicação e concluíssem sobre a atualidade do tema, para infelicidade do Brasil, como um atestado de nossa ineficiência institucional para promover ambiente favorável à inovação, contando inclusive com atualização do tema ao final do texto.
1. Sócio de Carvalho Machado e Timm Advogados. Professor da FGVSP. Doutor e Mestre em Direito. LLM em Warwick. Pesquisador de Pós Doutorado UC Berkeley. AMP IESE.
 2. Sócio de Carvalho Machado e Timm Advogados. LLM em UC Berkeley MBA FGV.
 3. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 9.
 4. cf. BERNANKE, Ben S. *Global Economic Integration: What's New and What's Not?* in The Federal Reserve Bank of Kansas City's Thirtieth Annual Economic Symposium, Jackson Hole, Wyoming August 25, 2006. Disponível em: <http://federalreserve.gov/newsevents/speech/Bernanke20060825a.htm>. Acesso em: 19.set.2008.
 5. BACKHOUSE, Roger E. *História da economia mundial*. Trad. Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 2002, p. 71.
 6. DOBB afirma que “(...) devemos lembrar que o comércio exterior naqueles tempos era monopolizado por poucos e que, a despeito da preponderância de intrusos, as oportunidades de investimento nessa esfera por pessoas não situadas num círculo

- privilegiado eram limitadas. (...) A admissão para as companhias de comércio exterior... era geralmente muito restrita (...) Para a Companhia das Índias Orientais a taxa de admissão era de 50 libras para um mercador, 66 libras para um lojista, e para os cavalheiros ‘as condições que julgassem *justas*’, cf. DOBB, Maurice. *A Evolução do Capitalismo*. 9. ed., Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983, p. 138. Ainda segundo o mesmo autor, os lucros granjeados com as atividades ultramarinas, à época, eram “assombrosos”. Refere que quando Vasco da Gama regressou a Lisboa, em 1499, fê-lo com uma carga cujo valor superava em 60 vezes o custo da expedição, cf. *Idem, ibidem*.
7. BANCO MUNDIAL. *Globalização, crescimento e pobreza*. São Paulo: Futura, 2003, p. 47.
 8. Greenspan assevera que, em que pese a Primeira Guerra ter sido menos nociva, em termos de mortandade de pessoas, do que a Segunda Guerra, ele arrasou uma idéia, tendo “sido mais devastadora para civilidade e para a civilização do que a fisicamente mais destrutiva Segunda Guerra Mundial”. Em termos de expectativa de vida, no mundo desenvolvido, passou-se de 36 anos, a década de 1820 para 50 anos, em 1914, cf. GREENSPAN, Alan. *A era da turbulência*. p. 350.
 9. PYNDICK & RUBINFELD explicam, com clareza, o significado de vantagem comparativa: “O país 1 possui uma vantagem comparativa sobre o país 2 na produção de uma determinada mercadoria quando o custo de produção de tal mercadoria, em relação ao custo de produção de outras mercadorias no país 1, é mais baixo do que o custo de produção dessa determinada mercadoria no país 2 em relação ao custo de produção de outras mercadorias em 2.”, cf. PYNDICK, Robert; RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. Trad. Eleutério Prado. São Paulo: Prentice Hall, 2002, p. 590. Entretanto, esta vantagem não é mais proporcionada por fatores como a terra, mas, sim, em razão da qualificação da mão-de-obra, da infraestrutura, de instituições fortes e de estímulos à inovação.
 10. BANCO MUNDIAL. *Op. cit.*, p. 53.
 11. Para os países em desenvolvimento, os anos após a Segunda-Guerra Mundial até o meados da década de 1970 foram de interessante crescimento econômico. Neste período, 42 (quarenta e dois) países em desenvolvimento apresentavam taxa de crescimento de 2,5% *per capita* e somente 10 (dez) países no mundo em desenvolvimento não tiveram a sua renda per capita aumentada. Entretanto, a partir do 1º choque do petróleo, em 1973, as economias em desenvolvimento não lograram êxito em manter boas taxas de crescimento. Aliado ao insucesso da política de substituição de importação, tais países demonstraram incapacidade para ajustar as políticas macroeconômicas em decorrência das turbulências externas, cf. RODRIK, Dani. *The New Global Economy and Developing Countries: making openness work*. Washington, DC: Overseas Development Council, 1999, p. 68.
 12. BANCO MUNDIAL. *Op. cit.*, p. 61.
 13. FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano: uma breve histórica do século XXI*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p. 81.

14. *Idem, ibidem*. Ao redor desse núcleo, surgiram outros tipos de inovações, novos materiais (a fibra ótica, por exemplo) e, mais recentemente, os supercondutores, o *laser* e as fontes renováveis de energia (por exemplo, o Biodiesel), que contribuem tanto para o desenvolvimento econômico quanto para o bem-estar social.
15. LEMLEY, M. *Legal Implications of Network Externalities*, 86 Calif. L. Rev., 1998, p. 479-489.
16. Stewart assevera que o poder da força muscular, o poder das máquinas e, até mesmo, o poder da eletricidade vêm sendo substituídos pelo poder do cérebro. Refere, ainda, que após a Segunda Guerra Mundial, passou-se a necessitar menos matéria-prima necessária a cada aumento do produto interno bruto (PIB) da indústria. Por volta dos anos 1950, a quantidade de energia que os produtores necessitavam para a qualquer unidade de produção adicional começou a cair 1% ao ano. “A inteligência tomou o lugar da matéria e da energia”. Prefácio XVII.
17. *Idem, ibidem*.
18. Cabe aqui citar a ideia “schumpeteriana” de *destruição criadora* segundo a qual o desenvolvimento econômico não se dá de maneira uniforme, ou na analogia de Schumpeter, “não avança uniformemente como cresce uma árvore.” Ao reverso, as novas combinações, como podem ser caracterizadas aquelas derivadas da inovação tecnológica, tais como, novos produtos, novos processos produtivos, novos mercados, outras organizações, não são distribuídas uniformemente através dos tempos, mas aparecem, descontinuamente, em grupos ou bandos, cf. SCHUMPETER, Joseph A. *Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*. Trad. de Maria Silvia Possas, 2. ed., São Paulo: Nova Cultural, 1985, p. 148.
19. “O mercado é (...) um espaço social de troca de bens e serviços que tem uma enorme função social: viabilizar com que os indivíduos (e conseqüentemente a sociedade) possam obter aquilo que necessitam mas que não produzem isoladamente, por meio de um contínuo processo de comercialização daquilo que, pela especialização do trabalho, agora geram de excedentes. Mais, o mercado é um espaço público que gera eficiência, ao ensejar a concentração de agentes interessados em um determinado bem ou serviço, facilitando as trocas.”, cf. TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. *Direito, mercado e função social*. In TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil* reprivatização do: ensaios sobre o mercado, a direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 85.
20. Thomas Friedman relata que o prefeito de Dalian, na China, explicou-lhe o funcionamento da economia de mercado da seguinte forma: “A norma da economia de mercado – explicou-me essa autoridade comunista – é que, onde quer que estejam os melhores recursos e a mão-de-obra mais barata, é para lá que as empresas e organizações naturalmente vão migrar”, cf. FRIEDMAN, Thomas. *O mundo é plano: uma breve história do século XXI*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p. 47.

21. ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Interaction Amongst Trade, Investment and Competition*. Working Party of the Trade Committee, 2008, p. 6.
22. VARIAN, HAL. *Microeconomia: princípios básicos*. Trad. Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 649. No mesmo sentido, “As empresas industriais estão desenvolvendo ‘linhas de montagem virtuais’ – modelos eletrônicos da realidade – a fim de testar o layout da fábrica antes da construção. Sua importância foi descrita pelo engenheiro Mark Phillips, da Ford Motor Company: ‘Isso significa que temos condições de eliminar toda uma fase de construção de protótipos de metal, além de permitir que projetemos uma linha de produção que sabemos que vai funcionar, antes de iniciarmos sua construção’. Trata-se da substituição de objetos físicos por artefatos de conhecimento, cujo valor atinge uns US\$ 200 milhões por ano”, cf. STEWART, Thomas A. *A riqueza do conhecimento: o capital intelectual e a organização do século XXI*. Trad. de Afonso Celso da Cunha Serra, Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 33.
23. Entretanto, deve ser referido que o conhecimento nunca deixou de ser relevante. Ao longo da história, os vencedores foram aqueles que estiveram na vanguarda do conhecimento, quer quando são comparados guerreiros primitivos, dos quais os vitoriosos foram aqueles que aprenderam a fazer armas de ferro, em oposição aos seus inimigos que os enfrentavam com armas de bronze, quer quando são comparados *players*, de que são exemplo as empresas norte-americanas, que durante centenas de anos beneficiaram-se do sistema de escolas públicas mais abrangente do mundo, o que lhes forneceu força de trabalho profundamente instruída, cf. STEWART, Thomas. *Op. cit.*, p. 5.
24. Em Jacarta, na Indonésia, um empresário que fabrica vestidos bordados para a exportação tem, geralmente, um amplo galpão para o exercício de sua atividade. Pela porta do galpão entram o algodão, a sede e os materiais para a decoração dos vestidos e por esta mesma porta saem os vestidos decorados para a exportação. Em que pese a existência de famílias, situadas na zona rural de Jacarta, dispostas a fazer o serviço de decoração dos vestidos a um preço mais baixo do que o valor pago aos empregados da fábrica, para efetuarem a mesma atividade, o empresário mantém o funcionamento de todo o processo produtivo sob os seus olhos. Por quê? Porque as instituições jurídicas na Indonésia são fracas (imprevisíveis) e, em assim sendo, elevados são os custos de transação para se verem cumpridos os direitos de propriedade e os contratos. Tal situação não contribui para a eficiência da atividade econômica, o que não contribui para o bom desempenho da economia. Isso porque o direito contratual fraco faz com que o comércio seja localizado e as organizações muito pequenas e as transações raramente se dão no âmbito pessoal, cf. COOTER, Robert; SCHAFER, Hans-Bernd; TIMM, Luciano Benetti. *O problema da desconfiança recíproca*, in *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*: Vol. 1: No. 1, Article 8, 2006, disponível em <http://services.bepress.com/lacjls/vol1/iss1/art8>. Ainda, ALMEIDA, em

- pesquisa realizada, constata que o brasileiro não confia em ninguém que não seja da família. Isto é, o índice da confiança do brasileiro nos amigos (30%), nos vizinhos (23%), nos colegas de trabalho (30%) e na maioria das pessoas (15%) é muito baixo. A partir disso, ALMEIDA conclui que: “Tudo isso ajuda a entender por que grande parte do capitalismo nativo está baseado em relações econômicas familiares. Não é raro encontrar pequenos negócios, bares, restaurantes, lanchonetes ou lojas, nos quais o lugar na “caixa registradora” só pode ser ocupado por parentes, mesmo que isso signifique perda de eficiência”, cf. ALMEIDA, Alberto Carlos. *A cabeça do brasileiro*. 3. ed., Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 116.
25. Um exemplo de digitalização da informação no processo produtivo é a produção do Boeing 777, o qual foi projetado, em sua totalidade, sem que fossem gastos papel e maquetes, vez que foram utilizadas bits e fibra ótica, vale dizer, informações trocadas por computadores.
 26. Nesse sentido, cabe referir que, no ano de 1998, a subsidiária norte-americana da companhia finlandesa Nokia apresentava faturamento de, aproximadamente, US\$ 160 milhões, contando, para tanto, com apenas 05 (cinco) empregados. Da mesma forma, no dia 9 de agosto de 1995, a *Netscape*, uma empresa, à época, com patrimônio de US\$ 17 milhões, com 50 empregados, abre o capital mediante uma oferta inicial de ações (*IPO – initial public offering*), e, no final deste dia, o seu valor chega a US\$ 3 bilhões. Ainda, o mesmo ocorre com a Microsoft que, nos livros de contabilidade, tem o seu valor estimado em US\$ 90 bilhões, ao passo que o seu valor de mercado gira em torno de US\$ 270 bilhões. Tal diferença resulta dos ativos intangíveis, dentre os quais a propriedade intelectual (marca, patentes, segredos industriais, direitos autorais) forma a maior parte, cf. PROVEDEL, Leticia. *Considerações à incorporação de bens intangíveis ao capital social das empresas*. In RT/Fasc. Civ. Ano 91, v. 801, jul. 2002, p. 78, e, também, FRIEDMAN, Thomas. *O mundo é plano: uma breve história do século XXI*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p. 70.
 27. Os autores em *Law and Economics* referem-se a Direito e Economia (tradução literal) como: teoria, movimento e método de análise. No presente trabalho, vale-se de Direito e Economia como um método de análise. Contudo, ao longo do texto, são mencionadas, variavelmente, as três formas referidas.
 28. *Idem, ibidem*.
 29. VELJANOVSKI, Cento. *The economics of law*. 2. ed. Londres: The Institute of Economic Affairs, 2006, p. 52.
 30. VELJANOVSKI aduz que “The economics of law can be defined rather crudely as the application of economic theory, mostly price theory, and statistical methods to examine the formation, structure, processes and impact of the law and legal institutions.” In VELJANOVSKI, Cento. *The economics of law*. Londres: The Institute of Economic Affairs, 2. ed., 2006, p. 24.
 31. Cabe notar que, aos citados autores, seguiram-se Richard Posner, Gary Becker e Henry Mane.

32. MACKAAY, Ejan. *History of law and economics*. In Encyclopedia of Law and Economics, p. 72. Disponível em: <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>. Acesso em: 18.mar.2008.
33. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 3. ed. Califórnia, EUA: Addison Wesley Longmann, 2000, p. 2.
34. *Idem, ibidem*.
35. SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio; MUELER, Bernardo. *Economia dos direitos de propriedade*. In ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2005, p. 97.
36. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 3. ed. Califórnia, EUA: Addison Wesley Longmann, 2000, p. 3. Ainda, cabe referir a noção de Hans Kelsen, quando vale-se da *coerção* para identificar o elemento diferenciador entre as normas jurídicas e as normas morais. Ver BARZOTTO, Luís Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004, p. 36. Da mesma forma, REALE assevera que “o cumprimento obrigatório da sentença satisfaz ao mundo jurídico, mas continua alheio ao campo propriamente moral. Isto nos demonstra que existe, entre o Direito e a Moral, uma diferença básica, que podemos indicar com esta expressão: *a Moral é incoercível e o Direito é coercível*.” In REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46. Por fim, do termo *sanção*, no caso, não se tem a noção puramente restritiva. Como assevera Tércio Sampaio Ferraz Jr., “o Estado contemporâneo, caracterizado por sua extensiva intervenção no domínio econômico, tomou a tese da essencialidade da sanção, no sentido de um ato de coação enquanto um mal, demasiadamente estreita. Hoje se fala, cada vez mais de sanções premiais, como são, por exemplo, os incentivos fiscais, cuja função é o encorajamento de um ato (sanção-prêmio) e não seu desencorajamento (sanção-castigo)”, cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 118. Por fim, BOBBIO aduz que a “noção de sanção positiva deduz-se, a *contrario sensu*, daquela mais bem elaborada de sanção negativa. Enquanto o castigo é uma reação a uma ação má, o prêmio é uma sanção a uma ação boa”, cf. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. de Daniela Versiani, Barueri, SP: Manole, 2007, p. 24.
37. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Op. cit.*, p. 3.
38. *Idem, ibidem*.
39. Em crítica ao método da subsunção, SALAMA afirma que: “O velho esquema de subsunção (aplicação de normas gerais e abstratas a casos concretos) precisa ser revisitado, pois pode não resolver adequadamente os problemas. Isso é particularmente verdadeiro quando há normas abertas e programáticas, como é tão comum no ordenamento brasileiro. Em casos difíceis e com muitas susceptibilidades políticas, econômicas e sociais, integrar as conseqüências à lógica da

- formulação das decisões ajuda no encaminhamento não apenas de soluções mais eficientes, como também de soluções mais justas”, cf. SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é “direito e economia”? Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito*. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/20/. Acesso em: 23. Set. 2008. Ainda na crítica à subsunção ver ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed., Trad. de J. Baptista Machado, Lisboa: Fundação Clouste Gulbenkian, 1988.
40. “This theory surpasses intuition, just as science surpasses common sense”, cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 3. ed. Califórnia, EUA: Addison Wesley Longman, 2000, p. 3.
 41. SALAMA, Bruno. O que é direito e economia. In TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 52.
 42. Posner, *Economic Analysis of Law*, 5. ed., p. 3. Um exemplo é o ar. Posner assevera que “*Since I can breathe as much air as I want without depriving anyone of any of the air he wants, no one will pay me to relinquish my air to him, therefore, air is costless*”. Ainda, cabe ressaltar que o próprio Posner menciona ser o ar um bem livre de custos, mas, ao reverso, o ar limpo não.
 43. SALAMA, Bruno. O que é “Direito e Economia”? in TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 59.
 44. “*I explained in The Problem of Social Cost that what are traded on the market are not, as is often supposed by economists, physical entities but the rights to perform certain actions and the rights which individuals possess are established by the legal system.*”, cf. COASE, Ronald. *The Problem of the Social Cost*. The Journal of Law and Economics, The University of Chicago Press, vol. III, 1960, p. 2, disponível em <http://www.jstor.org/stable/724810>.
 45. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 3. ed. Califórnia: Addison Wesley Longman, 2000, p. 88.
 46. COASE, Ronald. *The Institutional Structure of Production*. The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 1991 Prize Lecture, The Nobel Foundation, 9 de Dezembro, 1991, disponível em: http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1991/coase-lecture.html. Tradução livre de: “*I do not disagree with Stigler. However, I tend to regard the Coase Theorem as a stepping stone on the way to an analysis of an economy with positive transaction costs. (...) My conclusion; let us study the world of positive transaction costs*”.
 47. ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2005, p. 1 e 2.
 48. “Transaction cost must not be confused with the license fee, or in other words the contract price. The fee is a measure of the value of the transaction; the transaction cost is the cost of making the transaction and thus realizing the value.”, cf. POSNER, Richard A. *Transaction Costs and Antitrust Concerns in the Licensing of Intellectual Property*.
 49. “Businessmen in deciding on their ways of doing business and on what to produce have to take into account transaction costs.” *Idem, ibidem*.

50. *Idem, ibidem.*
51. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Op. cit.* p. 82.
52. *Idem, ibidem.*
53. TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. *Direito, mercado e função social.* In TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o Mercado, a reprivatização do direito civil e a reprivatização do direito público.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 88.
54. IDRIS, Kamil. *Op. cit.*, p. 31
55. Nesse sentido, Mueller, Zylbersztajn e Sztajn asseveram que “Dado que os direitos de propriedade são, muitas vezes, compartilhados, a possibilidade da sua realocação e transferência dependerá da existência de ‘custos de transação’. O já citado paradigma básico de Coase é o pressuposto da irrelevância da alocação inicial dos direitos de propriedade na ausência de ‘custos transacionais’. A realocação dos direitos de propriedade é regulada por contratos que definem os termos da troca tanto nas condições do uso do recurso quanto na divisão dos resultados. Sua eficiência depende da existência de mecanismos institucionais legais, que garantam o cumprimento das promessas sempre que a contratação e a execução da operação forem defasadas no tempo, como no caso dos contratos de execução diferida, por exemplo.”, cf. ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações.* Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2005. p. 87.
56. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Op. cit.*, p. 89. Tradução livre de: “One of the most robust conclusions of these experiments is that bargainers are more likely to cooperate when their rights are clear and less likely to cooperate when their rights are ambiguous”.
57. “When transaction costs are zero, an efficient use of resources results from private bargaining, regardless of the legal assignment of property rights.”, cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Op. Cit.* p. 85.
58. “It was Ronald Coase (1960) who made the crucial connection between institutions, transaction costs, and neoclassical theory. The neoclassical result of efficient markets only obtains when it is costless to transact. Only under the conditions of cost-less bargaining will the actors reach the solution that maximizes aggregate income regardless of the institutional arrangements. When it is costly to transact, then institutions matter. And it is costly to transact.”, cf. NORTH, Douglass C. *Economic Change Through Time.* p. 360.
59. NORTH, Douglass C. Custos de transação, instituições e desempenho econômico. In *Série Ensaios & Artigos*, Tradução de Elizabeth Hart, Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1998, p. 7.
60. NORTH, Douglass C. *Economic Change Through Time.* p. 360-361.
61. NORTH, Douglass C. *Custos de transação, instituições e desempenho econômico.* In *Série ensaios e artigos.* Tradução de Elizabeth Hart, Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1998, p. 12.
62. As organizações são “the interaction between institutions and organizations that

- shapes the institutional evolution of an economy. If institutions are the rules of the game, organizations and their entrepreneurs are the players.” cf. NORTH, Douglass C. *Economic Change Through Time*. p. 362.
63. TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. *Direito, mercado e função social*. In TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia*. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 88.
 64. SHERWOOD, Robert M. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. Trad. de Heloisa de Arruda Villela, 1a. ed. EDUSP, 1992. p. 114.
 65. NORTH, Douglass C. *Economic Performance Through Time*. *The American Economic Review*, Vol. 84, n. 3, (Jun. 1994), p. 360.
 66. NORTH, Douglass C. *Op. cit.*, p. 361.
 67. No ordenamento jurídico brasileiro, o Código Civil, no Capítulo II, de seu Livro II (“Dos Bens”) assinala o tratamento dos bens públicos. Inicia, no artigo 98, com a distinção entre bens públicos e privados de acordo com a pessoa a quem pertencem, de forma que os bens públicos são os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, vale dizer, União, estados e municípios. Prossegue o Código qualificando os bens públicos em bens de uso comum do povo (art.99, I), bens públicos de uso especial (art. 99, II) e bens dominicais (art. 99, III), o que difere da distinção feita na seara econômica.
 68. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*, Addison Wesley Editor, 2003, p. 51.
 69. Exemplo baseado em COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Op. cit.*, p. 51.
 70. Note-se que a prestação do serviço para aqueles que não o contrataram é barata, mas a produção do serviço, antes de ofertá-lo, é muito custosa.
 71. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*, Addison Wesley Editor, 2003, p. 126.
 72. COOTER, R. and ULEN, Thomas. *Law and Economics*. *Op. cit.*, p. 126.
 73. Nesse sentido, asseverou o Advogado Geral e Vice-Presidente Senior da Microsoft, Brad Smith, após o anúncio, em 17/09/07, de que a desenvolvedora de software fora condenada pela Corte de Primeira Instância da União Européia, dentre outras coisas, a pagar uma multa de 497 milhões de Euros (R\$ 1.3 bi), que “*It is remarkable, as I mentioned this morning, that, when this case started, Microsoft was spending only US\$ 3 million a year on research and development (R&D) in Europe. One might fairly ask what took us so long. I am pleased today that we spend almost \$500 million a year on R&D in Europe, a number which will clearly continue to rise*” (disponível em <http://www.microsoft.com/Presspass/exec/bradsmith/09-17-07CFL.msp>). Por outro lado, “*To illustrate, Hong Kong shops resell American software at the cost of a diskette*”. COOTER, R. and ULEN, Thomas. *Law and economics*. *Op. cit.*, p. 126.
 74. POSNER, Richard A. *Intellectual property: A Law and Economics Approach*. *Journal of Economic Perspectives*, Volume 19, Number 2, 2005, p. 58
 75. COOTER, Robert and ULEN, Thomas. *Law and Economics*, Addison Wesley Editor, 2003, p. 51.; BARBOSA, Cláudio R. *A propriedade intelectual enquanto infor-*

- mação. *Uma perspectiva de law and economics*, 2006, p. 4. Disponível em <http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1076&context=bple>.
76. Como se verá adiante, há, na Lei de Propriedade Industrial brasileira, em seu artigo 2º, um rol descritivo de direitos de propriedade industrial. A análise do presente trabalho é feita, predominantemente, com base em patentes. Assim, entende-se por patente o título de propriedade temporária sobre invenção ou modelo de utilidade, conferidos pelo Estado a inventor, autor, ou outras pessoas físicas ou jurídicas detentoras de direitos sobre a criação, passível de aplicação industrial. Por invenção entende-se uma concepção resultante do esforço da mente humana, significando a solução para um problema técnico dentro de um determinado campo tecnológico, capaz de ser empregado na atividade industrial. Por modelo de utilidade entende-se uma nova forma ou disposição a ser empregada em objeto existente, com o objetivo de melhorar a função a que este se destina.
 77. COOTER & ULLEN asseveram que as sanções jurídicas equivalem aos preços e que as pessoas respondem àqueles da mesma forma que reagem a estes. Isto é, quando os preços estão elevados, as pessoas reagem a tal situação consumindo menos os bens mais caros e, igualmente, as pessoas realizam menos as condutas mais severamente sancionadas. In COOTER and ULLEN, *op. cit.*, p. 3.
 78. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, p. 88.
 79. *Idem*, p. 89.
 80. Veja-se, por exemplo, a sintetização da aspirina, no final do século XIX; a penicilina, em meados do século XX; e, no final dos anos 1980, a invenção da primeira medicação destinada ao tratamento da HIV/AIDS, cf. HESTERMEYR, Holger. *Human Rights and the WTO: the case of patents and access to medicines*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007, introdução, XXXIII.
 81. SHERWOOD, Robert M. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. Trad. Heloisa de Arruda Villela. São Paulo: EDUSP, 1992, p. 63.
 82. Para confirmar, exemplificativamente, tal assertiva, veja-se o transistor, a fibra óptica, as tecnologias da informação e da comunicação, os medicamentos, a biotecnologia.
 83. SHERWOOD, Robert M. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. Trad. Heloisa de Arruda Villela, São Paulo: EDUSP, 1992, p. 159.
 84. Pharmaceutical Research and Manufacturers of America. *Pharmaceutical Industry Profile 2008*. Washington, DC: PhRMA, Março, 2008.
 85. O que trará um prejuízo do ponto de vista do bem-estar, porquanto deixarão de ser produzidos bens para os quais haveria mercado, conforme LÉVÊQUE, François and MÉNIÈRE, Yann. *Patents and Innovation: Friends or Foes?* 2006, disponível em <http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/FL-YM-PatentsInnovationJanuary07.pdf>.
 86. TORUN & ÇIÇEKÇİ afirmam que “*Turning a novel thought into a profitable product is a hard thing to do. Every great inventor needs a great entrepreneur and viceversa. Chester Carlson’s*

- invention of xerography would never have become the remarkably profitable Xerox photocopying business were it not for what Charles Ellis calls the 'extreme entrepreneurship' of Joe Wilson.*”, in TORUN, Hasan; ÇIÇEKÇI, Cumhur. *Innovation: Is the Engine for the Economic Growth?* In sítio de Central Bank of the Republic of Turkey, P. 6. Disponível em: <http://www.tcmb.gov.tr/yeni/iletisimgm/Innovation.pdf>. Acesso em: 14.jan.2008.
87. COOTER, R.; SCHÄFER, H.; TIMM, Luciano Benetti. *O problema da desconfiança recíproca. The Latin American and Caribbean journal of Legal Studies*, Vol. 1, n.1, artigo 8, 2006, p. 7. Disponível em: <http://services.bepress.com/lacjls/vol1/iss1/art8/>. Acesso em: 28.nov. 2007.
 88. Em inglês, são conhecidos como os três F's: *family, friends and fools*.
 89. Nesse nível, os direitos de propriedade intelectual exercem um papel importante. Uma das fontes de pesquisa dos *venture capitalists* para selecionar quais inovadores financiar é a divulgação das informações constantes das patentes já depositadas pelo inovador. Assim, as patentes fornecem credibilidade ao inovador. Ver, nesse sentido Wipo p.40.
 90. PATE, R. Hewitt. *Promoting Economic Growth Through Competition and Innovation*, em palestra à *Chinese Academy of Social Sciences, Institute of Law*, Beijing, 01/07/04. Aliás, os Estados Unidos passaram, na década de 1980, por um ponto de inflexão no incentivo destinado à produção de inovações. À referida época, esse país enfrentava a ascensão econômica de outras potências, principalmente do Japão, o que ocasionou a perda de competitividade da indústria norte-americana. Em assim sendo, os norte-americanos, caso desejassem manter a sua postura de líderes globais, em termos, principalmente, econômicos, deveriam postar-se diferentemente no que tange ao estímulo ao desenvolvimento de inovações, tornando, dessa forma, a economia mais amigável à inovação, ao empreendedorismo e à cooperação econômica. A fonte de tal mudança foi a introdução de novo marco regulatório para os investimentos e o fomento à inovação, trazido à tona com a criação e aperfeiçoamento de instituições formais, vale dizer, novos mecanismos jurídico-institucionais, durante toda a década de 1980, permitindo que os resultados das pesquisas realizadas nas universidades, nos laboratórios federais, bem como por outros institutos de pesquisas fossem passíveis de comercialização, cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa; ABDAL, Alexandre. *O Sistema Jurídico-Institucional de Incentivos a Investimentos em Inovação nos Estados Unidos*. Disponível em: www.iea.usp.br/iea/mo/mobitabdalmattos.pdf. Acesso em: 22. set. 2008.
 91. PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*, Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2005, p. 355.
 92. COOTER, R., SCHÄFER, H. e TIMM, Luciano Benetti. *O problema da desconfiança recíproca. The Latin American and Caribbean journal of Legal Studies*, Vol. 1, n.1, artigo 8, 2006, p. 4.
 93. “Qualquer que seja a sua fonte, as vantagens competitivas usualmente requerem *tempo* para serem alcançadas. Essa característica é particularmente aplicável às

- vantagens associadas à inovação e, portanto, a análise da competitividade deve levar em conta a *cumulatividade* das vantagens competitivas adquiridas pelas empresas.” In BRASIL. MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA (MCT). *Estudo da Competitividade da Indústria Brasileira*: Relatório Final. 1993. Disponível em: www.mct.gov.br.
94. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (CADE). *Guia da concorrência do CADE*. 3. ed., p. 9. Disponível em: http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia_cade_3d_100108.pdf.
95. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2005, p. 355.
96. CADE. *Op. cit.*, p. 9.
97. No Brasil, de acordo com o Código de propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), a proteção conferida pelas patentes (art. 40) vigora pelo prazo de 20 anos e a marca, o prazo de vigência é de 10 anos, renováveis *ad infinitum* (art. 133). Quanto aos direitos autorais, regulados em lei própria (Lei nº 9.610/98), a proteção independe de registro (art. 18) e perdura pela vida autor mais 70 anos a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao seu falecimento (art. 40). Ainda, quanto à proteção dos direitos autorais sobre programa de computador, o que está regulado em lei própria (Lei nº 9.609/98), o prazo de vigência é de 50 anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação, conforme o § 2º, do artigo 2º, da aludida Lei.
98. Os presidentes brasileiros da nova República do Brasil, fundada em 1891, de acordo com as regras do jogo oligárquico, eram escolhidos, em razão do apoio das lideranças republicanas, ora um presidente de origem paulista, ora um presidente de origem mineira, no que ficou conhecido como a política do *café-com-leite*. Entretanto, com a crise de 1929, forte impacto foi gerado na economia cafeeira, a qual já andava abalada em razão de as políticas de valorização do café, criadas com o Convênio de Taubaté, não surtiram mais efeito, não conseguindo manter o preço do café estável. Isso foi um duro golpe na principal fonte de divisas do Brasil à época, o que gerou inconformidades não apenas por parte das classes mais baixas, mas, também, das elites que tiveram a sua renda diminuída. Tal situação alcançou a política. A escolha do então presidente brasileiro, Washington Luís, no candidato paulista, quando deveria ter escolhido apoiar o candidato mineiro gerou clima de descontentamento e tensão. As elites mineiras formaram a Aliança Liberal, tendo recebido o apoio do Rio Grande do Sul e da Paraíba, no combate às candidaturas oficiais. Disso decorreu o lançamento da candidatura de Getúlio Vargas, em 1929, no Rio de Janeiro. Entretanto, os dissidentes acabaram derrotados, com o candidato governista, Julio Prestes, vencendo a eleição. Mas a ala mais radical da Aliança Liberal não resultou conformada com a derrota. Somou-se a isso o fato de que não foi reconhecido aos deputados da Aliança o mandato. Assim, com base no manifesto escrito por Luis Carlos Prestes, o movimento revolucionário estourou em Minas Gerais e no Rio Grande do Sul, rumo ao poder. O presidente brasileiro, Washington

- Luís, recusou-se a reconhecer a derrota militar para os rebeldes, mas no dia 24 de outubro, de 1930, os rebeldes cercaram o Palácio Guanabara e decretaram a prisão do Presidente. Era o fim da República Oligárquica. Vargas tornou-se o Chefe da Junta Governativa, a qual chegou ao poder via Golpe de Estado, e, após, foi eleito, pelos constituintes, presidente até 1938. Antes das eleições presidenciais, de 1938, Vargas deu o Golpe de Estado de 1937. Ao tomar o poder, a maneira encontrada por Getúlio Vargas para dar cabo aos interesses econômicos da elite paulista foi a promoção da industrialização e urbanização do Brasil. Após um governo democrático entre 1956-1961, do Presidente Juscelino Kubitschek, que estabeleceu um Plano de Metas direcionado aos setores de energia, transporte, alimentação, indústria de base e educação, um novo golpe de estado estava prestes a acontecer no Brasil, agora contra as medidas socialistas do novo Presidente João Goulart (reformas de base, tais como, a distribuição de terras ou reforma agrária, educação pública). O governo militar adveniente foi responsável pela implementação da Política de Substituição de Importação no Brasil, de orientação nacionalista e de direita, cf. MOTA, Myriam Becho e BRAICK, Patrícia Ramos. *História: das cavernas ao Terceiro Milênio*. Moderna, São Paulo, 1a. ed., 1997, pp. 496-498 e 539-541.
99. Os investimentos foram advenientes da política adotada pelo Brasil, que necessitava de tecnologia para desenvolver a sua indústria doméstica. “Conseqüentemente, em 1980, estava largamente estribada nos investimentos das multinacionais”, cf. STEVENS, Dallal. *Framing competition law within an emerging economy: the case of Brazil* 40 ANTITRUST BULL. 929, 934 (1995). Ver, também, TIMM, Luciano Bennett; CAOVIALLA, Renato. *A mudança no modelo regulatório da tecnologia no Brasil*. Anais do XVI Congresso Nacional do Conpedi, novembro de 2007, p. 2472.
100. SELL, Susan. *Power and ideas*. State University of New York Press, 1998, p. 41.
101. “As exceções estão principalmente localizadas nas empresas de maior porte, de setores intermediários, de bens duráveis e bens de capital, nas quais ao longo dos últimos anos nota-se crescente eficiência econômica.” in *Ministério da Ciência e Tecnologia. “Estudo da Competitividade da Indústria Brasileira – Relatório Final”*. 1993, p. 18. Publicado no *website* do MCT: www.mct.gov.br.
102. *Idem*, p. 15.
103. *Idem*, p. 18.
104. “Earlier models of economic development such as import-substituting industrialization, popular in Latin America and India, were discredited by economic stagnation and the debt crises of the 1970s-1980s.”, cf. SELL, Susan. *What Role for Humanitarian Intellectual Property? The Globalization of Intellectual Property Rights*. P. 194 Ainda, “A crise macroeconômica (dívida externa e consequente desorganização das finanças públicas) imobilizou o Estado, inviabilizando a formulação de uma política industrial e tecnológica que se seguisse à política de substituição de importações. Num quadro de crescente instabilidade macroeconômica e aceleração inflacionária, processa-se um ajuste industrial defensivo, com contração de investimentos, estagnação da produção e queda da renda *per capita*.” MCT, p. 15.

105. *Idem, ibidem*. Ainda, os Estados não desejavam que os padrões mínimos para a proteção à propriedade intelectual fossem estabelecidos no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, mas sim no âmbito da OMC, vez que exigiam a introdução de um mecanismo de resolução de disputas nos casos envolvendo violações de propriedade intelectual, o que se fez possível no Acordo TRIPS, administrado pela Organização Mundial do Comércio.
106. “States, seeking to be globally competitive, have liberalized markets, engaged in deregulation and privatization, and implemented new regulatory structures designed to promote efficiency and enforce market-friendly behavior.” cf. SELL P. *Op. Cit.*, p. 194.
107. *Ministério da Ciência e Tecnologia*. “*Estudo da Competitividade da Indústria Brasileira – Relatório Final*”. 1993, p. 19. Publicado no *website* do MCT: www.mct.gov.br.
108. MOTA e BRAICK. *Op. cit.*, p. 591.
109. *Idem, ibidem*. Com efeito, o programa brasileiro de privatização foi instituído pela Lei nº 8.031, de 12 de Abril de 1990 (alterado pela Lei nº 9.491, de 9 de Setembro de 1997 e, ao depois, por outras emendas) e é regulado pelo Decreto nº 2.549, de 15 de Maio de 1998, cf. Consulado Geral do Brasil em Nova Iorque. P. 53.<http://en.brazilny.org/images/secomfiles/GuiaLegalI.pdf>
110. PARISI, *Op. cit.*, p. 9.
111. No sentido dado por Douglass North.
112. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2005, p. 62. Ainda, ZYLBERSZTAJN e SZTAJN referem a Nova Economia institucional “como sendo uma área do conhecimento que adiciona a importância das instituições como promotoras do desenvolvimento econômico e as considera passíveis de análise”. In ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN Rachel (org.). *Op. cit.*, p. 85.
113. SALERMO, Mario Sergio; KUBOTA, Luis Claudio. Estado e inovação. In DE NEGRI, João Alberto; KUBOTA, Luis Claudio. *Políticas de incentivo à inovação tecnológica no Brasil*. Brasília: IPEA, Cap. 1, p. 28, 2008.
114. A pesquisa PINTEC é realizada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Já foram feitas três versões: 1998-2000; 2001-2003; e 2004-2005.
115. A pesquisa foi feita com 72 mil empresas brasileiras. Foi baseada na Pesquisa Industrial Anual (PIA) do IBGE, na Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), do Ministério do Trabalho e Emprego, entre outras. AS estratégias competitivas verificadas foram: a) empresas que inovam e diferenciam produtos; empresas especializadas em produtos padronizados; e c) empresas que não diferenciam produto e têm produtividade menor comparativamente às demais, cf. SALERMO, Mario; NEGRI, João. Inovação, estratégias competitivas e inserção internacional das firmas da indústria brasileira. In *Parcerias Estratégicas*. Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos (CGEE), nº 20, jun 2005. Número especial: seminários temáticos para a 3ª Conferência Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação, p. 1225.

116. A América do Norte é responsável por 38,2%; Europa por 28,8%; Ásia por 27,9%; Oceania por 1,3%; África por 0,7%, cf. COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE. *Globalização e desenvolvimento*. Organização das Nações Unidas, 2002, p. 223. Disponível em: <http://www.cepal.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/9/10029/P10029.xml&xsl=/tpl/p9f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xsl>. Acesso em: 02.out.2008.
117. *Idem, ibidem*.
118. *Idem, ibidem*. O mesmo estudo refere que, nos Estados Unidos, por exemplo, o setor privado é responsável por 69% do investimento em P&D.
119. CAMPAÑÁ-ROCA, Alejandro. A Inovação Tecnológica na América Latina e no Caribe. In *Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI)*, nº 74, jan./fev., 2005, p. 15.
120. BRASIL, Ministério da Ciência e Tecnologia. Brasil: *investimentos nacionais em ciência e tecnologia (C&T)(1), 2000-2006*. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/9058.html>. Acesso em: 03.set.2008.
121. SALERMO, Mario Sergio; KUBOTA, Luis Claudio. *Estado e inovação*. In DE NEGRI, João Alberto; KUBOTA, Luis Claudio. *Políticas de Incentivo à Inovação Tecnológica no Brasil*. Brasília: IPEA, Cap. 1, p. 24, 2008.
122. TAKAI, Anselmo; CAMARGO, Hélio; MENDES, Ricardo; SENNES, Ricardo. Propriedade Intelectual e Inovação: uma análise de dez instituições brasileiras. In CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS. *Parceiras estratégicas*. Brasília: CGE, nº 26, Junho 2008, p. 180.
123. cf. BRASIL, Ministério da Ciência e Tecnologia. Brasil: *Pedidos de patentes depositados no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), segundo tipos e origem do depositante, 1990-2006*. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/5688.html>. Acesso em: 06.set.2008. Entretanto, deve ser notado que os não-residentes depositam mais patentes no INPI do que os residentes brasileiros o fazem.
124. Assim, veja-se número de pedidos em relação ao ano: 12.744 (1990); 11.891 (1991); 10.909 (1992); 12.639 (1993); 13.362 (1994); 15.839 (1995); 17.916 (1996); 20.354 (1997); 21.526 (1998); 23.877 (1999); 24.151 (2000); 24.348 (2001); 23.995 (2002); 24.753 (2003); 26.702 (2004); 26.398 (2005); 26.509 (2006); cf. *Idem, ibidem*.
125. BRASIL, Ministério da Ciência e Tecnologia. Brasil: *Brasil: Pedidos e concessões de patente de invenção depositados por residentes no Brasil no escritório de marcas e patentes dos Estados Unidos da América, 1975-2007*. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/5702.html>. Acesso em: 09.set.2008.
126. A Coreia do Sul não calçou a sua indústria nas infrações de *copyrights* ou de patentes relativamente aos produtos americanos e japoneses (aliás, as áreas nas quais a Coreia tornou-se deficiente, na década de 1990 foram, justamente, aquelas em que a sua proteção à propriedade intelectual era fraca. Por exemplo, filmes, produtos farmacêuticos, produtos químicos). Ao contrário, valeu-se da chama-

da engenharia reversa, instrumento utilizado para que a indústria aprendesse o funcionamento da tecnologia e, com isso, produzisse os seus próprios produtos. Mas estes deveriam suficientemente distinguir-se dos que serviam de paradigma, para que pudessem ser patenteados nos Estados Unidos e no Japão. Outro expediente de que se valeu a Coreia foi a criação de subsidiárias locais de empresas multinacionais a fim de celebrar *joint ventures*, com o objetivo de exportação de produtos e peças acabados, cf. SHERWOOD, Op. Cit., p. 175. Ainda, cabe notar que intento sul-coreano, na década de 1980, foi parecido com o do Brasil, a saber, fortalecer a indústria nacional. Entretanto, o governo coreano investiu nos chamados *chaebols*, fazendo com que competissem internacionalmente (alguns desses conglomerados são Hyundai, LG, Daewoo e Samsung), ao passo que a indústria brasileira, no referido período, por sua posição de principiante, foi protegida da concorrência internacional.

127. SALERMO, Mario Sergio; KUBOTA, Luis Claudio. Estado e inovação. In DE NEGRI, João Alberto; KUBOTA, Luis Claudio. *Políticas de incentivo à inovação tecnológica no Brasil*. Brasília: IPEA, Cap. 1, p. 31, 2008.
128. Faz-se referência, no final da década de 1990, na esteira do processo de privatização de alguns setores da economia nacional, aos Fundos Setoriais (vinculados a áreas específicas como petróleo, energia, informática, por exemplo), que surgiram como o principal meio de financiamento de inovações no Brasil. Entretanto, nota-se que os depósitos de patentes no INPI não sofreram significativas alterações após a constituição desses fundos.
129. SALERMO, Mario Sergio; KUBOTA, Luis Claudio. Estado e inovação. In DE NEGRI, João Alberto; KUBOTA, Luis Claudio. *Políticas de Incentivo à Inovação Tecnológica no Brasil*. Brasília: IPEA, Cap. 1, p. 30, 2008.
130. Cabe ressaltar que este modelo foi mundialmente dominante desde a década de 1950 até o início dos anos 1980.
131. Em 2006, o Brasil foi responsável por 2% das publicações indexadas internacionalmente pelo *Institute for Scientific Information (ISI)*, ao passo que, em termos de patentes, o Brasil depositou apenas 0,2% dos pedidos de patentes no mundo.
132. CRUZ, Carlos H. de Brito; MELLO, Luiz de. *Boosting Innovation Performance in Brazil*. OCDE. Economics Department Working Paper n° 532, p. 10, 2006. Disponível em: [http://www.oilis.oecd.org/olis/2006doc.nsf/LinkTo/NT000074BA/\\$FILE/JT03219362.PDF](http://www.oilis.oecd.org/olis/2006doc.nsf/LinkTo/NT000074BA/$FILE/JT03219362.PDF).
133. TAKAI, Anselmo; CAMARGO, Hélio; MENDES, Ricardo; SENNES, Ricardo. *Propriedade Intelectual e Inovação: uma análise de dez instituições brasileiras*. In CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS. *Parceiras estratégicas*. Brasília: CGE, n° 26, Junho 2008, p. 179.
134. TAKAI, Anselmo; CAMARGO, Hélio; MENDES, Ricardo; SENNES, Ricardo. *Propriedade Intelectual e Inovação: uma análise de dez instituições brasileiras*. In CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS. *Parceiras estratégicas*. Brasília: CGE, n° 26, Junho 2008, p. 188.

135. SALERMO, Mario Sergio; KUBOTA, Luis Claudio. Estado e inovação. In DE NEGRI, João Alberto; KUBOTA, Luis Claudio. *Políticas de incentivo à inovação tecnológica no Brasil*. Brasília: IPEA, Cap. 1, p. 45, 2008.
136. *Idem, ibidem*.
137. Para o fim de desenvolver a indústria nacional, o mecanismo adotado, em duas oportunidades, pelo Brasil foi a Política de Substituição de Importações. Para cumprir com o objetivo dessa medida, a indústria brasileira necessitava de tecnologia. Mas, ao invés de produzi-la, foi buscar dos estrangeiros. Entretanto, as subsidiárias das multinacionais que atuavam no Brasil não se constituíram em bases de exportação, vez que apenas distribuam os produtos, cf. SALERMO, Mario Sergio; KUBOTA, Luis Claudio. *Estado e inovação*. In DE NEGRI, João Alberto; KUBOTA, Luis Claudio. *Políticas de incentivo à inovação tecnológica no Brasil*. Brasília: IPEA, Cap. 1, p. 23, 2008.
138. Interessante é notar que, no Brasil, no ano de 1998, 94% das firmas de serviços e 86% das indústrias não depositaram qualquer marca ou patente no INPI. Desde então, a situação pouco foi alterada, cf. SALERMO, Mario Sergio; KUBOTA, Luis Claudio. *Estado e inovação*. In DE NEGRI, João Alberto; KUBOTA, Luis Claudio. *Políticas de incentivo à inovação tecnológica no Brasil*. Brasília: IPEA, Cap. 1, p. 46, 2008.
139. LUNA, Francisco; BAESSA, Adriano. Impacto das marcas e patentes no desempenho econômico das firmas. In DE NEGRI, João Alberto; KUBOTA, Luis Claudio. *Políticas de incentivo à inovação tecnológica no Brasil*. Brasília: IPEA, Cap. 1, p. 483, 2008.
140. *Idem, op. cit.*, p. 487.
141. COOTER, R., SCHÄFER, H.B. e TIMM, Luciano Benetti. *Menos é mais*. *The Latin American and Caribbean journal of Legal Studies*, Vol. 1, n. 1, artigo 10, 2006, p. 2. Ainda, asseveram que os investidores que investem no mercado de ações com base tão-somente baseados em informações públicas, somente auferem lucro por acaso. É a hipótese do mercado eficiente.
142. Trata-se do referido caso da Coreia do Sul. Ainda, deve ser ressaltado que o Brasil conta com pólos de inovação tecnológica (inclusive, um destes é sediado na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, o TECNOPUC, em que muito avançada é a pesquisa em tecnologia da informação. Aliás, a instalação de companhias multinacionais nesta área deve-se, também, à derrubada da restrição que impunha a lei de informática, na década de 70. Para informações acerca dos pólos tecnológicos, ver TODESCHINI, Marcos e BETTI, Renata. O Brasil da Inovação. In Revista *Veja*, Edição 2081, de 08 de outubro de 2008. Disponível em: http://veja.abril.com.br/081008/p_158.shtml. Acesso em: 08.out.2008.
143. *Op. cit.*, p. 193.
144. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/law-and-economics-do-par-un-do-art-40-da-lei-de-propriedade-intelectual-27102020>

Renda básica, cidadania, direitos humanos e mínimo existencial

Eduardo Cambi¹

Promotor de Justiça

Resumo: A ausência de regulamentação da Lei 10.835/04, que prevê a renda básica de cidadania, suscita o debate sobre a importância de se assegurar um mínimo existencial como pressuposto para o exercício da cidadania e respeito aos direitos humanos. A questão trazida no Mandado de Injunção 7.300/DF é de grande importância na efetivação pelo Poder Judiciário da dignidade humana, protegida na Constituição da República e em diversos tratados de direitos humanos de que o Brasil é signatário.

1. A LEI 10.835/04 INSTITUI A RENDA BÁSICA DE CIDADANIA COMO um direito de todos os brasileiros residentes no país e estrangeiros há pelo menos cinco anos no Brasil, cujo benefício deve ser igual para todos e suficiente para atender as despesas mínimas de cada pessoa com alimentação, educação e saúde, considerando o grau de desenvolvimento do país e as possibilidades orçamentárias (art. 1º, *caput* e § 2º).

No entanto, essa lei não foi regulamentada pelo Poder Executivo, o que motivou o ajuizamento do Mandado de Injunção 7.300/DF pela Defensoria Pública da União. O relator ministro Marco Aurélio, no início de março de 2021, julgou procedente o pedido, ao considerar que “a reserva do possível não pode limitar direitos básicos, entre os

quais os aqui versados, nem privar o indivíduo de dignidade considerado o mínimo existencial, sob pena de esvaziar a própria força normativa da Constituição Federal”.

Ficou estabelecido, a partir de analogia ao art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 (renda familiar *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo), à luz do art. 7º, inc. IV, da Constituição Federal, e até que sobrevenha regulamentação pelo Executivo, a renda básica de cidadania em valor correspondente ao salário mínimo, fixando, a teor do art. 8º, inc. II, da Lei 13.300/16, o prazo de 1 ano para a edição, pelo Presidente da República, da norma regulamentadora².

O julgamento foi suspenso, pelo pedido de vista do ministro Gilmar Mendes, e até o momento da entrega deste texto ainda não havia sido concluído.

2. Por que a renda básica é uma conquista importante para o exercício da cidadania? A resposta a esta pergunta passa pela compreensão do conceito de cidadania. Também gera uma outra questão: qual é a importância deste tema para os direitos humanos?

Os direitos humanos pressupõem o direito a ter direitos. A cidadania não é apenas um fato ou um meio, mas também um princípio. Isso porque, conforme Hannah Arendt, a privação da cidadania afeta, substancialmente, a condição humana³. O ser humano privado de seu estatuto político perde a sua substância, que é ser tratado pelos *outros* como *semelhante*⁴.

Os direitos humanos se fundamentam no exercício da cidadania por meio de uma dupla distinção ontológica: a igualdade e a diferença⁵. O discurso e a ação são condições da pluralidade humana: se as pessoas não fossem iguais, não poderiam se entender; e se não fossem diferentes, não precisariam nem da palavra nem da ação para comunicarem-se, pois ruídos já seriam suficientes para isso. É a diferença, na esfera privada, e a igualdade, no espaço público, que caracterizam a pluralidade humana.

Neste aspecto, perder o acesso à esfera pública é estar privado da igualdade, o que torna sem sentido os direitos humanos, uma vez que, quando a pessoa não vivencia a sua condição política na comunidade, resta-lhe apenas o âmbito da vida privada. Não é por acaso que os na-

zistas começaram a perseguição aos judeus pela privação de seu *status civitatis*, convertendo-os em “inimigos objetivos”⁶. É na relação entre as pessoas, em razão da pluralidade da vida pública, que os direitos humanos se afirmam.

A ausência do vínculo da cidadania retira, pois, a condição humana de igualdade⁷. E, quando não se tem igualdade jurídica, a nação se desenvolve em uma massa anárquica de indivíduos super e sub privilegiados. Os direitos se tornam privilégios de determinados grupos hegemônicos, deixando de ser para todos os seres humanos, o que prejudica as pessoas mais vulneráveis, sujeitando-as à própria sorte e obrigando-as a retornar ao estado de natureza.

3. A existência, além de um fato natural (biológico), pode ser considerada um direito? O problema não é novo. Vários documentos jurídicos trataram desse assunto.

O art. 151 da Constituição de Weimar prevê que “a organização da vida econômica deve corresponder aos princípios fundamentais da justiça com a finalidade de garantir a todos uma existência digna ao homem”.

Foi, todavia, a partir do final da segunda guerra mundial que o tema despertou maior interesse. A constituição italiana de 1947 afirma, no art. 36, que o “trabalhador tem direito a uma retribuição proporcional à quantidade e qualidade do seu trabalho, que seja suficiente para garantir para si e para a sua família uma *existência livre e digna*” (grifei).

Já o art. 23.3 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, de 1948, repete essa ideia, com outras palavras: “Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, *uma existência compatível com a dignidade humana* e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social” (grifei).

Os direitos humanos se fundamentam no exercício da cidadania por meio de uma dupla distinção ontológica: a igualdade e a diferença

Na segunda metade do século 20, surgiram disposições como a contida no art. 23 da constituição belga (“Toda pessoa tem direito de conduzir uma vida conforme a dignidade humana”) e no art. 12 da constituição suíça de 1999, que contempla o “direito de ajuda a pessoas necessitadas”, ao prever: “Qualquer pessoa necessitada e que não está em condições de prover a si mesma tem o direito de ser ajudada e assistida, e de receber os meios indispensáveis para uma existência digna”.

Ainda, na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, o art. 34.3 estabelece: “A fim de lutar contra a exclusão social e a pobreza, a União reconhece e respeita o direito a uma assistência social e a uma ajuda à habitação destinadas a assegurar *uma existência condigna* a todos aqueles que não disponham de recursos suficientes, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais” (grifei).

Percebe-se, nesses exemplos, que é possível associar a existência à dignidade, isto é, dar à existência humana um significado jurídico a partir do princípio do respeito integral à pessoa, o que implica ir além da condição natural ou biológica.

Não é possível separar a cidadania, nem tampouco o direito à vida digna, das necessárias condições materiais de seu exercício. Ser cidadão significa viver com dignidade, o que é muito diferente de apenas sobreviver. O nazismo negou a dignidade ao ser humano quando esvaziou o próprio ser ao privá-lo de seus direitos básicos nos campos de concentração, como explica Fábio Konder Comparato:

Antes de serem instituições penais ou fábricas de cadáveres, o Gulag soviético e o Lager nazista foram gigantescas máquinas de despersonalização de seres humanos. Ao dar entrada num campo de concentração nazista, o prisioneiro não perdia apenas a liberdade e a comunicação com o mundo exterior. Não era, tão só, despojado de todos os seus haveres: as roupas, os objetos pessoais, os cabelos, as próteses dentárias. Ele era, sobretudo, esvaziado do seu próprio ser, da sua personalidade, com substituição altamente simbólica do nome por um número, frequentemente gravado no corpo, como se fora a marca de propriedade de um gado. O pri-

sioneiro já não se reconhecia como ser humano dotado de razão e sentimentos: todas as suas energias concentravam-se na luta contra a fome, a dor e a exaustão. E nesse esforço puramente animal, tudo era permitido: o furto da comida dos outros prisioneiros, a delação, a prostituição, a bajulação sórdida, o pisoteamento dos mais fracos.⁸

Portanto, a existência não tem apenas uma dimensão inata à pessoa, mas também uma dignidade “social”; é resultado e integra as relações entre as pessoas, ou seja, o espaço público, onde a personalidade humana se desenvolve⁹. O direito à existência digna deixa de ter um reducionismo biológico quando passa a ter como parâmetro a garantia jurídica do mínimo vital.

4. A naturalização da pobreza, em uma sociedade tão desigual como a brasileira, não é apenas fonte de injustiça, mas também uma forma de tornar invisíveis os grupos mais vulneráveis da população.

Quando não se asseguram direitos humanos para todas as pessoas, independente de qualquer outra condição social, são estabelecidos privilégios. Alimentação, educação, saúde, transporte, moradia... deixam de ser direitos fundamentais quando, na prática, apenas alguns podem exercê-los. A cidadania censitária é a negação dos direitos humanos e o retorno ao estado de natureza.

A marginalização e a opressão das camadas menos favorecidas da sociedade gera insatisfação e um permanente clima de revolta que pode levar à destruição da cultura hegemônica, como explica Sigmund Freud:

Se uma cultura não foi além do ponto em que a satisfação de uma parte de seus membros tem como pressuposto a opressão de outra parte, talvez da maioria – e esse é o caso de todas as culturas atuais –, então é compreensível que esses oprimidos desenvolvam forte hostilidade em relação à cultura que viabilizam mediante seu trabalho, mas de cujos bens participam muito pouco. Assim, não se pode esperar uma internalização das proibições culturais nos oprimidos; pelo contrário, eles não se dispõem a reconhecê-las,

empenham-se em destruir a própria cultura, e eventualmente em abolir seus pressupostos. A hostilidade à cultura dessas classes é tão evidente que não se deu atenção à hostilidade mais latente das camadas favorecidas da sociedade. Não é preciso dizer que uma cultura que deixa insatisfeito e induz à revolta um número tão grande de participantes não tem perspectivas de se manter duradouramente, nem o merece.¹⁰

Nessa perspectiva, a promoção da igualdade torna-se um vetor ético indispensável à realização do estado de direito e à convivência social.

5. O utilitarismo busca a igualdade de tratamento aos seres humanos. Atribui-se igual importância aos ganhos e às perdas de utilidades de todos, sem exceção¹¹.

O princípio fundamental do igualitarismo é dar peso igual aos interesses iguais de todas as pessoas¹². Por isso, o utilitarismo leva em consideração a igualdade em determinado ato, não as suas consequências. Por exemplo, se um pai presenteia cada um de seus dois filhos com uma bola idêntica, sob o ponto de vista do ato foi plenamente satisfeito o conceito de igualdade¹³. Contudo, se um dos filhos fica feliz com o presente e o outro não, não se conseguiu promover a igualdade no plano das consequências (deixar feliz cada um dos filhos)¹⁴. Com efeito, o critério de igualdade de felicidade¹⁵ é uma das formas mais inseguras da promoção da igualdade fática.

A noção de direitos humanos mínimos deve fugir do modelo utilitarista positivo, posto que é impossível universalizar o conceito de felicidade, que é altamente subjetivo. As qualidades de vida das pessoas são muito diferentes para que seja possível reduzi-las a um denominador comum (*v.g.*, certamente quase todos pretendem ser saudáveis, livres, abastados e bem-sucedidos, mas há muitas pessoas saudáveis, livres, ricas e bem-sucedidas que não são felizes).

Por outro lado, é eticamente defensável um utilitarismo negativo: a construção de um conceito de direito que seja capaz de criar condições mínimas para prevenir a infelicidade do maior número possível de pessoas e na maior medida possível¹⁶.

Portanto, a noção de mínimo existencial deve ser buscada no núcleo dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, na cláusula do Estado social e no princípio da isonomia.

6. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consagra o mínimo existencial. Há diversos precedentes em que tal conceito é utilizado como fundamento, por exemplo: a manutenção de rede assistencial à saúde de criança e de adolescente¹⁷; o direito do preso à saída da cela duas horas por dia para banho de sol¹⁸; o custeio pelo Estado de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em benefício de pacientes do Sistema Único de Saúde (SUS), atendidos pelo Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU), nos casos de urgência e de inexistência na rede pública¹⁹; a matrícula de crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais²⁰; ou, ainda, a impossibilidade de suspensão do devedor, por conselho de fiscalização profissional, do exercício laboral por inadimplência de anuidade²¹.

Um dos maiores responsáveis pela incorporação do mínimo existencial na fundamentação dos direitos humanos fundamentais, pelo Supremo Tribunal Federal, foi o então min. Celso de Mello:

A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).²²

Não obstante esteja o mínimo existencial contemplado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é papel da doutrina explicitar os contornos teóricos desse importante conceito jurídico.

7. Não há no direito nacional parâmetros exatos para dizer o que seja mínimo existencial. Isso não impede a sua conceituação, embora transfira tal tarefa para a argumentação jurídica, lugar fértil para a discussão de opiniões doutrinárias e jurisprudenciais.

À guisa de ilustração, Ricardo Lobo Torres sustenta que, como o mínimo existencial não tem conteúdo específico, qualquer direito – ainda que, originalmente, não seja fundamental, desde que possua dimensão essencial, inalienável e existencial – pode ser contemplado neste conceito; isto é, o mínimo existencial pode abranger o direito tributário, financeiro, previdenciário, civil, penal, internacional, cosmopolita etc.²³

Por sua vez, Luigi Ferrajoli inclui naquilo que denomina de mínimo vital os direitos sociais à saúde, à educação, à subsistência e à previdência²⁴.

Já Ana Paula de Barcellos concebe o mínimo existencial com quatro elementos: três materiais e um formal (educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça)²⁵.

Ainda, Ingo Wolfgang Sarlet inclui na problemática da conceitualização do mínimo existencial os direitos ao salário mínimo, à assistência social, à educação e à previdência social²⁶.

Com efeito, apesar de não haver um ato normativo específico, a composição do mínimo existencial se dá por força da hermenêutica jurídica, dentro das balizas trazidas pela Constituição e pelos tratados internacionais.

Destaca-se a regra contida no art. 11, primeira parte, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao dispor que os “Estados-membros do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida”. Tal regra permite o exercício do controle judicial de convencionalidade de atos normativos internos que venham a traçar ou se omitam de elaborar critérios mínimos de renda básica ao cidadão.

8. A efetivação prática do art. 1º, *caput* e § 2º, da Lei 10.835/04 exige a verificação de aspectos orçamentários. Os direitos fundamentais sociais impõem obrigações de fazer por parte do Estado e exigem políticas públicas que, para serem executadas, dependem de recursos públicos adequados aos seus fins.

Na eleição das prioridades, a tentativa de conceituar “mínimo existencial” deve considerar os sujeitos destinatários da tutela jurídica e, sob esse prisma, construir outra escala de prioridades. Por exemplo, o art. 227 da CF/1988, ao afirmar que crianças e adolescentes são seres vulneráveis no grupo familiar e social, assegurou, com absoluta prioridade, um conjunto de direitos fundamentais, mencionando, expressamente, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Supremo Tribunal Federal tem afirmado que a reserva do possível não é um argumento oponível à realização do mínimo existencial

O conteúdo da garantia do mínimo existencial há de ser percebido na vivência individual e social. Deve ser desenvolvido, progressivamente, em uma perspectiva aberta e casuística, sempre voltada à proteção da pessoa e sua respectiva dignidade. A garantia desse *standard* mínimo se destina a evitar a perda total da função dos direitos fundamentais, de modo que seu conteúdo seja esvaziado e, portanto, destituído de sentido²⁷.

No entanto, pela própria indefinição do mínimo existencial, no contexto individual e social, jamais poderá o Judiciário negar-se a julgar determinada demanda (art. 5º, inc. XXXV, CF) alegando falta de interesse processual (ausência de condição da ação). Caso contrário, restaria rechaçado o próprio caráter aberto e casuístico inerente ao conceito de mínimo existencial.

Por isso, o Supremo Tribunal Federal tem afirmado que a reserva do possível não é um argumento oponível à realização do mínimo existencial:

– A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina.

– A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes.²⁸

A existência de um direito fundamental ao mínimo existencial possui autonomia em relação à previsão de direitos fundamentais sociais, o que permite, inclusive, que tais direitos sejam interpretados à luz do mínimo existencial²⁹. Ademais, mesmo que não se reconheça *a priori* um direito fundamental social como direito subjetivo (ou seja, como não integrante do mínimo existencial), a preservação do mínimo de existência condigna deve ser sempre qualificada como direito subjetivo e merece ser assegurada, ao menos, nos mesmos termos que os direitos fundamentais de defesa.

9. O mínimo existencial representa o núcleo intangível dos direitos fundamentais. A não observância do mínimo existencial acarreta

ofensa à dignidade da pessoa humana. Nenhum Estado e nenhuma sociedade podem abrir mão do mínimo existencial, sob pena de reduzir as pessoas a meros meios (e não fins) dos direitos.

O valor da dignidade humana, ao mesmo tempo, limita os direitos fundamentais (para que, em um caso concreto, se dê a maior efetivação de um princípio em colisão com outro) e inibe restrições excessivas, mediante a previsão de um conteúdo inatingível, a ser conceituado como mínimo existencial³⁰. Qualifica-se, destarte, como princípio de defesa das exigências mínimas de existência e de direito à obtenção de prestações públicas para assegurar a efetivação das condições materiais de existência condigna, tendo a mesma densidade jurídico-subjetiva dos direitos de defesa³¹.

Entretanto, ao se tentar buscar os contornos conceituais do mínimo existencial no valor da dignidade da pessoa humana, não se deve perder de vista que a dignidade humana não pode ser pensada como um valor absoluto, porque o direito positivo jamais seria capaz de prever fórmulas isentas de dúvidas quanto à complexa dinâmica dos valores da pessoa³². Quando se refere ao mínimo existencial, o que está em causa é a determinação, em uma certa sociedade concreta e em momento histórico delimitado, de quais são as condições mínimas que devem ser asseguradas pelo Estado para uma existência digna.

Nesse sentido, destaca-se a Resolução do Parlamento Europeu, de 10 de outubro de 2010, a respeito da “renda mínima na luta contra a pobreza e a promoção de uma sociedade inclusiva na Europa”. O documento afirma o dever dos Estados de assegurar uma renda mínima, como medida indispensável para combater a exclusão social, o crescente processo de desigualdade e o aumento da pobreza.

A existência de um direito fundamental ao mínimo existencial possui autonomia em relação à previsão de direitos fundamentais sociais, o que permite, inclusive, que tais direitos sejam interpretados à luz do mínimo existencial

Do mesmo modo, salienta-se a importância da Lei 13.982/20 que, ao estabelecer medidas excepcionais de proteção social, concedeu auxílio emergencial a trabalhadores de baixa renda durante a crise sanitária trazida pela covid-19.

10. Diante do exposto, o constitucionalismo multinível³³ – marcado pelo pluralismo jurídico (que potencializa a efetividade das normas de direito interno e de direito internacional) – confere ao Poder Judiciário o poder-dever, pelo controle tanto de constitucionalidade quanto de convencionalidade, de buscar a máxima efetivação dos direitos humanos fundamentais.

A negação do mínimo existencial, para uma quantidade expressiva de pobres brasileiros, significaria colocá-los à margem do estado democrático de direito. Isso tornaria a cidadania censitária e os direitos fundamentais privilégios dos grupos hegemônicos, em manifesta contradição com os valores éticos e jurídicos consagrados na Constituição da República e em tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é signatário.

O combate à pobreza e a realização da cidadania dependem de condições materiais mínimas para o exercício dos direitos humanos, o que reclama a regulamentação de uma renda básica aos necessitados como um meio indispensável de promoção da justiça e da inclusão sociais.

Notas

1. Eduardo Cambi. Promotor de Justiça. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça. Coordenador da Escola Superior do Ministério Público do Paraná. Presidente do Colégio de Diretores de Escolas do Ministério Público brasileiro (CDEMP). Professor dos cursos de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná. Pós-doutor pela Università degli Studi di Pavia. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídica. Diretor de Pesquisa do Instituto Paranaense de Direito Processual. E-mail: eascambi@mppr.mp.br.
2. STF, MI 7.300, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 08.03.2021, <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886456>. Acesso 27.03.2021.

3. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
4. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 151.
5. *Idem. Ibidem*.
6. *Idem*, p. 148.
7. *Idem*, p. 149.
8. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 23-24.
9. RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Bari-Roma: Laterza, 2012. p. 216-217.
10. O futuro de uma ilusão. In: *Obras completas. Inibição, sintoma e angústia, o futuro de uma ilusão e outros textos [1926-1927]*. Trad. de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 134-135.
11. SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 326-327.
12. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 490-491.
13. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 405.
14. *Idem. Ibidem*.
15. A preocupação com a busca da felicidade encontra contornos jurídicos na Declaração de Independência dos Estados Unidos, redigida por Thomas Jefferson: “Sustentamos que estas verdades são evidentes, que todos os homens foram criados iguais, que foram dotados por seu Criador de certos Direitos inalienáveis, e entre eles estão a Vida, a Liberdade, a Busca da Felicidade”.
16. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. p. 258-263.
17. STF, RE 581.352-AgR, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 29.10.2013, pub. DJe 22.11.2013.
18. STF, HC 172.126, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 10.10.2020, pub. DJe 01.12.2020.
19. STF, ARE 727.864-AgR, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 04.11.2014, pub. 13.11.2014.
20. STF, ARE 639.337-AgR, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 23.08.2011, pub. DJe 15.09.2011.
21. STF, RE 647.885, Pleno, rel. Min. Edson Fachin, j. 27.04.2020, pub. DJe 19.05.2020.
22. STF, ARE 639.337-AgR, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 23.08.2011, pub. DJe 15.09.2011.

23. *Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 13-14.
24. FERRAJOLI, Luigi. *I fondamenti dei diritti fondamentali*. In: *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. Coord. Ermanno Vitale. 2. ed. Roma-Bari: Laterza, 2002. p. 333.
25. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 258.
26. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 287 e seg.
27. QUEIROZ, Cristina Queiroz. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 93.
28. STF, ARE 639.337-AgR, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 23.08.2011, pub. DJe 15.09.2011.
29. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 25.
30. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Por uma teoria fundamental da Constituição: enfoque fenomenológico*. Disponível em: “<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/>” [http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131006.d.pdf]. Acesso em: 05.05.2019. p. 15.
31. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina Editora, 1998. p. 343.
32. ANDRADE, José Carlos Vieira de. O “*direito ao mínimo de existência condigna*” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – Uma decisão singular do Tribunal Constitucional. Anotações ao acórdão do Tribunal Constitucional 509/02. *Jurisprudência constitucional*, nº 1. jan.-mar. 2004. p. 29.
33. PERNICE, Ingo. The global dimension of multilevel constitutionalism. A legal response to the challenges of globalization. umbolt-Universität zu Berlin. *WHI-Paper 9/08*, 2006, p. 3.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. O “*direito ao mínimo de existência condigna*” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – Uma decisão singular do Tribunal Constitucional. Anotações ao acórdão do Tribunal Constitucional 509/02. *Jurisprudência constitucional*, nº 1. jan.-mar. 2004.

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalimento. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *I fondamenti dei diritti fondamentali*. In: *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. Coord. Ermanno Vitale. 2. ed. Roma-Bari: Laterza, 2002.
- FREUD, Sigmund. O futuro de uma ilusão. In: *Obras completas. Inibição, sintoma e angústia, o futuro de uma ilusão e outros textos [1926-1927]*. Trad. de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Por uma teoria fundamental da Constituição: enfoque fenomenológico*. Disponível em: "<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/>" [<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131006.d.pdf>]. Acesso em: 05.05.2019.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- PERNICE, Ingo. The global dimension of multilevel constitutionalism. A legal response to the challenges of globalization. *umbolt-Universität zu Berlin. WHI-Paper 9/08*, 2006.
- QUEIROZ, Cristina Queiroz. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Bari-Roma: Laterza, 2012.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- STF, ARE 639.337-AgR, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 23.08.2011, pub. DJe 15.09.2011.
- STF, RE 581.352-AgR, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 29.10.2013, pub. DJe 22.11.2013.

STF, ARE 727.864-AgR, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 04.11.2014, pub. 13.11.2014.

STF, RE 647.885, Pleno, rel. Min. Edson Fachin, j. 27.04.2020, pub. DJe 19.05.2020.

STF, HC 172.126, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 10.10.2020, pub. DJe 01.12.2020.

TORRES, Ricardo Lobo. *Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

O estupro de vulnerável pela ingestão de álcool ou drogas

Mauro Bley Pereira Junior¹

Juiz Substituto em 2ª Grau no Tribunal de Justiça do Paraná

Resumo: A partir de situação fática real, apresenta-se análise do crime de estupro de vulnerável pela ingestão de álcool ou drogas sob os prismas doutrinário e jurisprudencial, com análise das provas, de aspectos relevantes e da pena fixada, concluindo que é necessária especial repressão a tais delitos, com provocação final.

1. A situação fática

APRESENTA-SE INICIALMENTE SITUAÇÃO FÁTICA REAL para análise jurídica do crime de estupro de vulnerável em razão de ingestão de bebidas alcoólicas ou drogas. Foram alterados os nomes das pessoas, datas, horários e local, atendendo as regras de sigilo e a fim de evitar desnecessária exposição pública.

Constou da denúncia na ação penal:

No dia 31 de outubro de 2018, no período compreendido entre 06:00 horas e 17:00 horas, no condomínio localizado na rua Niteroi, nº 2000, apartamento 105, na cidade e comarca de Curitiba/PR, MARCOS SILVA, de forma voluntária, consciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, dolosamente, praticou conjun-

ção carnal e atos libidinosos com a vítima MARIA SOUZA, que não possuía condições de oferecer resistência, haja vista o estado de embriaguez e consumo de substâncias entorpecentes, sendo, portanto, pessoa vulnerável. Marcos Silva, no interior de seu apartamento, obrigou a vítima a ingerir bebidas alcoólicas e drogas, como cocaína, a fim de anular a possibilidade de resistência da vítima, que não pretendia relação sexual; e praticou penetração vaginal e cópula anal com a vítima. Após a prática delitiva, Marcos Silva deixou na bolsa da vítima um cheque no valor de R\$1.000,00. No dia subsequente, a ofendida compareceu na Delegacia de Polícia, onde apresentou notícia do crime, e realizou reconhecimento fotográfico do denunciado.

No caso em questão, logo após noticiar o crime, a vítima Maria foi submetida a exame pericial, sendo constatados vestígios da relação sexual e dos atos libidinosos, bem como houve exames de sangue e de urina sendo confirmada a ingestão de álcool e drogas. A vítima também recebeu atendimento psicológico. Ela alegou não ter consentido e não ter consciência dos atos sexuais a que foi submetida. O réu, na fase policial, alegou que as relações foram consentidas e sustentou que as imagens de vídeo de câmeras existentes na boate e no condomínio demonstram que a vítima estava caminhando de forma segura, inclusive quando foi ao seu apartamento. A autoridade policial informou a existência de outros inquéritos, constando outras quatro supostas vítimas do mesmo réu.

O juízo considerou que a materialidade do crime de estupro foi demonstrada pela portaria de instauração de inquérito policial, boletim de ocorrência, exames de sangue e de urina que indicaram ingestão de álcool, cocaína e citalopram (medicamento indicado para depressão e crises de pânico, que pode causar sonolência), laudo do exame de conjunção carnal, laudo do exame de ato libidinoso, laudo do exame de lesões corporais, auto de reconhecimento de pessoa por fotografia, fotografias, informações complementares aos laudos de exame de lesões corporais, de conjunção carnal e de ato libidinoso, relatório informativo e declarações de testemunhas.

Em seu interrogatório em juízo, o réu negou a prática do crime de estupro, tendo admitido a ocorrência de relação sexual, porém afirmou que houve o pleno consentimento da vítima.

O depoimento da vítima foi bastante detalhado. Ao ser inquirida, ela informou que estava tomando vinho com uma amiga chamada Isadora em um bar/restaurante, por volta das 21:00 horas, e surgiram dois rapazes, sendo que um deles, chamado Nelson, era conhecido de sua amiga e o outro apresentou-se como Marcos. O réu Marcos sentou ao lado da vítima e passaram a conversar. O réu apresentou-se como fisioterapeuta, mostrou um folder do projeto social que ele estava fazendo e ficaram falando sobre suas vidas. As pessoas que estavam no bar foram indo embora por volta da meia-noite, e o réu propôs que continuassem a conversar em outro local, uma boate que ficava aberta até mais tarde. Sua amiga Isadora falou que gostaria de conhecer o local e saíram, sendo que o réu e seu amigo foram em um carro e Maria e sua amiga em outro. Chegando no local, o réu propôs uma brincadeira em que passaram a beber pequenos copos de cachaça com refrigerante, sendo que a vítima bebeu várias doses e ficou alterada. Por volta das 05:00 horas, o réu pagou a conta, apesar de protestos da vítima e de sua amiga. O réu propôs levar a vítima para casa e esta aceitou. O réu conduziu o veículo a um outro local, parou na rua e deu dinheiro a um menino que lhe entregou alguns pacotinhos de pó branco, sendo que o réu disse que era cocaína para se divertirem. A vítima disse que não gostava daquilo e não queria usar. O réu então foi até um edifício dizendo que morava no local, que queria pegar uma garrafa de vinho muito especial e que gostaria que a vítima provasse. A vítima disse que não estava em condições de tomar vinho, mas o réu insistiu e levou-a pela mão até a porta do apartamento. Quando o réu abriu a porta e entrou, ele puxou a vítima para dentro e beijou-a em sua boca. Em seguida, empurrou a vítima, fazendo-a sentar em uma poltrona e pas-

O réu foi condenado pela prática do crime previsto no art. 217-A, § 1º, parte final, do Código Penal, sendo-lhe fixada pena de 15 anos de reclusão

sou a colocar cocaína na sua boca, sendo que batia em seu rosto para que mantivesse a boca aberta enquanto esfregava a droga na parte interna de sua boca. A vítima, apesar de assustada, teve uma sensação de dormência. O réu fez a vítima tomar um pequeno copo de vodka, e esta sentiu que não conseguia se movimentar ou falar, quando então o réu levou-a até a cama, deitou-a e levantou sua saia. A vítima pediu para ele parar, dizendo que não queria sexo, mas o réu continuou e tirou suas roupas. Recorda-se a vítima que o réu era muito pesado e não conseguiu reagir quando ele deitou em cima dela. O réu colocou cocaína em sua vagina e fez sexo com penetração vaginal. A vítima diz lembrar-se que o réu disse que tinha tomado viagra, o que a assustou. O réu não usava camisinha. Em seguida, o réu virou a vítima na cama e afastou suas pernas dizendo que iria penetrá-la em seu ânus. A vítima pediu que ele não fizesse, pois nunca tinha feito isso. Mas o réu a ignorou, aparentemente colocou cocaína em seu ânus e fez sexo com penetração anal. O réu usou também um pênis de borracha para penetração. A vítima recorda que a cocaína fez arder bastante sua vagina e seu ânus, e que ela chorava de dor. Acha que o réu manteve relações por horas. O réu disse que iria pagar, sendo que a vítima respondeu que não era prostituta e só queria ir embora para casa. O réu então disse que iria parar, mas a vítima teria que beber vodka e colocou muitas gotas de um remédio na bebida, dizendo que se tratava de Rivotril. O réu fez com que a vítima bebesse um copo grande cheio de vodka com o remédio. A vítima não se recorda o que aconteceu depois, supondo que desmaiou em seguida, e quando acordou, por volta das 17:00 horas, estava com muita dor em sua vagina e ânus, com diarreia e dificuldade para andar. O réu estava dormindo. A vítima vestiu suas roupas e saiu do local, indo até sua casa. No caminho, ao verificar sua bolsa, viu um cheque do réu com valor de R\$ 1.000,00. Quando chegou, sua mãe e irmã notaram seu estado e a levaram ao hospital, onde ela contou que havia sido estuprada. Fizeram exames e chamaram uma psicóloga e policiais. A vítima prestou depoimento na delegacia, fez outros exames, mostrou o cheque e fez o reconhecimento do réu por fotografia. Continua realizando tratamento psicológico referente ao fato.

Foram inquiridas cinco testemunhas arroladas na denúncia: a amiga da vítima, Isadora; o amigo do réu, Nelson; a informante, irmã da vítima, Nina; a informante Mafalda (vítima de outro suposto estupro praticado pelo réu) e a psicóloga que atendeu a vítima. Foram inquiridas três testemunhas arroladas pelo réu: o garçom do bar, o porteiro da boate e o porteiro do edifício. O depoimento da informante Mafalda indicou que o réu supostamente agiu de maneira semelhante com a mesma, pois abordou-a em um bar, levou-a a seu apartamento, obrigou-a a usar drogas e ingerir bebida alcoólica, e manteve relações sexuais não consentidas. Os depoimentos das testemunhas Isadora, Nelson e aquelas arroladas na defesa indicaram que o réu e a vítima trocaram beijos e carícias, nada esclareceram sobre o estupro, e pouco esclareceram sobre a situação de vulnerabilidade da vítima. O depoimento da psicóloga esclareceu que a vítima sofreu atos de violência brutal, inesperada e repentina, que resultaram em trauma profundo; que a vítima inicialmente teve graves pensamentos suicidas; que meses depois dos fatos ainda tem medo de sair de casa, de ter contatos com outras pessoas, especialmente com homens.

O juízo considerou que a autoria do réu restou comprovada pelas declarações da vítima, as quais foram corroboradas pelos exames e laudos apresentados, bem como pelas declarações da psicóloga que atendeu a vítima.

O réu foi condenado pela prática do crime previsto no art. 217-A, § 1º, parte final, do Código Penal, sendo-lhe fixada pena de 15 anos de reclusão.

2. O crime – doutrina e jurisprudência

O crime de estupro de vulnerável pela ingestão de álcool ou drogas é previsto no art. 217-A, § 1º, parte final, do Código Penal:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos;

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º – *Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (grifei)*

O conceito de vulnerabilidade é amplamente abordado pela doutrina.

Luiz Régis Prado² acentua que “o conceito de vulnerabilidade é pouco preciso e, por isso, deve ter em princípio seus contornos delimitados pelo legislador. Dessa forma, o próprio tipo penal determina quem são as pessoas consideradas vulneráveis [...]. A vulnerabilidade, seja em razão da idade, seja em razão do estado ou condição da pessoa, diz respeito a sua capacidade de reagir a intervenções de terceiros quando no exercício de sua sexualidade. É dizer: o sujeito passivo é caracterizado como vulnerável quando é ou está suscetível à ação de quem pretende intervir em sua liberdade sexual, de modo a lesioná-la.”

Rogério Greco³, ao tratar sobre o delito em questão, menciona que

previu o § 1º do art. 217-A do Código Penal o estupro de vulnerável quando a vítima não puder, por qualquer outra causa, oferecer resistência. O item 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, mesmo dizendo respeito às hipóteses da revogada presunção de violência, elenca uma série de situações em que se pode verificar a impossibilidade de resistência da vítima, seja esta resultante de causas mórbidas (enfermidades, grande debilidade orgânica, paralisia, etc.), ou de especiais condições físicas (como quando o sujeito passivo é um indefeso aleijado, ou se encontra acidentalmente tolhido de movimentos). Os meios de comunicação, incluindo, aqui, também, a Internet, têm divulgado, infelizmente com frequência, casos de abusos por parte de médicos, e de outras pessoas ligadas à área de saúde, em pacientes que, de alguma forma, são incapazes de oferecer resistência, inclusive mostrando cenas chocantes e deprimentes. Vale recordar algumas situações em que uma pessoa, em estado de coma, engravidou, supostamen-

te, de um enfermeiro encarregado de prestar os cuidados necessários à manutenção de sua vida vegetativa; ou ainda daquele cirurgião plástico que, depois de anestesiá-las suas pacientes, fazendo-as dormir, mantinha com elas conjunção carnal; ou daquele terapeuta que abusava sexualmente de crianças e adolescentes depois de ministrá-lhes algum sedativo. Não importa que o próprio agente tenha colocado a vítima em situação que a impossibilitava de resistir ou que já a tenha encontrado nesse estado. Em ambas as hipóteses deverá ser responsabilizado pelo estupro de vulnerável. Poderão ser reconhecidas, também, como situações em que ocorre a impossibilidade de resistência por parte da vítima, os casos de embriaguez letárgica, o sono profundo, a hipnose, a idade avançada, a sua impossibilidade temporária ou definitiva, de resistir, a exemplo daqueles que se encontram tetraplégicos, etc. Odon Ramos Maranhão⁴, com acerto, alerta que também ocorrerá a incapacidade de resistência quando houver deficiência do potencial motor, dizendo o renomado autor: ‘Se a vítima não tiver ou não puder usar o potencial motor, é evidente que não pode oferecer resistência. Assim, doenças crônicas e debilitantes (tuberculose avançada, neoplasia grave, desnutrições extremas, etc.); uso de aparelhos ortopédicos (gesso em membros superiores e tórax); gesso aplicado na coluna vertebral; manutenção em posições bizarras para ossificação de certas fraturas, etc.); paralisias regionais ou generalizadas; miastenias de várias causas, etc., são casos em que a pessoa não pode oferecer resistência. Às vezes, não pode sequer gritar por socorro, seja pela grave debilidade, seja pelas condições do local onde se encontra.’ Também há os casos em que o agente, por exemplo, almejando ter relações sexuais com a vítima, faz com que esta se coloque em estado de embriaguez completa, ficando, conseqüentemente, à sua disposição para o ato sexual. Se a embriaguez for parcial e se a vítima podia, de alguma forma, resistir, restará afastado o delito em estudo. Verifica-se, nas situações elencadas pelo § 1º do art.217-A do Código Penal, a impossibilidade que tem a vítima de expressar seu consentimento para o ato, devendo a lei, portanto, procurar preservar sua dignidade sexual.

Rogério Sanches Cunha⁵ cita como exemplos “*as situações da pessoa que, embora não padeça de nenhuma anomalia mental, embriaga-se até a inconsciência e, inerte, é submetida ao ato sexual sem que possa resistir; ou da pessoa que é induzida, por meio de drogas, à inconsciência por alguém que tem o propósito de com ela manter relação sexual não consentida*”.

Em caso análogo, já se posicionou o Tribunal de Justiça do Paraná:

Apelações criminais – Estupro de vulnerável – Sentença condenatória – Recursos do réu e do Ministério Público – Apelo da defesa – Pleito de absolvição por insuficiência probatória – Impossibilidade – Autoria e materialidade devidamente comprovadas por depoimento firme e coeso da vítima, aliado a declarações testemunhais e laudos periciais confirmatórios – Alegação do réu de ausência de vulnerabilidade da vítima – Não acolhimento – Estado estupefaciente da ofendida em razão do consumo de bebida alcoólica que a tornou incapaz de resistir fisicamente ao ato sexual – Pedido de absolvição por erro de tipo e ausência de dolo – não provimento – Embriaguez da vítima evidente de maneira externa, consoante relatos testemunhais e demais elementos probatórios – Declaração defensiva frágil e insuficiente – condenação mantida – Dosimetria da pena inalterada – Apelo do ministério público – Pleito de fixação de indenização por danos morais – Não cabimento – Ausência de indicação de valor por parte do órgão acusatório – Impossibilitada a ampla defesa do réu – Precedentes do superior tribunal de justiça – Pedido da defesa de fixação de honorários ao defensor do réu conforme tabela da OAB/PR – Não acolhimento – Caráter não vinculativo da referida tabela, voltada a casos de contratação do advogado – Julgamento recente do superior tribunal de justiça evidenciando tal entendimento – Fixação de honorários conforme a tabela nº 15/2019 PGE/SEFA – Recursos conhecidos e não providos, com fixação de honorários à defesa dativa do réu (TJPR – 5ª C.Criminal – 0011936-35.2018.8.16.0013 – Curitiba – rel.: Desembargador Luiz Osório Moraes Panza – j. 04.04.2020).

3. O crime – provas e aspectos relevantes

O depoimento da vítima tem especial valor probatório quando se encontra em consonância com outras provas. No caso, o crime foi praticado no interior do apartamento do acusado, livre de testemunhas, sendo que a vulnerabilidade da vítima no momento dos fatos, especificamente a sua impossibilidade de oferecer resistência, é comprovada através de suas declarações.

Frise-se que as palavras da vítima não estão isoladas, vez que corroboradas com as declarações de sua irmã, com a qual teve contato logo após os fatos; com as declarações de sua amiga, que se encontrava com ela na boate no dia dos fatos e tomou conhecimento acerca do estupro no dia seguinte; e, ainda, com o depoimento da psicóloga.

Sobre a importância do depoimento da vítima, observa-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que a palavra da vítima constitui elemento indispensável para configuração de infrações sexuais, porquanto tais infrações são, normalmente, cometidas sem testemunhas visuais:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Estupro de vulnerável. Art. 217-a. incompetência de juízo da infância e da juventude. Inexistência. Tese de insuficiência de provas para a condenação. Necessidade de reapreciação de matéria fático-probatória. Depoimento da vítima e prova testemunhal apta a embasar a condenação. Agravo regimental não provido. 1. Consta-se que a competência foi definida pela Corte de origem, por meio de resolução editada em sessão plenária, expressamente autorizada pela lei de organização judiciária, não se verificando, qualquer ilegalidade ou ofensa à Constituição Federal, consoante as normas do art. 96, inciso II, alínea “d”, e art. 125, §1º, da Carta Magna, não se podendo falar em incompetência da Vara da Infância e Juventude para apreciar os delitos que envolvam a prática de crimes contra menores. 2. *Esta Corte Superior tem o entendimento jurisprudencial no sentido de que nos crimes sexuais, a palavra da vítima, desde que coerente com as demais provas dos autos, tem relevância como elemento de*

convicção, sobretudo porque, em grande parte dos casos, tais delitos são perpetrados às escondidas e podem não deixar vestígios. 3. Agravo regimental não provido (STJ – AgRg no AREsp: 312577 RN 2013/0098882-8, Relator: Ministro Moura Ribeiro, Data de Julgamento: 17/12/2013, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 03/02/2014 – grifei).

E ainda:

Habeas corpus crime de estupro de vulnerável. Tese de insuficiência de provas para a condenação. Necessidade de reapreciação de matéria fático-probatória. Impossibilidade na via eleita. Palavra da vítima, que, de qualquer forma, nos crimes de estupro, é elemento probatório de relevantíssimo valor. Ordem de habeas corpus não conhecida. Substitutivo de recurso especial. Não cabimento. Reserva do entendimento pessoal da relatora. 1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República. 2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade. 3. As instâncias ordinárias, após minucioso exame do conjunto fático-probatório dos autos, concluíram pela existência de elementos coerentes e válidos a ensejar a condenação do Paciente pelo delito de estupro com violência presumida. Assim, para se acolher a tese relativa à absolvição por insuficiência de provas, seria necessário reapreciar exaustivamente todo o conjunto fático-probatório dos autos, o que se mostra incabível na via do habeas corpus. 4. Não prospera a alegação de que a ausência de exame de

corpo de delito impede o reconhecimento da configuração do delito cometido pelo Paciente, pois *“a palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios”*. Ordem de habeas corpus não conhecida (STJ), HC 135.972/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 07/12/2009 – grifei).

Os depoimentos de testemunhas que atestam ter a vítima beijado ou entrado no veículo do acusado não demonstram nenhum consentimento à violência sexual posteriormente sofrida. Da mesma forma, as circunstâncias da vítima não tentar fugir quando supostamente podia, não gritar ou mesmo não tentar desvencilhar-se do réu não são sinais da ausência de violência. Isso porque, conforme esclarecido pela psicóloga inquirida, diante de violência sexual, cada vítima apresenta reações comportamentais diversas, não havendo como classificar as atitudes da ofendida como “normais” ou “anormais” diante da agressão recém-sofrida. Os aspectos neurobiológicos do trauma são por demais complexos, e não se pode falar em reação que seja comum a todas as vítimas. A circunstância comum a todas as vítimas é de que não consentem com as relações sexuais.

O consentimento nestes casos significa a possibilidade de escolher seu parceiro sexual e de rejeitar a relação sexual. Cezar Roberto Bittencourt⁶ neste sentido esclarece:

Liberdade sexual da mulher significa o reconhecimento do direito de dispor livremente de suas necessidades sexuais ou voluptuárias, ou seja, a faculdade de comportar-se, no plano sexual, segundo suas aspirações carnis, sexuais, lascivas e eróticas, governada somente por sua vontade consciente, tanto sobre a relação em si como a escolha de parceiros. Esse realce é importante, pois para o homem parece que sempre foi reconhecido esse direito. Em outros termos, homem e mulher têm o direito de negar-se a se submeter à prática de atos lascivos ou voluptuosos, sexuais ou eróticos, que não queiram realizar, opondo-se a qualquer possível constrangimen-

to contra quem quer que seja, inclusive contra o próprio cônjuge, namorado(a) ou companheiro(a) (união estável); no exercício dessa liberdade podem, inclusive, escolher o momento, a parceria, o lugar, ou seja, onde, quando, como e com quem lhe interesse compartilhar seus desejos e necessidades sexuais. Em síntese, protege-se, acima de tudo, a dignidade sexual individual, de homem e mulher, indistintamente, consubstanciada na liberdade sexual e direito de escolha.

Conforme reportagem da revista *Veja*⁷, cabe lembrar a notória condenação, em 1992, do boxeador Mike Tyson pela prática de estupro. No Tribunal, o advogado de Tyson apresentou aos jurados a seguinte situação: *“Ela foi para o carro, entrou no hotel, subiu ao quarto e sentou-se na cama. Tudo isso às 2 da manhã. A essa hora não há muito que fazer em Indianápolis. Para quê? Para ver televisão?”* A resposta do promotor do Estado de Indiana tornou-se um marco histórico: *“Então uma mulher que comete um erro de julgamento deve ser punida com estupro? Quando uma mulher diz não, ela quer dizer não. Ela é dona do próprio corpo.”*

4. O crime – a pena fixada

É interessante também observar aspectos do caso em questão que determinaram ao réu a pena de 15 anos de reclusão, patamar máximo legalmente previsto.

Inicialmente, importa destacar, conforme René Ariel Dotti⁸:

A tarefa judiciária da fixação da pena é regulada por princípios e regras de natureza constitucional (art. 5º, XLVI) e legal (CP, arts. 59 e ss., e CPP, art. 387) que obrigam a individualização da medida concreta, devidamente fundamentada (CF, art. 93, IX). (...) A individualização judicial é a procedida pelo juiz, tomando como referência básica os indicadores dos arts. 59, 60 e 68 do CP. A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do

agente, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, são dados para que o magistrado possa fixar a pena necessária e suficiente para repressão e prevenção do crime. Como cumpre a ele decidir sobre o conteúdo dessas circunstâncias, bem como o sentido e a intensidade de sua influência na pena-base, convencionou-se chamar essa etapa de individualização judicial (em contraponto à legal, em que a lei passa a fazer recortes da autonomia do magistrado, seja quanto ao sentido da modificação da pena, como nas agravantes e atenuantes, seja também na intensidade da modificação, como nas majorantes e minorantes).

Nesse contexto, desde que fundada em elementos contidos nos autos e escorada em fundamentação razoável e idônea, nada impede que a análise das circunstâncias judiciais enseje a majoração da reprimenda mínima cominada ao réu, caso os elementos que envolvem o crime, nos seus aspectos objetivos e subjetivos, assim recomendem. Caso contrário, estar-se-ia negando vigência ao princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal.

No caso em comento, na apreciação da culpabilidade, verificou-se que o réu obrigou a vítima a praticar atos sexuais diversos, tais como coito vaginal e anal, demonstrando maior reprovabilidade em sua conduta. Nesse sentido:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Crime de estupro. Dosimetria da pena. Reprimenda básica acima do mínimo legal. Afirmções concretas relativas à culpabilidade, às circunstâncias e consequências do crime. (...). Desse modo, praticando o agente mais de um núcleo do tipo, dentro de um mesmo contexto fático, imperioso o reconhecimento de crime único, sendo facultado ao magistrado sentenciante valorar eventual pluralidade de condutas na fixação da reprimenda básica, a título de culpabilidade do acusado. 4. No caso em desfile, o magistrado sentenciante afirmou ser acentuada a culpabilidade do paciente, tendo em vista que, *no*

mesmo contexto fático, praticou contra a vítima, além da conjunção carnal, coito anal e sexo oral. Tal fundamentação extrapola os elementos inerentes ao tipo incriminador, anunciando o maior grau de reprovabilidade da conduta perpetrada e menosprezo especial ao bem jurídico tutelado pela norma. Precedentes (HC 218.148/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 21/03/2017 – grifei).

Ainda, entendeu-se que a culpabilidade do agente se mostrou especialmente reprovável tendo em vista que a prática criminosa foi consumada sem o uso de preservativo.

Destacou-se que a prática de crime sexual sem o uso de preservativo, popularmente denominado “camisinha”, possui o condão de potencializar os resultados secundários adversos da prática sexual nefasta, facilitando o risco de gravidez indesejada, por exemplo, e, até mesmo, o de contágio de doenças sexualmente transmissíveis. A não utilização do preservativo, assim, representa uma culpabilidade mais elevada que, conseqüentemente, pode justificar a majoração da reprimenda do agente.

Veja-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Penal. Recurso especial. Estupro. Art. 619 do CPP. Omissões. Não ocorrência. Pena-base. Culpabilidade, circunstâncias e consequências. Motivação concreta. Recurso especial parcialmente provido. 1. O Tribunal de origem indicou, nitidamente, os motivos de fato e de direito em que se fundou para solucionar cada ponto tido como omissos pela defesa, a teor do art. 381, III, do CPP. Não há violação do art. 619 do CPP, pois o Tribunal local destacou e solucionou todos os pontos tidos como omissos pelo recorrente nos embargos declaratórios. 2. *O fato de o réu submeter a vítima a riscos acidentais, tais como a contaminação por doença venérea ou gravidez, torna, indubitavelmente, mais reprovável a conduta. Isso porque, ainda que os aludidos perigos sejam consequências (eventualmente) próprias da prática de uma relação sexual, deve-se considerar como mais reprovável a conduta do abusador que sujeita a*

mulher a riscos dessa natureza, que apenas ela, por ser do sexo feminino suportará. Entender o contrário é assumir que as mulheres que sofrem abusos desse tipo são naturalmente obrigadas a correr os riscos de uma relação sexual violenta e não consentida. 3. Assim, o destaque para a falta do uso do preservativo é fundamento idôneo a alicerçar a elevação da pena-base pela vetorial culpabilidade, traduzida, na espécie, na maior reprovabilidade da conduta. 4. Em relação às circunstâncias, o Magistrado de primeiro grau salientou que o agressor usou de violência e ameaça excessivas, dando chutes e apertando a arma contra a cabeça da vítima, que, por ser diabética, sentiu-se mal durante a violência e alertou que poderia desmaiar, o que configura nítido excesso na conduta do agressor. 5. O fato de a ofendida haver sido hospitalizada em decorrência do trauma e da violência sofridos não é ínsito ao tipo penal e deve ser considerado para o aumento da pena-base, relativamente às consequências. 6. Recurso especial parcialmente provido, a fim de reconhecer a violação do art. 59 do Código Penal e fixar a pena do agravado em 8 anos e 6 meses de reclusão (REsp 1726211/GO, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/03/2018, DJe 03/04/2018 – grifei).

Na apreciação da personalidade entendeu-se que mereceria ser considerada como desfavorável ao réu. Isso porque o acusado comunicou à vítima que estaria fazendo uso de viagra (medicamento que provoca ereção do pênis) para advertir a mesma que o estupro teria maior duração, o que indica personalidade com especial agressividade no sentido sexual. Sobre a referida circunstância judicial, o doutrinador André Estefam⁹ explica que *“se o réu comprovadamente possui uma personalidade acentuadamente erotizada, revelando depravamento sexual, esse fator poderá ser validamente ponderado se ele for condenado pelo crime de estupro”*.

No caso, em que pese a ausência de laudo psicológico ou psiquiátrico para perfeita identificação da personalidade, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal entende por sua desnecessidade para aferição da circunstância judicial em comento:

Penal. Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Homicídio triplamente qualificado. Dosimetria. Pena-base. Culpa-bilidade, consequências e comportamento da vítima. Carência de motivação idônea. *Personalidade devidamente tida como desfavorável*. Circunstâncias e motivos do crime. Valoração das qualificadoras não empregadas para tipificar a conduta. Possibilidade. Confissão qualificada. Súmula 545/STJ. Incidência da atenuante. Writ não conhecido e ordem concedida de ofício. (...) 6. *A personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatório dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia*. No caso, o Julgador de 1º grau afirmou que o réu apresenta personalidade agressiva, o que restou sobejamente demonstrado nos autos, considerando ter ele desferido inúmeros golpes de peixeira, os quais, de tão intensos, terminaram por danificar o artefato, tendo o corréu emprestado uma outra faca para o ora paciente seguisse a esfaquear o corpo já desfalecido do ofendido. 7. A teor da jurisprudência desta Corte, “no delito de homicídio, havendo pluralidade de qualificadoras, uma delas indicará o tipo qualificado, enquanto as demais poderão indicar uma circunstância agravante, desde que prevista no artigo 61 do Código Penal, ou, residualmente, majorar a pena-base, como circunstância judicial” (AgRg no REsp n. 1.644.423/MG, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 7/3/2017, Dje 17/3/2017). (...). (HC 521.540/PB, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 05/05/2020, Dje 18/05/2020 – grifei).

A conduta social é circunstância que mereceu ser considerada desfavorável ao réu. Isso porque, conforme restou informado pela autoridade policial, pelo menos outras quatro mulheres relataram que foram vítimas do acusado, em circunstâncias análogas às apuradas nos presentes autos, dentre elas a informante Mafalda, a qual relatou em juízo o mesmo “modus operandi” empregado pelo acusado.

As circunstâncias do crime foram consideradas negativas ao réu, pois restou comprovado que o réu permaneceu com a vítima por aproximadamente 12 horas, sendo que a estuprou violentamente.

Os motivos do crime também mereceram reprimenda, porquanto o acusado não se limitou à prática de coito vaginal e anal com a vítima; também colocou cocaína na vagina e no ânus da vítima e utilizou um pênis de borracha durante a penetração, apesar da dor informada pela vítima. Portanto, restou demonstrado que a prática do crime não visava apenas a satisfação da lascívia do acusado, mas também atendeu sua pretensão de dominar e humilhar a vítima.

As consequências do crime foram graves e mereceram ser consideradas negativas ao acusado. Os laudos periciais informam que a prática criminosa trouxe várias consequências à vítima, quais sejam: ficou aproximadamente uma semana sem controlar o esfíncter direito e com incontinência fecal; ficou sem conseguir andar direito por aproximadamente três dias, tendo em vista que sentia muita dor; e teve hematomas e equimoses pelo corpo. As declarações médicas indicam que teve pensamentos suicidas, crises de ansiedade e medo, o que aumentou a quantidade de sessões psicológicas, tendo em vista as sequelas em sua saúde mental.

Desse modo, considerando-se como desfavoráveis ao acusado a culpabilidade por dois fatores, a personalidade, a conduta social, as circunstâncias, os motivos e as consequências do crime, a pena base foi fixada acima do mínimo legal.

A vítima, nesse caso, não contribuiu para o evento, pois não se verificou comportamento que indicasse ter ela estimulado ou provocado de qualquer modo a atividade delituosa, não tendo incitado ou convidado o réu a realizar a conduta típica.

Considerando-se como desfavoráveis ao acusado a culpabilidade por dois fatores, a personalidade, a conduta social, as circunstâncias, os motivos e as consequências do crime, a pena base foi fixada acima do mínimo legal

Em seguida, observou-se presente a agravante prevista no art. 61, inc. II, alínea 'c', do Código Penal. Isso porque o réu agiu mediante dissimulação, criando um ambiente de confiança para a vítima, fazendo com que ela se sentisse confortável e segura em sua companhia, afinal ele: a) tinha amigo (Nelson) em comum com Isadora, amiga da vítima; b) falou para a vítima sobre suposto projeto social; c) pagou as despesas da vítima e de sua amiga, ao saírem da boate; d) tem formação universitária e trabalha como fisioterapeuta.

Sobre a agravante em comento (dissimulação), o doutrinador Guilherme de Souza Nucci¹⁰ ensina que

é o despistamento da vontade hostil; escondendo a vontade ilícita, o agente ganha maior proximidade da vítima. Fingindo amizade para atacar, leva vantagem e impede a defesa. Na jurisprudência: STJ: 'Para a incidência da agravante prevista na alínea 'c' do inciso II do art. 61 do Código Penal, não se observa da doutrina e da jurisprudência a necessidade de demonstração inequívoca de prévio planejamento da prática delitiva, tampouco a existência de sólida relação de afeto e lealdade', bastando a demonstração de que o agente se valeu da confiança nele depositada pela vítima para o cometimento do crime (REsp 1050547-RS. 6ª T., rel. Rogerio Schietti Cruz, 19.04.2016, DJe 28.04.2016).

Conclusão

O crime de estupro de vulnerável por ingestão de álcool ou drogas representa um avanço legislativo na proteção da liberdade sexual, pois protege o indivíduo que não tem condições de manifestar seu consentimento para o ato sexual por encontrar-se em situação de vulnerabilidade. Tal delito é gravíssimo e merece reprimenda, posto que, entre outros motivos, ordinariamente traz graves prejuízos psicológicos à vítima que, diante do trauma sofrido, desenvolve sequelas na saúde mental.

Em razão do alto grau de repulsa e reprovabilidade do aludido crime perante a sociedade, quando a autoridade policial e o Ministério

Público recebem a informação da prática de tal delito, e após instrução na fase policial – em geral com reduzida participação de defesa –, é possível acreditar que comumente seja oferecida denúncia contra quem praticou relação sexual com pessoa que ingeriu álcool ou drogas. Porém, é de se registrar que há entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a necessidade de observar que o consumo de álcool ou drogas tenha sido suficiente para provocar estado de letargia na vítima, bem como se a vítima não contribuiu para o evento, com comportamento que indicasse ter ela estimulado ou provocado de qualquer modo a atividade delituosa, ou tendo incitado ou convidado o réu a realizar a conduta típica.

Para finalizar, ênfase: verifica-se que tais delitos provocam sequelas na saúde mental das vítimas, sendo relevante verificar a condição de letargia e o comportamento delas. Assim, antes do recebimento da denúncia, observo que caberia ao magistrado proceder a prévia análise da situação delituosa através de laudo de psicóloga ou psiquiatra para análise da caracterização da situação de vulnerabilidade da vítima.

Notas

1. Mauro Bley Pereira Junior. mbp@tjpr.jus.br. Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná em 1992. Juiz Substituto em 2ª Grau no Tribunal de Justiça do Paraná.
2. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal: parte especial – arts. 121 a 249*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 832.
3. GRECO, Rogerio. *Código Penal Comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p. 819 e 820.
4. MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 209.
5. CUNHA, Rogerio Sanches. *Código Penal*. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2020, p. 746.
6. BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.425.
7. SENECHAL, Alexandre; CASTRO, Luiz Felipe. *Revista Veja*. 12 de junho de 2019, p. 73.
8. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – parte geral*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 747.

9. ESTEFAM, André. *Direito penal*. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 242.
10. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. . ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 511.

Referências

- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CUNHA, Rogerio Sanches. *Código penal*. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2020.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – parte geral*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- ESTEFAM, André. *Direito penal*. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GRECO, Rogerio. *Código Penal Comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.
- MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal: parte especial – arts. 121 a 249*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SENECHAL, Alexandre; CASTRO, Luiz Felipe. *Revista Veja*. 12 de junho de 2019.

A permeabilidade dos setores público e privado no sistema neoliberal

Rafael Velloso Stankevecz¹

Juiz de Direito do TJPR

Resumo: Neste artigo procurou-se demonstrar as fases pelas quais o Estado passou no decorrer dos séculos, indo do absolutismo monárquico ao Estado liberal, depois para Estado do bem-estar social, até chegar ao neoliberalismo, com o resgate de princípios do capitalismo liberal e marcado pela privatização não apenas das empresas estatais, mas também dos serviços sociais. Como consequência, o acesso a esses serviços acaba sendo atribuído ao mérito e ao desempenho, aumentando as desigualdades sociais. Além disso, passou a haver uma permeabilidade entre o setor público e privado, em uma confusão de interesses. Portanto, propõe-se um debate sobre o tema para contribuir com o surgimento de um modelo econômico que estabeleça limites mais rígidos entre o público e o privado, equilibrando-se os ideais neoliberais e social-democratas previstos na Constituição brasileira.

Introdução

DURANTE O PROCESSO DE EVOLUÇÃO HISTÓRICA, o papel do Estado frente ao capitalismo sofreu mudanças consideráveis, impactando na economia. No decorrer da Idade Média, prevaleceu na Europa o abso-

lutismo, com o poder concentrado na mão de um único governante, com poderes plenos para criar leis, impostos e até para agir em assuntos religiosos. Isso porque se acreditava que o poder do governante tinha origem divina, consagrando-se, na história, a frase *l'Etat c'est moi* (o Estado sou eu), atribuída a Luís XIV, monarca francês.

A história, seguindo seu curso, presenciou a Revolução Industrial (a partir de 1760) e a Revolução Francesa (1789-1799), que deram cau-

A prevalência do interesse público na economia e no capitalismo só é alcançada, democraticamente, através da intervenção do Estado, para uma melhor distribuição de renda e para a realização da justiça social

sa ao surgimento do Estado liberal ou absenteísta. Houve, assim uma revolução da burguesia objetivando a redução do poder do monarca, além do reconhecimento de direitos fundamentais do cidadão. A economia passou a ser autorregulável, sem interferência do Estado, o qual garantia apenas a liberdade e a propriedade privada.

Esta forma de atuação do Estado frente à economia perdurou até a primeira guerra mundial (1914-1918) e culminou em muitas desigualdades sociais geradas pelo próprio capitalismo liberal e pela passividade do Estado. Por isso, após a grande guerra instalou-se o Estado social, no qual os direitos sociais (direitos fundamentais de se-

gunda dimensão) passaram a ser também garantidos. A Constituição Mexicana (1917) e a Alemã (1919) foram pioneiras nesse novo modelo de constitucionalismo. No Brasil, o reflexo somente ocorreu na Constituição de 1934.

O neoliberalismo, como ideologia, surgiu apenas na década de 1940, como reação ao intervencionismo do Estado e às crises econômicas, sobretudo a grande crise de 1929. Porém, somente após 1970 é que realmente o neoliberalismo se instalou, coincidindo com o início da decadência do socialismo e também como reação às novas crises econômicas. Houve, assim, o resgate de alguns valores do capitalismo liberal.

Esta mudança de modelo econômico, como se percebe, guarda relação com a forma de atuação do Estado. Para tal percepção, é necessá-

rio resgatar o conceito do próprio Estado como sendo uma instituição neutra, quando na verdade é marcada por elementos ideológicos e está correlacionada com forças políticas e sociais, como partidos políticos, movimentos sociais, grupos empresariais, entre outros, com a prevalência da classe dominante no poder (POULANTZAS, 1980).

A prevalência do interesse público na economia e no capitalismo só é alcançada, democraticamente, através da intervenção do Estado, para uma melhor distribuição de renda e para a realização da justiça social. Essa é a lição de Reich (1990, p. 265):

O intervencionismo compreende uma estratégia moderna para a imposição do interesse público sobre um sistema econômico capitalista. Descreve a transformação de um “governo das leis” (...) para o moderno Estado do Bem-Estar (Welfare State, Sozialstaat, État Providence) (...) Neste contexto o Direito (...) assume uma função “substantiva”, finalística. Torna-se voltado a metas de forma a viabilizar a democracia também na economia, para uma melhor alocação dos recursos, para uma distribuição de renda mais justa, e por uma proteção dos socialmente fracos e discriminados.

Extrai-se dessas ideias a reflexão de que o Estado tem papel fundamental no controle da economia e, também, na implementação dos direitos humanos e sociais. Portanto, este artigo propõe um estudo sobre a evolução do capitalismo, desde o absolutismo, passando pelo Estado liberal e Estado social, até chegar ao Estado neoliberal que conhecemos hodiernamente. E, também, analisar o fato de que os setores público e privado, na economia neoliberal, misturam-se muitas vezes, ou seja, o que é chamado de setor público muitas vezes está, na prática, dentro do setor privado. Através do poder econômico, o setor privado acaba, muitas vezes, norteador do rumo das políticas e decisões do poder público. E essa proximidade acaba tornando possível o favorecimento de empresas do setor privado em procedimentos licitatórios.

Utilizou-se como metodologia uma pesquisa teórica, exploratória e qualitativa, com foco metodológico crítico propositivo, através do método dedutivo.

1. Do Estado liberal ao Estado social

Durante a Idade Média, predominava na Europa o absolutismo monárquico, no qual o poder concentrava-se nas mãos de um único governante. No entanto, ocorreram revoluções para forçar a limitação do poder do monarca, bem como em favor do reconhecimento de direitos individuais. O declínio do absolutismo coincidiu com a ascensão da burguesia, através da Revolução Francesa (1789-1799).

A substituição da produção artesanal pela indústria já ocorria desde o início da Revolução Industrial (a partir de 1760), marcando uma nova fase do Estado, com mínima intervenção nas relações econômicas e sociais.

Surgia, assim, o Estado liberal, através de um capitalismo concorrencial, que visava apenas o lucro e sem limitações, inspirado na escola clássica inglesa de Adam Smith, no seu livro *A Riqueza das Nações*, no qual discorreu sobre um mercado autorregulável, sem intervenção do Estado, algo que chamou de “a mão invisível do mercado” (NOVAIS, 2006).

Portanto, o capitalismo liberal foi alavancado pela burguesia industrial, em que o Estado atuava apenas como garantidor da propriedade privada, sendo mero árbitro de disputas entre particulares. Isso acabou reforçando as desigualdades sociais, pela falta de atuação efetiva do Estado na economia (GRAU, 2010, p. 17). A ordem econômica existia apenas no mundo do ser, sem qualquer interferência do Estado, que se limitava a garantir a propriedade privada e a liberdade contratual e atuava como mero árbitro de disputa entre particulares.

O modo de produção capitalista instalado no século 19 proporcionou grande desenvolvimento industrial, sendo substituído o modo de produção artesanal pelo mecânico. Porém, o trabalho humano ainda era necessário para operar as máquinas das fábricas.

O capitalismo concorrencial sem controle e a busca pelo lucro acima de qualquer outro valor favoreceu, entretanto, a precariedade das condições de trabalho humano, sobretudo pela utilização de mão de obra infantil, pelas condições de insalubridade a que os trabalhadores eram expostos e pelas jornadas excessivas de trabalho. Ou seja, busca-

va-se a redução dos custos de produção em detrimento da dignidade do trabalhador.

A falta de intervenção do Estado na ordem econômica gerou imperfeições nesse capitalismo concorrencial sem controle. A necessidade da intervenção do Estado para organizar o mercado e para preservar a livre concorrência passou a ficar cada vez mais evidente. Surgiu, também, a necessidade de uma atuação do Estado para a defesa dos seres humanos, sobretudo os trabalhadores, além da preservação dos recursos naturais. As crises econômicas e os conflitos sociais já não eram controlados somente pelo mercado autorregulável, conforme ensina Moreira (1987, p. 48):

A incapacidade do sistema para responder si às perturbações do aparelho econômico provocadas por crises cada vez mais agudas, de absorver os conflitos sociais que se radicalizavam até o ponto de rotura, de responder às novas exigências do progresso técnico, tudo isto obrigou o Estado (...) a procurar disciplinar a economia no seu conjunto.

A necessidade de atuação do Estado para o controle do mercado foi marcada também pelo exercício do poder de polícia, ampliação dos serviços públicos e emissão de moeda através do monopólio estatal.

A reivindicação pela garantia dos direitos sociais passou a ficar mais forte ao final da primeira guerra mundial (1914-1918). Até então, o sistema econômico que garantia a propriedade privada era o que predominava e as potências europeias colonialistas estavam no auge do seu poder. A desigualdade social apenas se acentuou com a grande guerra.

Em reação a isso, a partir da atuação do Estado na ordem econômica, surgiram leis que passaram a defender a dignidade da pessoa humana, especialmente os trabalhadores contra a insalubridade ou as crianças contra o trabalho infantil.

Ao fim da primeira guerra mundial, consagrou-se um Estado tributário e de bem-estar social, através da instituição de um imposto progressivo, cuja alíquota era maior para os que tivessem um patrimônio expressivo (PIKETTY, 2020, p. 494).

A partir de então, consolidou-se um novo tipo de constitucionalismo, através do surgimento do Estado social. A Constituição Mexicana de 1917 foi pioneira na previsão de garantia dos direitos sociais. Essa tendência foi seguida pela Constituição Alemã de 1919 (Constituição de Weimer). No Brasil, somente com a Constituição de 1934 é que foram garantidos alguns direitos sociais.

O centro de gravidade da ordem jurídica econômica foi deslocado do direito privado para o direito público. Estabeleceu-se um período de organização dos trabalhadores em sindicatos e partidos, diferentemente do que acontecia no Estado liberal, em que os trabalhadores ficavam à mercê da vontade da burguesia industrial. No pensamento liberal, a economia estava fora do campo de discussão político (MOREIRA, 1987).

A marca do Estado social foi o dirigismo e a intervenção na economia como forma de tornar o sistema econômico mais humanizado e social. Até os direitos que já eram resguardados pelo Estado liberal, como a liberdade e a propriedade, passaram a ser vistos com uma outra concepção, conforme ressaltado por Moreira (1987, p. 135):

A prescrição de deveres sociais, não só nas relações com o Estado mas também nas relações (econômico-) sociais dos cidadãos, derivaria da vocação de um certo tipo de homem social, de uma exigência de sociabilidade do cidadão, inerentes ao Estado social. No e pelo Estado social os direitos de liberdade econômica deixam de ser considerados valores autônomos; passam a considerar-se funções sociais, instrumentos de fins de justiça social, de democracia substancial, etc. Os direitos fundamentais econômicos de propriedade e da liberdade de empresa já não seriam direitos individuais, ao serviço de um interesse pessoal; passariam a ser diretamente funções do bem comum.

Evidencia-se, assim, que o Estado social, também chamado de “Estado do Bem-Estar Social” ou *Welfare State*, foi um modelo adotado por diversos países, especialmente a partir da segunda metade do século 20 e no ocidente, dentre os quais o Brasil, com a Constituição de 1988, baseado na igualdade substancial, na justiça social e, principalmente, na dignidade da pessoa humana (PIOVESAN, p. 30).

2. Do Estado social ao neoliberalismo

O Estado do bem-estar social passou a garantir os direitos fundamentais de segunda dimensão, através da implementação da justiça social e de conduta ativa diante da ordem econômica, buscando diminuir as desigualdades sociais que existiam no Estado liberal.

No entanto, após a grande crise econômica de 1929, o Estado social passou a sofrer críticas em razão do seu crescimento desmesurado, do excessivo assistencialismo e dos altos gastos em questões sociais. Surgiu, desta forma, a ideia de diminuir o tamanho do Estado, através de privatizações e resgatando alguns valores do capitalismo liberal de outrora.

O neoliberalismo nasceu, assim, como ideologia em 1940, através da teoria de Friedrich August von Hayek, um dos maiores representantes da escola austríaca de pensamento econômico, que inaugurou o pensamento neoliberal através do conceito de Estado mínimo.

A ideologia neoliberal foi uma reação ao excessivo dirigismo do Estado e suas sucessivas intervenções na ordem econômica, o que, para os pensadores da Escola Austríaca, colocou em perigo a liberdade individual. Nesse sentido é a lição de Di Pietro (2017, p. 12):

Verificou-se um crescimento desmesurado do Estado, que passou a atuar em todos os setores da vida social, com uma ação interventiva que coloca em risco a própria liberdade individual, afeta o princípio da separação de Poderes e conduz à ineficiência na prestação de serviços.

Entretanto, a ideologia neoliberal não prevaleceu imediatamente depois do seu surgimento. Após a segunda guerra mundial (1939-1945), a União Soviética gozava de grande prestígio moral por ter sido decisiva na derrota das tropas alemãs nazistas. E o seu regime socialista era a única ideologia política que era manifestamente contrária ao colonialismo e ao racismo.

A partir de 1970, o prestígio moral da União Soviética passou a diminuir gradativamente, sobretudo porque as descolonizações termina-

ram, os direitos cívicos foram estendidos em sua totalidade aos negros norte-americanos e porque a demanda pelo crescimento econômico passou a ser reivindicada como resposta a uma grande crise econômica, o que trouxe novamente à tona a ideologia neoliberal.

Para Piketty (2020, p. 505) todos os valores que traziam deferência à União Soviética foram introduzidos, também, nos países capitalistas. Começou, assim, o declínio da União Soviética e abriu-se caminho para a expansão de um capitalismo mais liberal, através da globalização, ainda durante os anos 1970, conforme explicação de Anderson (1995, p. 9):

A chegada da grande crise do modelo econômico do pós-guerra, em 1973, quando todo o mundo capitalista avançado caiu numa longa e profunda recessão, combinando, pela primeira vez, baixas taxas de crescimento com altas taxas de inflação, mudou tudo. A partir daí as ideias neoliberais passaram a ganhar terreno. As raízes da crise, afirmavam Hayek e seus companheiros, estavam localizadas no poder excessivo e nefasto dos sindicatos e, de maneira mais geral, do movimento operário, que havia corroído as bases de acumulação capitalista com suas pressões reivindicativas sobre os salários e com sua pressão parasitária para que o Estado aumentasse cada vez mais os gastos sociais.

O ideal neoliberal ressurgiu, assim, propondo a diminuição de gastos do Estado para retomar o crescimento, além de garantir a livre concorrência do mercado, mesmo que isso provocasse desigualdades sociais. Os Estados neoliberais propuseram, para tanto, a privatização de empresas estatais, a desburocratização dos meios de produção e a redução do dirigismo do Estado, o que foi chamado de “Estado Mínimo”, como dito anteriormente.

Como consequência da política neoliberal, houve a retomada do crescimento econômico. O progresso tecnológico e industrial e o surgimento de grandes empresas multinacionais tornaram a globalização econômica inevitável.

A noção de globalização superou a usual abordagem do comércio entre países. Criou-se um ambiente de integração entre eles, através do

livre acesso a mercados, compreendendo produtos, serviços, logística, tecnologia e informação, trazendo reflexos nos processos de produção. Isso porque um produto passou a ser produzido em diferentes países, com o fracionamento do processo produtivo em diferentes etapas (STELZER e OLIVEIRA, 2020, p. 3).

As políticas tornaram-se macroeconômicas, com maior interdependência das economias dos diferentes países. A partir da 1990, as privatizações aumentaram num ritmo considerável e houve a diminuição da implementação de políticas sociais. O neoliberalismo é assim descrito por Bourdieu (1998, p. 138):

A mundialização dos mercados financeiros, junto com o progresso das técnicas de informação garante uma mobilidade sem precedentes dos capitais e oferece aos investidores (ou acionistas) zelosos de seus interesses imediatos, ou melhor, da rentabilidade a curto prazo de seus investimentos, a possibilidade de comparar a todo momento a rentabilidade das maiores empresas e de sancionar, conseqüentemente, os fracassos pontuais. As próprias empresas, defrontando-se com tal ameaça permanente, devem se ajustar de modo cada vez mais rápido às exigências dos mercados; e devem fazê-lo sob pena de “perder, como se diz, a confiança dos mercados”, e com isso o apoio dos acionistas. Esses últimos, preocupados em obter uma rentabilidade a curto prazo, são cada vez mais capazes de impor sua vontade aos *managers*, de fixar-lhe normas, através das diretorias financeiras, e de orientar suas políticas em matéria de contratação, emprego e salário.

O neoliberalismo diminuiu a intervenção do Estado no campo das políticas sociais, afastando-se da justiça social.

3. Neoliberalismo no Brasil

A Constituição Brasileira de 1988, seguindo a ideia de Estado social, adotou como fundamento a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º). A liberdade

é considerada um direito fundamental (art. 5º), mas a livre iniciativa somente pode ser exercida no interesse da justiça social, priorizando-se o trabalho em detrimento dos demais valores da economia de mercado (art. 170).

Adotou-se, na Constituição de 1988, um regime de mercado organizado, no qual o Estado atua para garantir a livre concorrência (art. 170, inc. IV), mas também para evitar monopólios e abuso do poder econômico, o que poderia causar o aumento arbitrário dos lucros.

O centro de gravidade da ordem jurídica e econômica foi deslocado do direito privado para o direito público, na transição do Estado liberal ao Estado social

No entanto, para a implantação de uma economia globalizada neoliberal, foi instaurado o Programa Nacional de Desestatização – PND. Para tanto, diversas emendas constitucionais foram feitas a partir de 1995. Passou a ser permitida a exploração de minerais e potenciais de energia hidráulica por empresas de capital estrangeiro, por exemplo. Houve, também, o fim do monopólio estatal da exploração do petróleo. Como consequência, ocorreu

a privatização da Companhia Vale do Rio Doce, no ano de 1997.

Atualmente discute-se a privatização dos Correios, sob a justificativa de que se trata de empresa altamente deficitária e que onera o orçamento público. Entretanto, trata-se de serviço com interesse público, já que há o interesse nacional na logística e entrega de correspondências em todas as partes do Brasil, o que está ocasionando muita discussão a respeito do tema.

Foram feitas duríssimas críticas às citadas emendas constitucionais, em razão de alegada agressão à soberania nacional pela ambição econômica de grupos e empresas multinacionais. Essa é a opinião de Bandeira de Mello (2018, p. 1.135):

Na área que nos interessa, a jurídica, no Brasil foram necessárias alterações legislativas e até mesmo constitucionais para que se oferecesse o máximo de suporte a esta penetração de interesses inter-

nacionais. Assim no governo que precedeu ao do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, foram procedidas agressões duríssimas ao espírito norteador da Constituição no que se refere à defesa da soberania e dos interesses nacionais contra ambições econômicas de grupos multinacionais.

Trata-se de uma opinião que segue a dicotomia Estado *versus* mercado, sendo pouco produtiva para uma discussão acadêmica sobre a alegada ofensa ao princípio da soberania, pois não é possível dizer se tais reformas ofendem ou não os interesses nacionais apenas porque empresas estatais são privatizadas pelo capital estrangeiro.

Analisando o neoliberalismo nos países latinos, Gallardo (2014) explica que a política neoliberal promove a exclusão econômica e socio-política dos menos favorecidos e a fragilização dos movimentos sociais e populares. Torna-se um obstáculo à garantia dos direitos humanos e ao exercício da cidadania.

Enfim, as reformas constitucionais e legais do Estado brasileiro, de inspiração neoliberal, trouxeram o aumento das desigualdades sociais, a privatização de serviços sociais, além da transformação do Estado em mero gestor de políticas, sem que houvesse a consequente e esperada redução da dívida pública. No entanto, o rico catálogo de direitos fundamentais e a ordem econômica prevista na Constituição de 1988 não foram alterados, o que significa dizer que o Brasil ainda não é – apesar dos esforços de alguns – um Estado do tipo neoliberal.

4. A divisão dos setores público e privado na economia neoliberal

Conforme já esclarecido, o centro de gravidade da ordem jurídica e econômica foi deslocado do direito privado para o direito público, na transição do Estado liberal ao Estado social. E, posteriormente, foi deslocado novamente para o direito privado, no surgimento do Estado neoliberal.

A dicotomia entre o público e o privado também se estabeleceu no mundo político, em que o capitalismo fazia oposição ao socialismo

implementado na União Soviética. Outras dicotomias correspondentes igualmente convergem no público e privado, quais sejam, sociedade de iguais e de desiguais, lei e contrato, justiça comutativa e justiça distributiva (BOBBIO, 2007).

Enfim, o que marca o neoliberalismo é a privatização dos serviços sociais e não somente das empresas estatais. Os direitos sociais não mais são vistos como direitos, mas como serviços, que podem ser comprados ou vendidos no mercado (CHAUÍ, 2017). Como consequência, o acesso a esses serviços acaba sendo proporcionado através do mérito e do desempenho, exacerbando o individualismo e a competitividade.

A privatização desses serviços consolidou uma ideia de gestão pelo Estado, através da descentralização de atividades e da eficiência econômica, impondo-se inovações e modernização. As pessoas que são beneficiárias de tais serviços acabam sendo equiparadas a consumidores, numa tendência de mercantilização de atividades públicas.

Logo, uma grande parte dos serviços tido como públicos (saúde, educação, assistência social etc.) acabou sendo transferida ao setor privado em economias neoliberais, o que revela uma tendência de permeabilidade do setor público pelo setor privado, conforme observado por Galbraith (2004, p. 53) na política militar dos Estados Unidos:

Ao contrário do que se comumente se pensa, as despesas com armamentos não ocorrem depois de exame detalhado por parte do setor público. Muitas delas dependem da iniciativa e das ordens da indústria de armamentos e de seu porta-voz político: o setor privado. As indústrias mais importantes propõem novos projetos de armas, e recebem o direito de produzi-las e lucrar, além de receber pela produção das armas já existentes. Num fluxo impressionante de influência e poder, a indústria de armamentos concede empregos cobiçados, remunerações altas e consegue vantagens com seus representantes no governo, constituindo, de modo indireto, uma rica fonte de fundos políticos. (...) Fica evidente que o setor privado vai assumindo papel dominante no setor público. Seria muito melhor que isso fosse dito de forma clara.

A intromissão do setor privado no setor público vai além. Passou de uma mera influência do capitalismo sobre o público e transformou-se na influência dos grandes executivos de empresas, os quais celebram alianças com o chefe do Poder Executivo e ocupam posições de destaque no governo (GALBRAITH, 2004, p. 54).

A consequência disso é que o acesso ao poder político e econômico, dentro de uma economia de livre comércio, decorre do mérito do indivíduo. Esta ideia aplicada em uma economia globalizada neoliberal se traduz em desigualdades sociais, pois a distribuição de recompensas com base no mérito trará maior compensação a poucos, em detrimento da maioria. Em razão disso, a tensão entre meritocracia e democracia é um embate inevitável, justamente porque a ideia de democracia pressupõe que a maioria esteja no poder (ZINGALES, 2015, p. 13).

Essa proximidade entre o setor público e o setor privado, além de gerar distorções, propicia também o surgimento de esquemas de favorecimentos, como os que foram descobertos através da “Operação Lava Jato”. Nesses esquemas, políticos influentes foram acusados de indicar servidores “de confiança” para atuar na Petrobras que passaram a beneficiar, de forma indevida, empreiteiras em contratos com a empresa petrolífera. E parte do lucro dos contratos, em contrapartida, era revertida aos políticos e servidores, sob a forma de propina (VENAGLIA, 2018).

Essa é a realidade que o neoliberalismo vem constantemente nos mostrando, qual seja, o setor público está sendo cada vez mais influenciado pelo setor privado.

Considerações finais

Numa perspectiva histórica, demonstrou-se que a forma democrática através da qual prevalece o interesse público se dá pela intervenção do Estado na economia. A mutação do capitalismo, através do absolutismo, Estado liberal, Estado social, até chegar ao neoliberalismo, foi consequência da forma de atuação do Estado na economia, sobretudo em relação à implementação dos direitos humanos e sociais.

O neoliberalismo é marcado pela privatização não apenas das empresas estatais, mas também dos serviços sociais. Grande parte dos serviços tidos como públicos acabou sendo transferida ao setor privado. Abriu-se espaço para o setor privado interferir nas decisões políticas públicas através do poder econômico. E também no próprio poder político, com a concessão de cargos públicos a executivos de empresas.

Demanda-se, portanto, o surgimento de um modelo econômico mais equilibrado e duradouro, neste século 21, que tente conciliar os ideais neoliberais e social-democratas. E que fixe barreiras claras entre o que representa o interesse público e o que se trata de interesse meramente particular. A subordinação do interesse particular ao interesse público deve prevalecer em relação ao inverso.

Somente assim as políticas públicas poderão expressar a democracia enquanto participação política, no sentido de que as contradições encontradas no âmbito econômico, político e social possam ser postas em desconstrução.

Enfim, conclui-se com uma reflexão de Norberto Bobbio (2007, p. 27) tratando justamente do desafio do Estado de lidar com a aproximação dos setores público e privado, através de instrumento jurídicos continuamente renovados:

Os dois processos, de publicização do privado e de privatização do público, não são de fato incompatíveis, e realmente compenetraram-se um no outro. O primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos. O Estado pode ser corretamente representado como o lugar onde se desenvolvem e se compõem, para novamente decompor-se e recompor-se, estes conflitos, através do instrumento jurídico de um acordo continuamente renovado, representação moderna da tradicional figura do contrato social.

Nota

1. Rafael Velloso Stankevezc Mestrando em Direito (UNICURITIBA). Especialista em Direitos do Homem pela Faculdade de Direito de Coimbra e especialização em Direito Prático Aplicado pela EMAP. Juiz de Direito do TJPR. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3706-9373>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3748788985326776> E-mail: stankevezc@outlook.com

Referências

- ANDERSON, Perry et al. *Balanço do neoliberalismo. Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política*. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- BOURDIEU, P. *Contrafogos. Táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- CHAUI, Marilena. *O neoliberalismo e a meritocracia*. YouTube. Publicado por Nova Cultura Política em 15/jun./2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=0P3owEhJHRY>>. Acesso em: 20 out 2020.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na administração pública*, 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- GALBRAITH, John Kenneth. *A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- GALLARDO, Hélio. *Teoria crítica: matriz e possibilidade de direitos humanos*. Tradução Patrícia Fernandes, 1a. ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2014.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.
- MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 4. ed. Coimbra: Lisboa: Caminho, 1987.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Edições Almedinas, 2006.
- PIKETTY, Thomas. *Capital e ideologia*. 1a. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder e o socialismo*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

- REICH, Norbert. Intervenção do Estado na Economia (Reflexos Sobre a Pós-modernidade na Teoria Jurídica). Tradução de: AGUILLAR, Fernando Herren. *Revista de Direito Público*, n. 94, ano 23, abr./jun.1990.
- STELZER, Joana; SOUZA, Silvano Denega; OLIVEIRA, Adrielle Betina I.; CADEIAS GLOBAIS DE VALOR (CGV): A FRAGMENTAÇÃO DO PROCESSO PRODUTIVO CONFORME A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 4, n. 57, p. 399 – 421, fev. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3779>>. Acesso em: 27.set. 2020.
- VENAGLIA, Guilherme. Os Esquemas da Lava Jato. *Veja*. São Paulo, 16 de março de 2018. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/especiais/os-esquemas-da-lava-jato/>>. Acesso em 26.02.2021.
- ZINGALES, Luigi. *Um capitalismo para o povo. Reencontrando a chave da prosperidade americana*. São Paulo: BEI Comunicação, 2015.

Técnicas decisórias praticadas no direito comparado e possível harmonização com o quadro jurídico nacional brasileiro: a sana crítica e a margem de apreciação

Tiago Gagliano Pinto Alberto¹

Professor e Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Resumo: O presente artigo tem como foco a análise das teorias da sana crítica e margem de apreciação, consideradas como técnicas decisórias praticadas no direito comparado. Objetiva-se verificar se as referidas teorias encontram ressonância no ambiente decisório pátrio e, acaso positivo, como poderiam ser estruturadas para utilização no cenário brasileiro. Também são mencionadas algumas críticas usualmente direcionadas às técnicas aludidas, ademais de expor as suas correspondentes utilizações nas cortes estrangeiras. Ao final, conclui-se no sentido da possibilidade da incorporação no sistema decisório brasileiro da sana crítica e margem de apreciação, com algumas ressalvas e observações destacadas no artigo.

Introdução

RECENTEMENTE, A CORTE CONSTITUCIONAL SUL-AFRICANA decidiu caso denominado *Olivia Road*, em que se debatia a efetivação de ordem de desocupação direcionada a mais de 400 ocupantes de prédios na

cidade de Johannesburgo. Conquanto em primeiro momento pudesse ter sido esperada decisão que se limitasse a garantir a efetivação do comando anteriormente proferido, assim não agiu a corte, que, ao revés, determinou que a cidade e os ocupantes se comprometessem *significativamente* a: *i*) resolver suas diferenças e dificuldades à luz dos valores da Constituição; *ii*) aliviar a condição dos que viviam nos edifícios, tornando-os seguros e saudáveis; e *iii*) reportar os resultados do compromisso².

Este manejo do problema ficou conhecido como “teoria do compromisso significativo” (*meaningful engagement*) e representou, na esfera de atuação da corte, importante evolução da solução definitiva do caso posto à análise do Poder Judiciário. A técnica incrementou a observância de direitos fundamentais, ao invés de simplesmente proscrevê-los como decorrência de posicionamento já revelado por decisão que adjudicara o direito outrora postulado. Ademais disso, a maneira de lidar com o conflito demonstrou que a lógica binária, tão cara à ideia positivista metodológica de agir, não representava a única saída para o acertamento do sistema jurídico. Afinal, mesmo os perdedores devem ter os seus direitos respeitados, sobretudo se a eficácia do comando inserto na decisão judicial puder prejudicar o reconhecimento da pessoa enquanto tal, titular de direitos por simplesmente *ser humano*³.

E, ainda, a decisão apresentou importante conteúdo pedagógico, que se espraia do sistema sul-africano, principalmente de defesa dos direitos humanos, para os demais em todo o mundo, pontuando que representam coisas diversas a solução do processo e a resolução do caso inserido no contexto do caderno processual. Para efetivação daquele, talvez baste uma decisão que insira um ponto final na controvérsia, ao passo que para este, mesmo a decisão final pode ser alvo de debate e reformulações, acaso demonstrada que a sua efetivação, na maneira como lançada, pode vir a representar risco de lesão, ou ameaça de lesão, a diferentes esferas dos direitos envolvidos na testilha.

Especificamente nesta última linha, a pedagógica, encontram-se o problema e a hipótese de trabalho lançados neste artigo. Enquanto problema, questiono se e em qual medida algumas técnicas decisórias utilizadas pelos mais diversos sistemas podem ser utilizadas no ambien-

te pátrio, brasileiro. E, a título de hipótese, pretendo sustentar que há espaço para utilização no cenário doméstico de técnicas adotadas em outros sistemas jurídicos, sem perda de legitimidade democrática, por intermédio da harmonização das técnicas às estruturas argumentativas praticadas na seara brasileira.

O artigo, então, está estruturado em duas partes bem delineadas. A primeira, de conteúdo expositivo-revisional, objetiva apresentar algumas técnicas decisórias praticadas em diversos ambientes judiciais no direito comparado. Não há, com isso, qualquer pretensão de esgotamento e, desde logo se adverte, tampouco de verticalização das técnicas destacadas. Em seguida, na segunda parte, de fundo propositivo, defenderei a possibilidade de harmonização das técnicas com o sistema jurídico pátrio. Se a hipótese ao final se revelar correta, então ao cabo deste trabalho se poderá sustentar que os aportes decisórios, materializados por técnicas de ampla utilização por diversas cortes alienígenas, podem, e quiçá devem, ser utilizadas também pelo aparato judicial brasileiro, sem qualquer perda de legitimidade democrática, comprovando, assim, a harmonização dos sistemas.

A metodologia utilizada para este artigo é a exploratória, com desenvolvimento dedutivo. Quanto às fontes de pesquisa, foram utilizadas referências bibliográficas nacionais e estrangeiras, ademais de material obtido diretamente da rede mundial de computadores.

Metodologias decisórias comparadas

a) Teoria da sana crítica

A teoria da sana crítica, pouco abordada no ambiente judicial brasileiro, não é exatamente recente. Em verdade, talvez a sua primeira menção tenha sido em lei espanhola de 1893, que dispunha, no inciso III do artigo 5º, que “*será admisible en ellos toda clase de pruebas i los jueces deberán apreciarlas con sujeción a las reglas de la sana crítica para declarar si han o no incurrido en la pérdida del derecho a esta pensión*”. Posteriormente, recebeu, ainda no direito positivo espanhol,

previsão no “Reglamento sobre el modo de proceder el Consejo Real en los negocios contenciosos de la Administración, de 1846”, prevendo, no artigo 148, “*que los testigos podían ser examinados y calificados sus dichos por el referido Consejo conforme a las “reglas de la sana crítica.”* Em seguida, migrou para a Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que, no artigo 317, dispôs que “*los jueces y tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos.*”, seguindo, no artigo 659 da “nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881”, redação segundo a qual “*los jueces y tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de la ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos concurran*”⁴.

Ao que se pode perceber do pequeno esboço realizado, a teoria da sana crítica não é tão próxima em lapso temporal quanto se poderia imaginar em uma leitura inicial, embora continue sendo tomada como novidade. De fato, já ostenta um terreno bem considerável e evolução no ambiente jurídico-positivo espanhol. A doutrina espanhola apontou, desde a primeira aparição legislativa do instituto, duas questões fundamentais: o que seria considerado sana crítica e como objetivá-la racionalmente? Estes dois interrogantes permearam toda a apreciação dogmática do tema no direito espanhol dos séculos 19 e 20 e até hoje, no século 21, o tema não se encontra definitivamente resolvido⁵.

Quanto à maneira de compreender a sana crítica, inicialmente ela esteve fortemente vinculada a uma concepção mais formal, relacionada ao controle do número de testemunhas que viria a depor. Era como se a sana crítica fosse ligada ao desenvolvimento da linha argumentativa em juízo e não propriamente ao conteúdo do discurso levado a cabo pelas testemunhas⁶.

A evolução do instituto e, ainda, a sua aplicação também no terreno pericial demandaram uma alteração de rumo, seguindo do aspecto meramente formal do número de testemunhas a outro, material, da apreciação da prova. No campo substancial, primeiro houve um direcionamento da aplicação da teoria à testemunha, de modo que ao juiz cabia, como se fosse preparado tecnicamente para tanto e com tempo

suficiente para isso, aferir as faculdades psicológicas da testemunha⁷. Esta tentativa resultou no mais retumbante fracasso e não demorou muito para que o foco da aplicação da teoria fosse o juiz e não a testemunha. Neste ponto, jurisprudência e doutrina consideraram ser adequado correlacionar sana crítica com íntima convicção, de maneira que o seu eixo de aplicação girou em torno de uma convicção intimista do juiz, nem sempre fundamentada, acerca do conteúdo da matéria probante, fosse ela oriunda da prova oral, fosse técnico-pericial.

Obviamente, esta abordagem consagrava grande indeterminação do conteúdo dos provimentos judiciais decisórios, já que a íntima convicção, em voga naquele momento, tampouco permitia o contraste entre os caminhos percorridos pelo juiz para chegar às suas conclusões e a conclusão em si. E a questão ainda se revelava pior no que toca à prova pericial, porque acreditar na conclusão do perito seria quase como uma consequência necessária da designação de alguém que fosse da confiança do decisor. Aliás, padecemos no direito brasileiro, ainda atualmente, da mesma problemática, como na segunda parte do trabalho será mencionado.

Por tal motivo, iniciou-se debate no direito espanhol acerca do conteúdo da sana crítica. Qual seria, enfim, a forma de materializá-la? Um primeiro posicionamento sustentou a existência de critérios tido como objetivos sedimentados por *princípios lógicos + máximas da experiência*⁸. Bem se pode perceber que estes critérios, conquanto imaginados como sendo objetivos, não dizem muita coisa em termos de racionalização do instituto.

Em assim sendo, em um segundo momento se imaginou, com base na Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que os seguintes critérios poderiam ser considerados, ao menos no tocante à prova de natureza oral:

- i) no creer los dichos de un solo testigo, aunque éste sea imparcial y de buena fama, pues es fácil que uno solo se equivoque;
- ii) vale más el testimonio de dos o más testigos contestes, de buena fama y sin interés, que el testimonio de dos o más que no reúnes los antedichos requisitos;

- iii) el testimonio de dos o más testigos imparciales hará plena prueba cuando no se haya desvirtuado por otros medios probatorios;
- iv) si entre los testigos hay contradicción ha de estarse a los dichos de aquellos testigos que hayan sido coherentes y consistentes con sus dichos;
- v) si todos los testigos gozan de las mismas buenas cualidades, el juez ha de descartar la testimonial para ambas partes.⁹

Em que pese ser mais objetivo do que fazer alusão a critérios gerais para tentar compor o conteúdo de um conceito indeterminado, ainda assim as regras aventadas pela doutrina não satisfizeram a ideia de objetividade e racionalidade que se esperava da definição da sana crítica e, por outro lado, tampouco disciplinavam a sua atuação no terreno pericial. Por isso, uma terceira vertente passou a ser adotada, a de entregar à corte a definição de critérios, com amparo na ponderação dos testemunhos colhidos e da conclusão resultante do trabalho pericial.

Atualmente, alguns setores da doutrina vêm estudando aplicar a teoria da sana crítica com aportes oriundos da lógica não monotônica. Sem verticalizar em demasia este tema, sabe-se que a lógica com consequências monotônicas, ou simplesmente lógica monotônica, caracteriza-se pelo fato de que a adição de teorias ou fórmulas em seu conjunto de premissas não é capaz de alterar o resultado final, que deve ser sempre consistente, sem ser trivial. A lógica monotônica, por ser mais atrelada ao ambiente lógico clássico, não admite variações como, por exemplo, a inferência por abdução, por padrão, ou a revisão de crenças aplicáveis às premissas. Em termos de teoria do direito, a lógica monotônica apresenta grandes dificuldades de sustentar a derrotabilidade.

A não monotonicidade, no entanto, ou seja, a lógica compreendida como *default*, trabalha com outra compreensão, reputando que a lógica das premissas deve ser dialética e procedimental, de maneira que a alteração das premissas não obsta a alteração final do conjunto conclusivo. Esta lógica *default*, em termos de argumentação, opera com o correspondente raciocínio *default*, ou *por defecto*, segundo o qual não há óbice em considerar como provado algo em face da ausência de informação em contrário. Argumenta-se ser esta a lógica mais utilizada

no raciocínio do dia a dia e, com base nela, não haveria problema em considerar a relação inferencial baseada não em algo existente, senão em algo que não ostenta comprovação em contrário até o momento.

A lógica *default* suporta a derrotabilidade, por razões óbvias e, por isso, também sustenta poder atribuir consistência na conclusão decorrente de premissas não exatamente comprovadas, ou melhor, cuja comprovação se dá pela ausência de razões *pro tanto* contrárias. Isso, claro, debilita o raciocínio inferencial em sua origem, porque a conclusão não é tão lastreada nas premissas que lhe antecedem. Aqui entra a teoria da sana crítica.

O que se considera, pois, é que a lógica *default* e o raciocínio *por defecto* que a suporta poderiam considerar como critério objetivo da sana crítica não exatamente alguma coisa comprovada, mas a ausência de razões para desconfiar da sua equivocidade. Exemplifico: se ouço o depoimento de uma testemunha que apresenta ostentar credenciais éticas, morais e de antecedentes para me convencer que não está mentindo, não haverá óbice algum em considerar como comprovado o que ela disser que ocorreu, sendo esta a premissa fática. Se a situação política de um país parece demonstrar que violações aos direitos humanos é uma constante, não haverá óbice em considerar verídico um relato em que agressões aos direitos humanos possam ter conduzido ao desaparecimento suspeito de um ativista. Estas serão as premissas fáticas, balizadas pela sana crítica, com base em um raciocínio inferencial não monotônico¹⁰. É um esforço dialético, em realidade, que tempera a lógica clássica em prol de uma verdade de aceitação quase pragmática.

Ocorre que, ademais de tornar a premissa fática determinável não pelo que é (ou parece ser), senão pelo que *provavelmente não é*¹¹, esta vertente de trabalho também parece sustentar a possibilidade de que determinado contexto possa suprir elementos probatórios clássicos, como parece estar compreendendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), ao mesclar a teoria da sana crítica com outras ma-

Alguns setores da doutrina vêm estudando aplicar a teoria da sana crítica com aportes oriundos da lógica não monotônica

trizes teóricas. Com efeito, a CIDH desenvolveu auspiciosa compreensão da sana crítica, que, ao meu ver, piorou em muito a sua aplicação no dia a dia de conflitos jurisdicionalizados.

No caso *Velasquez Rodriguez Vs. Honduras*, sentença de 29 de julho de 1988, par. 132¹², seguido dos casos dos *19 comerciantes Vs. Colombia*, sentença de 12 de junho de 2002¹³, caso *Gangaram Panday Vs. Surinam*, sentença de 4 de dezembro de 1991¹⁴, caso *Gonzalez y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, sentença de 16 de novembro de 2009¹⁵, caso *Ríos y otros Vs. Venezuela*, sentença de 28 de janeiro de 2009¹⁶ e caso *Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, sentença de 25 de novembro de 2006¹⁷, a CIDH reputou que o contexto tem valor probatório e, desde a perspectiva da teorias das “*pruebas para mejor resolver*” e da “*sana crítica*”, passou a se posicionar no sentido da possibilidade de reexaminar o acervo probatório definido e utilizado no caso posto ao seu exame.

Assim agindo, ou seja, conglobando a já pouco segura ideia de sana crítica à teoria das “*pruebas para mejor resolver*”, o que é certo é que a CIDH soma aos casos, com a sua própria apreciação das provas, uma ideia subjetiva acerca do material probatório aceitável; e isso desde a perspectiva da sua interpretação das regras da Convenção Americana de Direitos Humanos, o que não deixa de ser um controle de convencionalidade sobre a decisão do tribunal em que a atividade probatória se desenvolveu.

Agora bem, se a opinião da CIDH a respeito do material probatório é nada mais que a sua interpretação acerca do contexto pela lente da “sana crítica” ou das provas para melhor resolver e, com isso, ela desenvolve um controle de convencionalidade, não seria disparatado compreender, de outro lado, que a sua interpretação é somente uma a mais a respeito do material probatório, tão válida como a que fora levada a cabo pela corte que decidiu anteriormente.

Desta maneira, o que ocorre não é propriamente um controle – de convencionalidade ou não –, mas, em realidade, uma questão de opinião subjetiva da corte, que pode ou não ser a mesma daquele manifestada pela corte do país signatário. E, como se sabe, no que diz respeito às opiniões, não há controle, mas apenas concordância, total ou parcial, e discordância.

Se, portanto, a sana crítica já variou desde a necessidade de pesquisar as faculdades psicológicas da testemunha até a sua correlação com a técnica da ponderação, não há como descurar a imprescindibilidade de controle em nível de justificação argumentativa, necessariamente atrelado à percepção de vieses inerentes à compreensão da realidade¹⁸. No fim do dia, a justificação a ser exposta para definição da sana crítica terá sido definida pelo contexto da descoberta e, acaso este véu não seja levantado, conclusões enviesadas poderão resultar em conclusões nefastas ou falso-positivas.

Seria esta a mesma situação acaso aplicada referida teoria no sistema jurídico e em especial o judicial brasileiro?

b) Teoria da margem de apreciação

A teoria da margem de apreciação, ou margem nacional de apreciação, não é específica aos tribunais que lidam com questões afetas aos direitos humanos. Ao contrário, por representar uma leitura interpretativa dos dispositivos normativos em confronto com a realidade fática trazida à baila pelas peculiaridades domésticas de cada nação, a teoria em foco vem sendo aplicada e desenvolvida por vários países que praticam a cultura jurídica ocidental: na França é conhecida como “*marge d’appréciation*”, na Itália como “*marge de discrizionalità*” e na Alemanha “*Ermessensspielraum*”, só para ficar com alguns exemplos em que encontra trânsito¹⁹.

Jânia Maria Lopes Saldanha e Márcio Morais Brum assim descrevem o “nascimento” da teoria da margem de apreciação:

Quando, então, a noção de margem foi evocada pela primeira vez? Foi evocada pela primeira vez pela Comissão Europeia dos Direitos do Homem e, em seguida, introduzida pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), no caso *Lawless c. Irlanda*, de 1961, quando deixou ao Estado irlandês margem para decidir acerca da derrogação do artigo 15º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Em tal caso, a CEDH reconheceu aos Estados uma margem nacional de apreciação. Todavia, somente no caso

linguístico belga, de 1968, foi que a Corte de Estrasburgo precisou os fundamentos de sua doutrina, destacando: 'A Corte não deseja substituir as autoridades nacionais competentes, se assim o fizer, perderá a característica de mecanismo internacional de garantia coletiva instaurado pela convenção'^{19,20}

Razões de ordens *técnicas*, relacionadas com imprecisões e desconhecimento de peculiaridades domésticas aos juízes internacionais, e *políticas*, pertinentes à discricionariedade de os estados deliberarem acerca da própria agenda temática²¹, ensejaram o exercício de auto-contenção por parte das cortes que deliberam sobre matérias internacionais em relação à apreciação doméstica dos países signatários de convenções, o que ficou conhecido como deferência judicial. Por isso, a margem de apreciação costuma ser identificada como tendo uma dupla configuração: i) substancial, correlacionada com as liberdades individuais e interesses coletivos; e ii) estrutural, atinente ao grau de interferência das cortes internacionais²².

No cenário internacional, foi no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) o ambiente em que encontrou o seu desenvolvimento mais preponderante, principalmente nos casos *Lawless c. Irlanda*, de 7 de abril e 1 de julho de 1961²³, *Linguístico Belga c. Bélgica*, de 23 de julho de 1968²⁴, *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica*, de 18 de junho de 1971²⁵, *Engel y otros c. Países Bajos*, de 8 de junho de 1976²⁶, *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de dezembro de 1976²⁷, e *Irlanda c. Reino Unido*, de 18 de janeiro de 1978²⁸.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também já decidiu a respeito. Exemplificativamente, na *Opinión consultiva OC-4/84*, de 19 de janeiro de 1984²⁹, *Herrera Ulloa c. Costa Rica*, de 2 de julho de 2004³⁰ e *Barreto Leiva c. Venezuela*, de 17 de novembro de 2009³¹, deliberou quanto ao tema, deixando clara alguma discricionariedade aos países signatários a respeito do reconhecimento da violação aos direitos humanos.

2. O âmbito doméstico

a) Teoria da sana crítica

A sana crítica não ostenta aplicação nos tribunais superiores pátrios. Esta constatação, contudo, não permite concluir que exista qualquer tipo de metodologia de valoração subjetiva para análises probatórias recomendada pelo ordenamento jurídico brasileiro e praticada em seara judicial. Ao contrário, infelizmente não há qualquer tipo de sugestão metodológica para aferição dos meios de prova utilizados em seara pátria. O exame particularizado de alguns dos meios de prova demonstra esta assertiva.

As provas científicas no direito norte-americano contam com o precedente *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* para oferta de critérios para aferição de *i)* falseabilidade; *ii)* determinação de porcentagem de erros; *iii)* existência de *peer review* e controle em relação à comunidade científica de referência; e *iv)* a sua relevância³². O direito brasileiro, no entanto, não ostenta qualquer precedente e/ou regramento que defina a maneira pela qual provas desta natureza devam ser examinadas.

Quanto à prova oral, tem-se, entre diversas opções teóricas, a teoria *story telling*, a teoria holística *story telling*³³, a redução do módulo probatório³⁴, entre outras. Novamente, no direito brasileiro nada há a respeito, limitando-se o Código de Processo Civil a inovar com a mudança do critério presidencialista de inquirição para o *cross examination* e, ainda, com a alteração da ordem para questionamento da testemunha pelo magistrado³⁵.

Seria, então, de se questionar se, diante da ausência de critérios metodológicos não para a produção da prova, senão para a sua valoração, a teoria da sana crítica, com a sua evolução já em estágio avançado, poderia contribuir com algum aporte significativo. Retomo, assim, de maneira articulada, os passos percorridos para compreensão do objeto da prova e a sua valoração, por intermédio da sana crítica.

| | |
|-----------|--|
| 1ª versão | Princípios lógicos + máximas da experiência |
| 2ª versão | CrITÉrios objetivos fixados pela lei |
| 3ª versão | Definição pela corte |
| 4ª versão | Lógica não monotônica |
| 5ª versão | CIDH: pruebas para mejor resolver + sana crítica |

Em primeiro lugar, é forçoso convir que a admissibilidade, em si, da teoria da sana crítica poderia ser refutada no ambiente judicial pátrio sob o argumento de que, se não dispomos de metodologia para valoração do material probatório, a sana crítica não seria a resposta para a dificuldade, nomeadamente considerando que tal ideário teórico tampouco se apresenta a salvo de críticas, nuances e dificuldades.

De fato, adotar uma vertente teórica é, ao fim e ao cabo, uma opção, principalmente considerando a inexistência de disciplina legal a respeito. Ocorre que, diante da ausência de parâmetros teóricos definidos, talvez possa se apresentar vantajoso optar por instituto já há algum tempo em desenvolvimento e que já tenha sido visualizado e testado em sua anatomia interna. Por isso, parto do pressuposto da sua possível adoção para suprir a lacuna metodológica existente no cenário jurídico brasileiro quanto à valoração probatória.

Em seguimento, então, deverão ser analisadas as versões já praticadas na utilização da sana crítica para, na sequência, verificar se há alguma que possa ser mais bem adequada aos contornos processuais brasileiros.

Ao que parece e repisando os argumentos na primeira parte do texto apresentados, as versões 1, 2 e 4 apresentam problemas cuja superação se revelam inviáveis. Com efeito, na 1ª versão a definição de *máximas da experiência* é algo que se tenta, sem sucesso, desde Friedrich Stein, no século 19, de maneira que atrelar a definição de princípios lógicos, formais e vinculados à validade, a critérios eminentemente subjetivos como a experiência não pode trazer bom proveito. A 2ª versão, de igual modo, padece da problemática da eventual desconformidade dos parâmetros legais com realidades sociais atuais, o que pode conduzir a um déficit de eficácia e efetividade do regramento. A 4ª versão pode parecer escudada em ambiente de certeza, porque sugere a aplicação da lógica

para auxiliar na metodologia da análise probatória. Ocorre, no entanto, que o fato de se introduzir critérios não monotônicos no ambiente decisório pode atrelar indevidamente critérios indutivos, que buscam probabilidade, e dedutivos, que têm na certeza o seu foco principal. Essa imbricação afetaria a legitimidade do resultado final, que poderia, ao revés de ser sólido, resultar em um entimema indevido.

Por fim, restam os critérios de *i*) definição pela corte; e *ii*) sugerido pela CIDH. Talvez na correlação entre ambos se possa visualizar a possibilidade de aplicação da sana crítica na seara nacional, porque, não sendo o tema afeto à lei e tampouco entregue à mera subjetividade do decisor, a sua definição por meio de critérios jurisprudenciais ao final materializados por precedentes pode se revelar útil.

A CIDH, ao que parece, já iniciou este procedimento, ao vincular a sana crítica à ideia de provas para melhor resolver. Embora a correlação de fundo a que optou a CIDH possa ser objeto de críticas das mais diversas³⁶, a metodologia de que fez uso, de definição de critérios para a sana crítica, pode ser aproveitada, já que a eventual fixação destes por precedente de caráter vinculante poderia fomentar a estabilização decisória do sistema.

A mera opção por alguma metodologia probatória de base, como a sana crítica, já permitirá o debate acerca da sua viabilidade, requisitos, critérios, detalhes e procedimentos, todos atualmente inexistentes no quadro jurídico brasileiro, o que consubstanciará alguma evolução no trato da questão.

b) Teoria da margem de apreciação

No âmbito doméstico, o Tribunal Superior Eleitoral brasileiro (TSE), no conhecido caso em que se discutia a possibilidade de impugnação da candidatura do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva às eleições gerais de 2018 decidiu, no voto condutor do relator, ministro Luís Roberto Barroso, pela aplicação da teoria da margem de apreciação para fins de afastamento da recomendação proferida por dois dos 18 membros do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) no sentido de admitir a candidatura.

Observe-se o seguinte excerto do voto do relator:

43. Portanto, consigno que a Justiça Eleitoral não está obrigada a dar cumprimento à orientação do Comitê de Direitos Humanos da ONU. No entanto, em atenção aos compromissos assumidos pelo Brasil na ordem internacional e à necessidade de se instaurar um diálogo com os órgãos internacionais de proteção de direitos humanos para garantir a proteção de direitos fundamentais, entendo que o Tribunal Superior Eleitoral tem o dever de considerar os argumentos expostos pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, embora não esteja vinculado à determinação emitida.

44. É possível aplicar a denominada doutrina da “margem de apreciação estatal”, criada pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Segundo essa doutrina, ao enfrentar uma medida estatal que alegadamente viola tratado internacional, deve-se atribuir aos Estados certa margem de apreciação na concretização das medidas que interfiram sobre sua ordem interna, de modo a preservar um espaço de liberdade para que os Estados integrem e concretizem as normas internacionais. Ao exercer o dever de consideração do mérito da decisão dos tribunais e órgão internacionais de proteção de direitos humanos, os tribunais internos devem estar atentos não apenas à Constituição, manifestação mais plena da soberania popular, mas também às suas especificidades culturais e às inclinações da vontade política do seu povo que componham a cultura constitucional local.

45. Pois bem. No caso, a medida cautelar emitida pelo Comitê tem como fundamento o risco de violação ao art. 25, b, do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), que prevê que “todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas: (...) b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores” (grifou-se). Entendo, porém, que não podem ser consideradas restrições infundadas ao direito de se eleger a incidência da causa de inelegibilidade instituída pelo art. 1º, I, alínea e, itens 1 e 6, da LC nº 64/1990, com redação dada pela Lei da Ficha Limpa.³⁷

O Supremo Tribunal Federal brasileiro registra, no julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus 143.968/RJ, a aplicação da teoria da margem de apreciação. Na espécie, tratava-se de exame quanto à incompatibilidade da tipificação do crime de desacato com os direitos previstos na Declaração Interamericana de Direitos Humanos. A Segunda Turma da corte, tendo como relator o ministro Ricardo Lewandowski, compreendeu, com ressalva do ministro Edson Fachin, que o próprio STF já havia manifestado anteriormente, por ocasião do julgamento do HC 141.949/DF, relator ministro Gilmar Mendes, que a criminalização do desacato se mostra compatível com o estado democrático de direito.

Na decisão monocrática acatada pelo agravo regimental, o relator, ministro Lewandowski, consignou expressamente:

14. Para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material. 15. Ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao Estado. Aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (margin of appreciation).³⁸

O Superior Tribunal de Justiça já havia, anteriormente, seguido esta mesma compreensão (o que foi, curiosamente, utilizado como fundamento pelo STF, que acabou buscando em uma corte de pacificação da jurisprudência infraconstitucional elemento para definir a aplicação constitucional de determinado tipo penal incriminador) por oportunidade do julgamento do Habeas Corpus 270.269/MS, pela Terceira Seção. Este julgado foi corretamente apelidado por Gustavo Rabay Guerra e Henrique Jerônimo Bezerra Marcos de “drible continental”, porque, ao invocar a teoria da margem de apreciação, a corte simplesmente refutou a inconveniência declarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto ao crime de desacato, ignorando, segundo os autores, que a teoria da margem de apreciação não pode ser aplicada em cenário

interno, senão apenas por cortes internacionais; que existem precedentes vinculantes emanados da CIDH sobre a temática, bem como sua (*reduzida*) amplitude; que a internacionalização dos direitos humanos é um fenômeno que deve ser observado; que não se está diante do denominado ‘duplo debate’, em que se afere tanto a constitucionalidade como a convencionalidade de determinado dispositivo, optando-se por compreender que o Brasil é soberano para deliberar quanto às matérias

A utilização da margem de apreciação sem a necessária justificação argumentativa não se presta a desenvolver o sistema decisório, mas, em realidade, a torná-lo míope, subjetivo e episódico

examinadas em âmbito internacional, pela CIDH, ainda quando em tela de juízo os direitos humanos³⁹.

Concordo em parte com os autores em seus apontamentos⁴⁰, acrescentando, de toda forma, que a decisão optou por aplicar a mencionada teoria sem fazer qualquer tipo de valoração argumentativo-justificatória acerca das suas razões de aplicação, elementos, características, limites, requisitos, conformação semântica ou sintática, simplesmente refutando a inconveniência declarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto ao crime de desacato. Em realidade, o apanágio teórico foi utilizado como opção supostamente le-

gitimadora do direcionamento a ser seguido ao final.

Ocorre que a utilização da margem de apreciação sem a necessária justificação argumentativa não se presta a desenvolver o sistema decisório, mas, em realidade, a torná-lo míope, subjetivo e episódico, de maneira que a corte performe da maneira que entender adequada, proferindo decisões *ad hoc* conforme fatores alheios ao ambiente jurídico.

A situação se complica ainda mais quando a teoria da margem de apreciação é confrontada com o controle de convencionalidade. Imagine-se, por exemplo, que um país signatário postule que a sua resposta final ao caso levado à apreciação da CIDH está baseada na teoria da margem de apreciação, ao passo que a CIDH, posicionando-se em trilha distinta, advogue, exercendo controle de convencionalidade, que

não está. Tendo em conta que esta é uma situação de choque teórico, não há propriamente uma resposta que se possa dizer correta no sentido cognoscitivo. Cada qual sustentará o que lhe parece adequado, tendo base teórica para tanto.

Conclusão

O presente artigo teve como base a hipótese segundo a qual há espaço para utilização no cenário doméstico de técnicas adotadas em outros sistemas jurídicos, sem perda de legitimidade democrática, por intermédio da harmonização das técnicas às estruturas argumentativas praticadas na seara brasileira. Foram analisadas especificamente duas técnicas decisórias: as teorias da sana crítica e da margem de apreciação, utilizadas, principal e respectivamente, pela Corte Interamericana e pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Ultimado o exame das teorias de amplo curso no direito comparado, na primeira parte do artigo, e a sua possibilidade de aplicação no direito brasileiro, as seguintes conclusões puderam ser extraídas: *i*) a teoria da sana crítica constitui válida metodologia de análise probatória a suprir lacuna existente no direito brasileiro quanto ao tema; a sua utilização deve ser definida, quanto aos critérios, pela suprema corte, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, por intermédio de precedentes vinculantes; e *ii*) a teoria da margem de apreciação somente encontra espaço de aplicação na seara doméstica brasileira se e na medida em que seja corroborada por critérios de justificação argumentativo-rationais, a fim de que não se convole em mera opinião quanto aos direitos em disputa.

Estas são as conclusões primárias quanto à aplicação destas teorias no direito brasileiro. Genericamente, há espaço para assentar que os aportes metodológico-teóricos praticados pelo direito comparado encontram aplicação no sistema jurídico brasileiro, após prévia harmonização quanto às realidades pátrias.

O assunto demanda, obviamente, maiores digressões no que respeita aos diversos temas abordados. Entretanto, por momento já se afigura interessante observar a possibilidade de diálogo produtivo entre os sistemas comparado e nacional, objeto central deste estudo.

Notas

1. Tiago Gagliano Pinto Alberto. Pós-doutor em Direito pelas Universidade de León/ES e PUCPR. Pós-doutor em Psicologia cognitiva na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Doutor pela UFPR e Mestre em Direito pela PUCPR. Juiz de Direito. Professor de teoria do direito e filosofia jurídica na PUCPR e em cursos de teoria da decisão judicial. Email: tiagogagliano@hotmail.com
2. JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araujo Vieira. Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: Novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. In: Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa. Íntegra do texto disponível em <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>. Acesso em 01 jul. de 2019. Também podem ser consultados os seguintes trabalhos: PARDO, David. Compromisso significativo. Artigo publicado no jornal Correio Braziliense, no caderno opinião, p. 9, em 14.09.2015 e, do mesmo autor: Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”. In: Revista de Direito Ambiental, nº 72, out/dez 2013. Há também uma interessante dissertação de mestrado sobre a temática: NETO, Gentil Ferreira de Souza. A Força Normativa da Constituição, a judicialização das políticas públicas e o compromisso significativo. Íntegra disponível em http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2446/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Gentil%20Ferreira%20de%20Souza%20Neto_DIREITO%20CONSTITUCIONAL_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 03 jul. de 2019.
3. Para uma análise filosófico-existencialista da pessoa enquanto ser, valorada como tal, entre muitos e interessantes trabalhos: LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Biblioteca de filosofia contemporânea, 2016.
4. Para análise das origens da teoria da sana crítica: BENFELD, Johann. Los orígenes del concepto de sana crítica. In: *Revista Estudios Histórico-Jurídicos*, n. 35 Valparaíso nov. 2013. Disponível em <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552013000100018>. Acesso em 06 fev de 2019.
5. BENFELD, Johann, *op. cit.* Disponível em <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552013000100018>. Acesso em 06 fev de 2019.
6. Johann Belfeld assim descreve a prefacial aplicação da teoria em voga: “En realidad se trataba de un conjunto de reglas de determinación del número en razón de la materia a probar, estableciendo un límite máximo (doce testigos por juicio) y uno mínimo (más de uno, pues un solo testigo no basta para probar un hecho, salvo que el testigo sea el rey)”. Idem. Disponível em <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552013000100018>. Acesso em 06 fev de 2019.

7. Assim relata FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 89. Aqui, não posso deixar de fazer menção à obra “La democracia sentimental. Políticas e emociones en el siglo XXI”, de autoria de Manuel Arias Maldonado, sustentando o que denomina “virada psicológica do sujeito pós-soberano”, que consistiria na introdução de elementos emotivos e, portanto, aferidos principalmente pela psicologia, ao ambiente jurídico, econômico e social como um todo. Esta situação fica clara ao momento da valoração da prova. MALDONADO, Manuel Arias. *La democracia sentimental. Políticas e emociones en el siglo XXI*. Barcelona: página indómita, 2016.
8. A Corte Suprema Chilena ainda adota, nos dias atuais, esta forma de definição da sana crítica, como relata AMPUERO, Iván Hunter. Control judicial de las reglas de la sana crítica (Corte Suprema). *In: Revista de Derecho*. (Valdivia) vol. 25, n.º1, jul. 2012. Disponível em <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000100012>. Acesso em 06 fev. de 2019.
9. Manresa y Navarro, José María – Miquel, Ignacio – Reus, José. *Ley de Enjuiciamiento Civil Comentada y Explicada*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1856, vol. II, p. 386-387.
10. Para esclarecimento acerca do tema, vide: CORDERO, Jaime Laso. Lógica y Sana Crítica. *In: Revista Chilena de Derecho*, 2009, vol. 36, n.º1, p. 143 – 164. Disponível eletronicamente em <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372009000100007>. Acesso em 06 fev de 2019. Indicando os mesmos critérios: GONZÁLEZ, Boris Barrios. Teoría de la sana crítica. *In: Opinión Jurídica*, vol. 2, n. 3 p. 99-132.
11. Aliás, advirta-se que a premissa fática já é problemática quanto à sua definição. Basta, para ter uma ideia disso, ler, ainda que perfunctoriamente, qualquer literatura correlacionada com a filosofia da ciência, em especial no tocante aos critérios de definição de verdade. Esta, contudo, é outra questão, que não será abordada nesta oportunidade.
12. Íntegra disponível em http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:fuLsVcdNPUJ:www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em 23 jul. de 2019.
13. Íntegra disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_109_esp.pdf. Acesso em 23 jul. de 2019.
14. Íntegra disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_esp.pdf. Acesso em 23 jul. de 2019.
15. Íntegra disponível em http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=347&lang=en. Acesso em 23 jul. de 2019.
16. Íntegra disponível em http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_234_esp.pdf. Acesso em 23 jul. de 2019.
17. Íntegra disponível em <https://nidh.com.br/o-caso-do-presidio-miguel-castro-castro-vs-peru-da-corte-idh-2006-violencia-de-genero-as-pessoas-privadas-de-liberdade/>. Acesso em 23 jul. de 2019.

18. A ideia de justificação argumentativa, envolvendo, sobretudo, contextos da justificação e descoberta, não será desenvolvida neste ensaio. Por esse motivo, remeto o leitor às leituras especializadas na argumentação jurídica. A fim de que tome como referência para possíveis estudos e pesquisas, indico o seguinte: ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: editoria Trotta, 2016.
19. SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? *In: Anuário Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015, p. 195-238.
20. SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais, *op. cit.*, p. 203-204.
21. *Idem*, p. 205.
22. *Ibidem*, p. 203.
23. TRIBUNAL EUROPEU DE DERECHOS HUMANOS, Caso Lawless c. Irlanda, de 7 de abril y 1 de julio de 1961. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["695395"\],"itemid":\["001-57518"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) Acesso em 23 jul. de 2019.
24. TRIBUNAL EUROPEU DE DERECHOS HUMANOS, Caso Lingüístico Belga c. Bélgica, de 23 de julio de 1968. Disponível em https://madalen.files.wordpress.com/2008/03/tedh_caso_lingc3bcc3adstico_belga.pdf Acesso em 23 jul. de 2019.
25. TRIBUNAL EUROPEU DE DERECHOS HUMANOS, Caso De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica, de 18 de junio de 1971. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["695483"\],"itemid":\["001-57606"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em 23 jul. de 2019.
26. TRIBUNAL EUROPEU DE DERECHOS HUMANOS, Caso Engel y otros c. Países Bajos, de 8 de junio de 1976. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["695356"\],"itemid":\["001-57479"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em 23 jul. de 2019.
27. TRIBUNAL EUROPEU DE DERECHOS HUMANOS, Caso Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976. Disponível em <http://webpersonal.uma.es/~ANRODRIGUEZ/STEDH%20Handyside%2007%20DIC%2076.pdf>. Acesso em 23 jul. de 2019.
28. TRIBUNAL EUROPEU DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Irlanda c. Reino Unido, Demanda no. 5310/71, 18 de enero de 1978*. Disponível em <https://www.unodc.org/tldb/es/case-law-of-the-european-court-of-human-rights-related-to-terrorism.html>. Acesso em 23 jul. de 2019.
29. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf. Acesso em 23 jul. de 2019.
30. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Herrera Ulloa respecto Costa Rica, Medidas Provisionales, Resolución del Presidente de*

- la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de abril de 2001*. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=209&lang=es. Acesso em 23 jul. de 2019.
31. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf Acesso em 23 jul. de 2019.
 32. Íntegra do caso disponível em https://pt.qwerty.wiki/wiki/Daubert_v._Merrell_Dow_Pharmaceuticals,_Inc.. Acesso em 23 jul. de 2019.
 33. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Marcial Pons: São Paulo, 2012, p. 223-278.
 34. WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba*. Bogotá: Temis, 1985, p. 169.
 35. DIDIER JR., Fredie. *Provas*. Salvador: Juspodivm, 2016.
 36. Podendo ser pensadas, por exemplo, na impossibilidade de agregar dois critérios subjetivos e esperar que algo de objetivo surja, ou, ainda, na falta de definição de um aporte teórico (a sana crítica) e outro (as provas para melhor resolver), entre outras, que não serão exploradas neste momento.
 37. Íntegra das discussões e votos pode ser visualizada em <file:///D:/2019/LIVROS/LIVRO%20-%20TOMADA%20DE%20DECIS%C3%83O/acord%C3%A3o%20candidatura%20lula%20TSE.pdf>. Acesso em 07 fev. de 2019.
 38. Íntegra do voto pode ser visualizada em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747859216>. Acesso em 07 fev. de 2019.
 39. GUERRA, Gustavo Rabay; MARCOS, Henrique Jerônimo Bezerra. O dribble continental: a Margem de apreciação nacional na decisão de convencionalidade do crime de desacato pelo Superior Tribunal de Justiça. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR/Curitiba*, vol. 63, n. 2, maio/ago. 2018, p. 169-189.
 40. Não acredito que a teoria da margem de apreciação possa ser aplicada somente em cenário internacional. Aliás, como mencionado no início deste tópico, encontra precedentes de aplicação doméstica em diversos países. Sua aplicação, contudo, não é ilimitada e, decerto, sempre deverá ser justificada sob o ponto de vista argumentativo, sob pena de se tornar argumento falacioso. Há outras considerações a respeito do posicionamento dos Autores, mas este não é o espaço apropriado para tanto, motivo pelo qual me limito à observação antecedente.

Referências

- AMPUERO, Iván Hunter. Control judicial de las reglas de la sana crítica (Corte Suprema). *In: Revista de Derecho*. (Valdivia) vol. 25, n°1, jul. 2012. Disponível em <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000100012>. Acesso em 06 fev. de 2019.

- ATIENZA, Manuel. *Curso de Argumentación jurídica*. Madrid: editoria Trotta, 2016.
- BENFELD, Johann. Los orígenes del concepto de sana crítica. *Revista Estudios Histórico-Jurídicos*, n° 35 Valparaíso nov. 2013. Disponível em <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552013000100018>. Acesso em 06 fev. de 2019.
- CORDERO, Jaime Laso. LÓGICA Y SANA CRÍTICA. *Revista Chilena de Derecho*, 2009, vol. 36, n° 1, p. 143 – 164. Disponível eletronicamente em <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372009000100007>. Acesso em 06 fev. de 2019.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Herrera Ulloa respecto Costa Rica, Medidas Provisionales, Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de abril de 2001*. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=209&lang=es . Acesso em 23 jul. de 2019.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela Sentencia de 17 de noviembre de 2009*. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf Acesso em 23 jul. de 2019.
- DIDIER JR., Fredie. *Provas*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- GONZÁLEZ, Boris Barrios. Teoría de la sana crítica. In: *OPINIÓN JURÍDICA*, vol. 2, n. 3 p. 99-132.
- GUERRA, Gustavo Rabay; MARCOS, Henrique Jerônimo Bezerra. O drible continental: a Margem de apreciação nacional na decisão de convencionalidade do crime de desacato pelo Superior Tribunal de Justiça. In: *Revista da Faculdade de Direito – UFPR/Curitiba*, vol. 63, n. 2, maio/ago. 2018, p. 169-189. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_109_esp.pdf. Acesso em 23 jul de 2019.
- http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_esp.pdf. Acesso em 23 jul. de 2019.
- https://pt.qwerty.wiki/wiki/Daubert_v._Merrell_Dow_Pharmaceuticals,_Inc. Acesso em 23 jul. de 2019.
- http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=347&lang=en. Acesso em 23 jul. de 2019.
- http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_234_esp.pdf. Acesso em 23 jul. de 2019.
- <https://nidh.com.br/o-caso-do-presidio-miguel-castro-castro-vs-peru-da-corte-idh-2006-violencia-de-genero-as-pessoas-privadas-de-liberdade/>. Acesso em 23 jul. de 2019.
- http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:fzuLsVcdNPUJ:www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em 23 jul. de 2019.
- JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araujo Vieira. *Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: Novas balizas à atuação do Supremo*

- Tribunal Federal*. In: Núcleo de estudos e pesquisas da consultoria legislativa. Íntegra do texto disponível em <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>. Acesso em 01 jul. de 2019
- LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Biblioteca de filosofia contemporânea, 2016.
- MALDONADO, Manuel Arias. *La democracia sentimental. Políticas e emociones en el siglo XXI*. Barcelona: página indómita, 2016.
- Manresa y Navarro, José María – Miquel, Ignacio – Reus, José. *Ley de Enjuiciamiento Civil Comentada y Explicada*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1856, vol. II, p. 386-387.
- NETO, Gentil Ferreira de Souza. *A Força Normativa da Constituição, a judicialização das políticas públicas e o compromisso significativo*. Íntegra disponível em http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2446/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Gentil%20Ferreira%20de%20Souza%20Neto_DIREITO%20CONSTITUCIONAL_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 03 jul. de 2019.
- PARDO, David. Compromisso significativo. Artigo publicado no jornal Correio Braziliense, no caderno opinião, p. 9, em 14.09.2015 e, do mesmo autor: Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”. In: *Revista de Direito Ambiental*, n. 72, out./dez 2013.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? In: *Anuário Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015, p. 195-238.
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Marcial Pons: São Paulo, 2012.
- TRIBUNAL EUROPEU DE DERECHOS HUMANOS, Caso Lawless c. Irlanda, de 7 de abril y de julio de 1961. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["695395"\],"itemid":\["001-57518"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) Acesso em 23 jul. de 2019.
- TRIBUNAL EUROPEU DE DERECHOS HUMANOS, Caso Lingüístico Belga c. Bélgica, de 23 de julio de 1968. Disponível em https://madalen.files.wordpress.com/2008/03/tedh_caso_lingc3bcc3adstico_belga.pdf Acesso em 23 jul. de 2019.
- TRIBUNAL EUROPEU DE DERECHOS HUMANOS, Caso De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica, de 18 de junio de 1971. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["695483"\],"itemid":\["001-57606"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em 23 jul. de 2019.
- TRIBUNAL EUROPEU DE DERECHOS HUMANOS, Caso Engel y otros c. Países Bajos, de 8 de junio de 1976. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["695356"\],"itemid":\["001-57479"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em 23 jul. de 2019.

TRIBUNAL EUROPEU DE DERECHOS HUMANOS, Caso Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976. Disponível em <http://webpersonal.uma.es/~ANRODRIGUEZ/STEDH%20Handyside%2007%20DIC%2076.pdf>. Acesso em 23 jul. de 2019.

TRIBUNAL EUROPEU DE DERECHOS HUMANOS, Caso Irlanda c. Reino Unido, Demanda no. 5310/71, 18 de enero de 1978. Disponível em <https://www.unodc.org/tldb/es/case-law-of-the-european-court-of-human-rights-related-to-terrorism.html>. Acesso em 23 jul. de 2019.

WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba*. Bogotá: Temis, 1985.

EM
DESTAQUE

Declaração de nulidade *ex officio* da certidão de dívida ativa por ausência de indicação precisa do endereço do imóvel gerador do débito e do endereço do contribuinte

José Sebastião Fagundes Cunha¹

Desembargador do TJPR

Osmar Gomes Junior²

Chefe de Gabinete de Desembargador

Questões controvertidas

PARTIMOS DA QUESTÃO DA POSSIBILIDADE, ou não, de *ex officio* ser declarada a nulidade da *certidão de dívida ativa* que embasa a execução, em razão da ausência de indicação precisa do endereço do imóvel gerador do débito e do endereço de seu contribuinte. Eis a primeira questão controvertida: é, em princípio, correto julgar extinta a *execução fiscal*, sem resolução de mérito, com fulcro no art. 485, IV, do Código de Processo Civil, condenando o exequente ao pagamento das custas processuais, com isenção da taxa judiciária, por força do art. 3º, alínea “i”, do Decreto Estadual 962/1932? Ademais, quais os requisitos que a *certidão de dívida ativa*, que lastreia a *execução fiscal*, deve preencher, previstos no art. 2º da Lei 6.830/80 e no art. 202 do Código Tributário Nacional, para estar revestida de certeza e liquidez? Prosseguindo, segundo o enunciado nº 9 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, a notificação do contribuinte acerca do lançamento do IPTU pode se dar por quaisquer atos administrativos eficazes de comunicação, e a presunção de notificação do sujeito passivo é assegurada ao fisco, podendo ser elidida por prova em contrário a cargo do sujeito passivo. Nesse

caso, o que há que ser feito para restar comprovado no procedimento? Há violação ao art. 321 do Código de Processo Civil, na medida em que o juízo *a quo* indefere a inicial sem antes oportunizar a sua emenda ou o complemento no prazo de quinze dias?

Premissas inaugurais

É sabido que todo recurso, para ser conhecido, necessita atender aos princípios do duplo grau de jurisdição, da taxatividade, da fungibilidade, da dialeticidade, da unirrecorribilidade, do exaurimento das vias recursais, da consumação, da complementariedade, da voluntariedade e da devolutividade, bem como da aplicação da lei vigente ao tempo da publicação da decisão.

É oportuno dizer que “o recurso deverá ser dialético, isto é, discursivo. O recorrente deverá declinar o porquê do pedido de reexame da decisão, assim como os fundamentos de fato e de direito que embasariam o inconformismo do recorrente e, finalmente, o pedido de nova decisão”³.

Portanto *ab ovo* de se ressaltar, se o juízo de origem extinguiu o executivo fiscal por entender que não houve notificação do contribuinte e constituição válida do crédito tributário, o município deve deduzir adequados fundamentos, sob pena de serem entendidos fundamentos completamente dissociados da sentença objurgada, em manifesta ofensa ao princípio da dialeticidade.

Salientamos que, nos termos do enunciado sumular 189 do Superior Tribunal de Justiça, é desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais.

Questões fundamentais

Supondo que o juízo de direito em primeira instância extinguiu pelos fundamentos já ensamblados, o município, por sua vez, em recurso de apelação alegou, em suma, que o imóvel, fruto do tributo em execução, está devidamente individualizado com a inscrição imobiliária

do bem, a rua em que se localiza, a quadra e seu respectivo lote e que a notificação do contribuinte acerca do lançamento do IPTU pode se dar por quaisquer atos administrativos eficazes de comunicação, de forma que a presunção de notificação do sujeito passivo é assegurada ao fisco, somente elidida por prova em contrário a cargo do sujeito passivo, fato que não restou comprovado, em nenhum momento no procedimento. É de se reconhecer com razão o apelante.

Primeiramente é imperioso destacar que a arrecadação tributária tem por natureza uma função eminentemente social, pois é através do recolhimento de tributos que o Estado realiza seus fins sociais, presta serviços à população e realiza obras e investimentos para o bem comum. Nesse viés o tributo é o meio estatal de concretização da participação individual na realização do bem comum, ensejando o ideal da vida em sociedade, com a devida comunhão de esforços, cabendo ao Estado o dever de empregar o que arrecada em benefícios coletivos. Conforme leciona o professor Eduardo Sabbag⁴: *“O Estado necessita, em sua atividade financeira, captar recursos materiais para manter sua estrutura, disponibilizando ao cidadão-contribuinte os serviços que lhe compete, como autêntico provedor das necessidades coletivas”*.

Ocorre que a crescente situação de desigualdade social, fomentada pelas crises econômicas, políticas e de saúde pública, exigiu uma maior participação do Estado, que passa a ter como suas as necessidades de grande parcela de seus cidadãos, os quais, carentes de recursos, vivem desprovidos de qualquer critério de pertencimento a uma sociedade, na qual estão incluídos formalmente, mas excluídos substancialmente, à mercê do mínimo necessário à dignidade da pessoa humana. As desigualdades sociais produzem a

Na CDA há que constar o nome da parte devedora, a origem e a natureza do crédito tributário, a data de vencimento do tributo cobrado, os valores da multa, dos juros e da correção monetária incidentes, o número do processo administrativo, bem como o fundamento legal destas cobranças

exclusão social e a marginalização de grupos sociais com baixo poder aquisitivo, fato que os distancia cada vez mais de uma moradia digna e do direito ao mínimo existencial.

O professor Valter Foletto Santim, em artigo publicado em coautoria com a mestrandia Carolina Bombonato Borchart⁵, de forma didática pontua:

Constata-se que além de fundamento e fim da ordem jurídica, a dignidade é, sobretudo, pressuposto de igualdade real dos homens e da própria democracia. Assim, a noção de dignidade da pessoa humana está de maneira estrita relacionada à noção de justiça. Neste diapasão, não se pode falar em justiça sem atender a dignidade da pessoa humana.

Ao abordar o tema justiça e dignidade, o mestre Gilberto Giacóia, procurador-geral de justiça do Estado do Paraná, em artigo publicado na revista *Em Tempo*⁶, destaca:

No dizer de Bobbio – ao tratar dessa concepção kantiana –, é necessário, para que brilhe a justiça com toda a sua luz, que os membros da associação usufruam da mais ampla liberdade compatível com a existência da própria associação, ou ainda segundo suas próprias palavras, é este o direito único originário que cabe a cada homem segundo a sua própria humanidade.

Como em todo conceito aberto da ciência jurídica, analisar o termo justiça é tarefa que se faz de maneira não tão simples e direta. Contudo, é unânime que justiça, em sentido amplo, deve refletir isonomia, equidade, direitos igualitários e dignidade da pessoa humana. Nesse sentido o professor Eduardo Cambi⁷, promotor de justiça do Estado do Paraná esclarece:

Nesta questão, é atual a questão da tutela dos direitos fundamentais sociais (art. 6º, CF: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, bem

como a assistência aos desamparados). Tais direitos não são verdadeiros direitos subjetivos, dotados de conteúdo líquido e certo, mas também não são meros instrumentos jurídicos para a luta política, dando ensejo à atuação positiva do Estado – e, portanto, conferindo legitimidade individual ou coletiva para demandar judicialmente – quando tais direitos, ainda que gerem custos à sua implementação, forem indispensáveis à concretização do valor constitucional da dignidade humana.

Com efeito, para que o Estado tenha sucesso em atingir o bem comum, sua principal fonte de recursos é a tributação, com o grande desafio de fazer com que os tributos não alcancem apenas a função arrecadatória, mas também atendam as garantias constitucionais e, de certa forma, promovam, na medida do possível, a justiça social.

Constantemente o Poder Judiciário é apontado como responsável pela crise da justiça em razão de uma percepção comum de inefetividade do sistema judicial de resolução dos conflitos, em especial na seara das execuções fiscais, com a existência de processos que se arrastam por décadas sem resolução. Nessa perspectiva, a necessidade de atribuir efetividade ao processo judicial confere ao Poder Judiciário o compromisso de dar efetividade ao processo, com o mínimo sacrifício econômico, com a rápida resposta e melhor composição do litígio.

O professor Marcelo Veiga Franco⁸⁹ traz informação relevante quando constata que

somente nos órgãos das Justiças Estadual e Federal de primeiro e segundo grau, havia no Brasil, no ano de 2017, um universo de 73.787.683 (setenta e três milhões setecentos e oitenta e sete mil seiscentos e oitenta e três) ações judiciais com solução pendente. Para agravar esse cenário, percebe-se que essa quantidade está recrudescendo de forma gradual e constante. O estoque de processos judiciais pendentes de julgamento se encontra em tendência de aumento contínuo ano após ano, demonstrando que o Poder Judiciário não absorve de forma satisfatória o alto volume de demandas que lhe são apresentadas.

Estatisticamente, as execuções fiscais consistem em um dos tipos de ação com maior presença nos órgãos judiciários brasileiros. Na Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por exemplo, cerca de 70% dos processos distribuídos se tratam de execuções fiscais.

Não se desconhece, por evidente, que a alta quantidade de processos em andamento não tem origem somente em falhas do mecanismo judiciário, mas também em deficiências técnicas e estruturais da Fazenda Pública no acompanhamento e promoção do devido andamento processual.

Da mesma forma é relevante ponderar que o emprego de outras práticas de cobrança, que não somente a execução fiscal, podem gerar o aumento da capacidade de recuperação de créditos tributários e desafogar o Judiciário. Contudo, ao ser provocado, cabe ao Poder Judiciário, na função que lhe compete, atuar de forma célere e eficiente, assegurando as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, dar o efetivo andamento às execuções fiscais, evitando que a crise econômica que decorre em grande parte da inadimplência tributária, continue assolando a sociedade brasileira e causando mais desigualdade social.

Com fundamento nas ponderações supra abordadas, passa-se à análise da nulidade da certidão de dívida tal qual reconhecida pelo juízo singular.

O Código Tributário Nacional e a Lei de Execuções Fiscais preveem os requisitos necessários à validade da certidão de dívida ativa. Vejamos:

Art. 202, CTN: O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente: I – o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros; II – a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos; III – a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado; IV – a data em que foi inscrita; V – sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito. Parágrafo único. A certidão conterà,

além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição.

Art. 2º, § 5º da Lei nº 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal):

O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter: I – o nome do devedor, dos corresponsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros; II – o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato; III – a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida; IV – a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo; V – a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; VI – o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

Consoante entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, tais requisitos são essenciais e têm a finalidade de proporcionar o direito à ampla defesa do devedor, identificando, de forma acurada, o objeto da execução. Nesse sentido o seguinte julgado:

Processual civil. Recurso especial. Execução fiscal. Certidão de dívida ativa. Requisitos essenciais. Desobediência aos ditames do art. 2º, § 5º, da Lei 6.830/80. Precariedade patente. Respeito ao princípio da ampla defesa. Nulidade do título. [...]

2. A CDA, enquanto título que instrumentaliza a execução fiscal, deve estar revestida de tamanha força executiva que legitime a afetação do patrimônio do devedor, mas à luz do Princípio do Devido Processo Legal, proporcionando o enaltecimento do exercício da ampla defesa quando apoiado na estrita legalidade.

3. Os requisitos legais para a validade da CDA não possuem cunho formal, mas essencial, visando permitir a correta identificação, por parte do devedor, do exato objeto da execução, com todas as suas partes constitutivas (principal e acessórias), com os respectivos fundamentos legais, de modo que possa garantir, amplamente, a via de defesa.

4. É inadmissível o excesso de tolerância por parte do juízo com relação à ilegalidade do título executivo, eis que o exequente já goza

de tantos privilégios para a execução de seus créditos, que não pode descumprir os requisitos legais para a sua cobrança.

5. Recurso não-provido (REsp 807.030/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/02/2006, DJ 13/03/2006 – destaquei).

Na CDA há que constar o nome da parte devedora, a origem e a natureza do crédito tributário, a data de vencimento do tributo cobrado, os valores da multa, dos juros e da correção monetária incidentes, o número do processo administrativo, bem como o fundamento legal destas cobranças. Ademais, há indicação da inscrição imobiliária do imóvel sobre o qual pende a dívida tributária, com o nome da rua, o número do logradouro e o número do CEP.

Por considerar que não teria havido a correta identificação do imóvel e sua localização, a sentença declarou a nulidade da inscrição dos tributos em dívida ativa, vez que, no entender do juízo *a quo*, o crédito não foi adequadamente constituído, pois não se precisou a localização do contribuinte, presumindo-se que a constituição dos tributos pelo município se deu à revelia do sujeito passivo. A propósito, cumpre transcrever o excerto explicativo da sentença que fundamenta a decisão de nulidade:

No caso de dívida constituída sobre imóvel, não resta dúvida de que o seu endereço é o que o individualiza, permitindo ao contribuinte efetuar a sua defesa.

No caso dos autos, ao que se depreende das intercorrências processuais, o Município efetuou o lançamento do débito sem, sequer, possuir a correta localização do imóvel.

Não se olvida que o endereço do executado seja prescindível para a propositura da execução fiscal, haja vista que não consta como requisito da petição inicial (artigo 6º da Lei de Execução Fiscal) e pode ser declinado no decorrer da execução. Porém, antes disso, é necessário se constituir adequadamente o crédito tributário, que, em se tratando de IPTU, ISS, contribuições de melhoria e demais taxas municipais, não se vislumbra possa ser constituído sem que

a Fazenda precise a concreta localização e individualização do imóvel.

No caso em tela, entretanto, o que se evidencia é que o crédito não foi adequadamente constituído, pois não se precisa a localização do imóvel gerador do débito ou do contribuinte, presumindo-se que a sua constituição pelo Município ocorreu à revelia do sujeito passivo. Ao não indicar o correto endereço do executado na Certidão de Dívida Ativa, na inicial da execução e não ter apresentado até o presente momento, indica o Município que sequer sabe onde está individualizado o imóvel gerador do tributo lançado ou onde encontrar o sujeito passivo, o que fulmina a constituição do crédito ora executado, diante da ausência da necessária notificação prévia do devedor para que possa impugnar o lançamento. Isso porque, não se pode presumir que o carnê para pagamento foi devidamente encaminhado ao contribuinte, haja vista que o Município não possui sequer o endereço correto do imóvel gerador do débito ou do contribuinte.

Outrossim, na esteira das disposições do artigo 202, I, do CTN e art. 2º da Lei de Execução Fiscal, o domicílio ou residência do executado é, sempre que for conhecido, requisito indispensável do Termo de Dívida Ativa e respectiva certidão. Ora, ao se tratar de tributo de natureza real, cujo fato gerador é relacionado à propriedade, à posse ou ao domínio útil de bem imóvel, não há se afastar a indicação do endereço. Afinal, é obrigação do Município individualizar adequadamente os imóveis geradores do IPTU, assim como da contribuição de melhoria, o que se faz com o seu correto endereço. Causa estranheza o lançamento do tributo sobre imóvel sem a sua localização precisa. E não se diga que a matrícula do imóvel ou o seu cadastro imobiliário supre tal exigência.

Como disposto alhures, se consta na CDA, que lastreia a execução fiscal, expressa indicação da inscrição imobiliária e o nome da rua onde o imóvel está localizado e o número do logradouro, tem-se que a Fazenda Pública atendeu ao propósito de identificação do fato gerador do débito.

Cumpra mencionar, ainda, que não há qualquer previsão legal que exija, para a validade da CDA, a indicação do endereço integral do contribuinte. Anota-se, a expressa menção da inscrição fiscal, por ser única para cada imóvel, já é suficiente para atender ao disposto no art. 2º, § 5º, inciso III, da Lei 6.830/1980.

Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

Tributário. Apelação cível. execução fiscal (IPTU). Embargos à execução julgados improcedentes. Valor superior a 50 ORTNS (art. 34 da LEF). Recurso adequado. Preliminar afastada. Prova da notificação do lançamento. Ônus do contribuinte. Juntada de procedimento administrativo. Desnecessidade. Lançamento de ofício. *“ausência de indicação da origem do débito”*. *Requisito formal que somente gera a nulidade da CDA quando importa em cerceamento a direito de defesa. Indicação da “inscrição fiscal” do imóvel*. Prescrição. Inocorrência. Sentença mantida. (...) 4. *“inexistência de indicação” do imóvel que deu origem ao tributo: a ausência de requisito formal somente acarreta a nulidade da cda quando importa em cerceamento ao direito de defesa do contribuinte. isso, no caso, não ocorreu. Além disso, a CDA faz menção à “inscrição fiscal” do imóvel, o que basta para identificá-lo. (...) recurso não provido (TJPR – C. Cível – AC – 415552-0 – Paranaguá – Rel.: Valter Ressel – Unânime – J. 02.10.2007).*

Por outro lado, mesmo que se adotasse entendimento diverso – no sentido de que a indicação do endereço do contribuinte é condição de validade da CDA –, não se permitiria extinguir, de plano, a execução fiscal, pois a Fazenda Pública pode substituir a CDA lavrada com omissão de qualquer dos requisitos previstos no art. 202 do CTN, ou erro a eles relativo, até a prolação da sentença de embargos, afastando, dessa forma, o vício do título e, conseqüentemente, a nulidade da execução, conforme dispõe o art. 203 do CTN:

Art. 203, CTN: A omissão de quaisquer dos requisitos previstos no artigo anterior, ou o erro a eles relativo, são causas de nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente, mas a nulida-

de poderá ser sanada até a decisão de primeira instância, mediante substituição da certidão nula, devolvido ao sujeito passivo, acusado ou interessado o prazo para defesa, que somente poderá versar sobre a parte modificada.

Inclusive, a questão restou reduzida a verbete pelo Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 392, STJ: A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução.

No caso, se houve sentença em embargos à execução fiscal, a certidão de dívida ativa poderia ser substituída por outra na qual constasse o integral endereço do devedor, de modo a sanar a omissão e permitir o prosseguimento da demanda, com atos tendentes à satisfação do crédito tributário.

Ademais, não se pode falar na presunção de que a constituição do crédito tributário pelo município ocorreu à revelia do sujeito passivo (não há como presumir que o contribuinte desconheça a obrigação anual de pagar o IPTU). Como bem apontou a desembargadora Lidia Maejima em caso análogo: “*Considerando, ainda, que se trata de um imposto periódico e rotineiro, a remessa do carnê de pagamento ao endereço cadastrado junto à municipalidade é presumida, compelindo ao contribuinte a prova de que não recebeu o documento, para fins de questionamento da constituição definitiva*” (TJPR – 3ª C. Cível – 0016292-21.2015.8.16.0129 – Paranaguá – Rel.: Desembargadora Lidia Maejima J. 10.03.2020).

No mesmo sentido:

Apelação cível. Tributário. Execução fiscal. IPTU. Sentença de extinção por ausência das condições da ação e nulidade da CDA. Irresignação do município. Validade da CDA. Cabimento. Impossibilidade de se presumir a ausência de notificação do proprietário/possuidor. Insuficiência de endereço que não é causa de nulidade, podendo ser sanada no curso do processo. Com tanto mais razão,

a executada compareceu ao cartório para pagar as custas, ocasião em que informou seu novo endereço. sentença cassada, com retorno dos autos à origem. Recurso conhecido e provido (TJPR – 3ª C. Cível – 0013970-28.2015.8.16.0129 – Paranaguá – Rel.: Juiz Osvaldo Nallim Duarte – J. 17.08.2020).

Apelação cível. Tributário. Execução fiscal. IPTU. Sentença de extinção por ausência das condições da ação e nulidade da CDA. Irresignação do município. Validade da CDA. Cabimento. Impossibilidade de se presumir a ausência de notificação do proprietário/possuidor. Insuficiência de endereço que não é causa de nulidade, podendo ser sanada no curso do processo. Com tanto mais razão, a executada compareceu ao cartório para pagar as custas, ocasião em que informou seu novo endereço. Sentença cassada, com retorno dos autos à origem. Recurso conhecido e provido (TJPR – 3ª C. Cível – 0013970-28.2015.8.16.0129 – Paranaguá – Rel.: Juiz Osvaldo Nallim Duarte – J. 17.08.2020).

Apelação cível. Tributário. Execução fiscal. IPTU. Sentença de extinção por ausência das condições da ação e nulidade da CDA. Irresignação do município. Validade da CDA. Cabimento. Impossibilidade de se presumir a ausência de notificação do proprietário/possuidor. Insuficiência de endereço que não é causa de nulidade, podendo ser sanada no curso do processo. Com tanto mais razão, a executada compareceu ao cartório para pagar as custas, ocasião em que informou seu novo endereço. Sentença cassada, com retorno dos autos à origem. Recurso conhecido e provido (TJPR – 3ª C. Cível – 0013970-28.2015.8.16.0129 – Paranaguá – Rel.: Juiz Osvaldo Nallim Duarte – J. 17.08.2020).

Apelação cível. Execução fiscal. IPTU. Sentença que declarou extinta a execução fiscal, em face da nulidade da certidão de dívida ativa. Insurgência recursal da municipalidade. 1. Ofensa ao princípio da dialeticidade nos tópicos “atualização cadastral do contribuinte” e “sucessão tributária”. Pleitos não conhecidos. 2. Alegada validade da CDA. Não acolhimento. Ausência de endereço do executado. Imóvel gerador do tributo que não foi devidamente individualizado. Sentença que declarou a nulidade da CDA mantida. 3. Condenação ao pagamento das custas processuais. Inaplicabilidade do art. 26 e 39 da

LEF. Vedação à isenção heterônoma. Inteligência do artigo 151, III, da constituição federal. Imposição ao pagamento dos ônus sucumbenciais mantida. Precedentes desta corte. Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido (TJPR – 3ª C. Cível – 0011436-14.2015.8.16.0129 – Paranaguá – Rel.: Desembargadora Lidia Maejima – J. 04.08.2020).

Conclusão

À vista de tais fundamentos, bem como considerando a necessidade de se dar efetividade à execução fiscal para promoção da equidade social, se declarada a nulidade da CDA em primeira instância, a sentença deve ser reformada para afastar a declaração de nulidade, com a determinação de prosseguimento do feito.

Notas

1. José Sebastião Fagundes Cunha. Pós-PhD pela Universidade de Coimbra. Desembargador do TJPR – Presidente da 3ª Câmara Cível (Tributário). Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual. Professor Visitante do Programa de Mestrado e Doutorado da UENP.
2. Osmar Gomes Junior. Chefe de Gabinete de Desembargador. Secretário de Eventos do Instituto Paranaense de Direito Processual
3. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 5. ed., São Paulo: RT, 2000, p. 149.
4. SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
5. SANTIN, Valter Foletto; BORCHAT, Carolina Bombonato. Dignidade da pessoa humana no contexto urbano: o direito a cidade. *Revista de Direito e Sustentabilidade*, Salvador, v. 4, n. 1, 2018.
6. GIACÓIA, Gilberto. Justiça e Dignidade. *Revista Em Tempo*, Marília, v. 6, n. 1, 2004.
7. CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia: Homenagem ao Professor Luiz de Pinho Pedreira*, Salvador, n. 17, ano 2008.2.
8. FRANCO, Marcelo Veiga. A cobrança extrajudicial de dívida ativa como meio de enfrentamento do “gargalo” das execuções fiscais. *Revista CNJ*. Brasília, v. 3, n. 1, 2019.

APOIO INSTITUCIONAL



AMAPAR

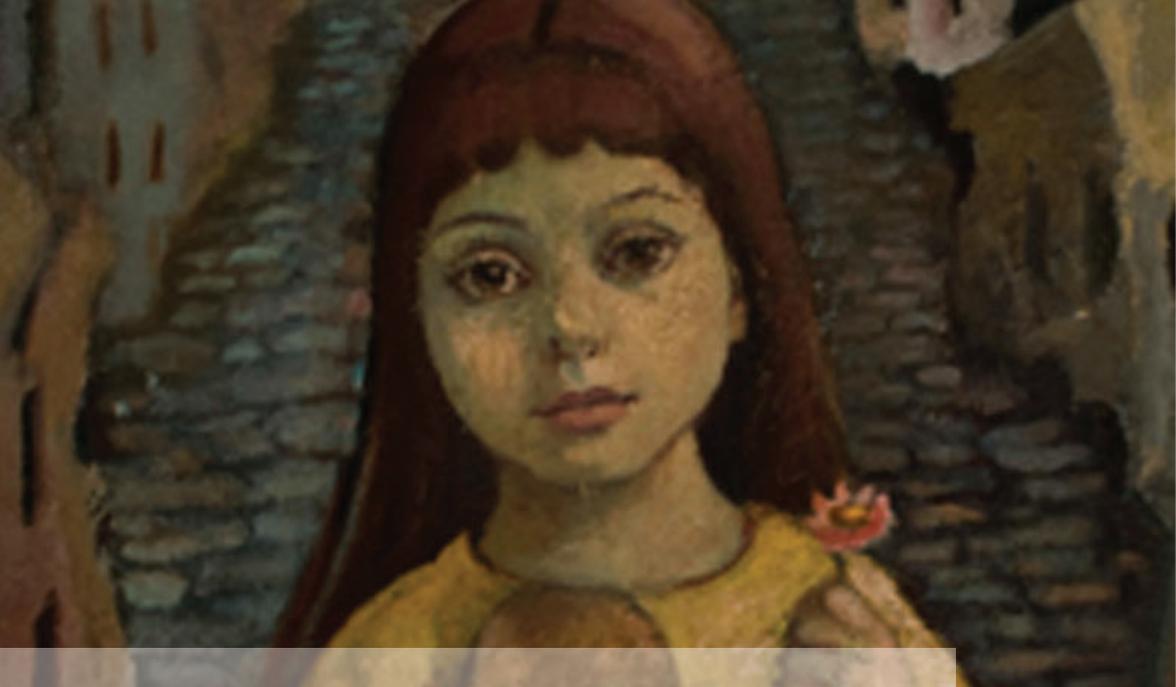
ASSOCIAÇÃO DOS
— MAGISTRADOS —
— DO PARANÁ —



ACGB
VIDA URBANA
ASSOCIAÇÃO DOS CONDOMÍNIOS
GARANTIDOS DO BRASIL



LEGADO
TALLAREK
DE QUEIROZ



APOIO INSTITUCIONAL



TJPR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO PARANÁ



ACGB
VIDA URBANA
ASSOCIAÇÃO DOS CONDOMÍNIOS
GARANTIDOS DO BRASIL



LEGADO
TALLAREK
DE QUEIROZ

Bonijuris
Editora



AMAPAR
ASSOCIAÇÃO DOS
MAGISTRADOS
DO PARANÁ

