

EDIÇÃO 21 DEZ/2023 – JAN/2024
ISSN 2675-9403



GRALHA AZUL

PERIÓDICO CIENTÍFICO DA EJUD/PR



EJUD-PR
ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ



Editor-Chefe

Luiz Fernando Tomasi Keppen

Conselho Editorial

Desembargador Mário Luiz Ramidoff

Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha

Desembargador Luiz Osório Moraes Panza

Desembargador Jorge de Oliveira Vargas

Desembargador Octávio Campos Fischer

Desembargadora Priscilla Placha Sá

Desembargador Ramon de Medeiros Nogueira

Desembargador Roberto Portugal Bacellar

Desembargador Ruy Alves Henriques Filho

Desembargador Substituto Anderson R. Fogaça

Juiz de Direito André Carias de Araujo

Coordenação Editorial

Adriane Garcel

Supervisão Editorial

Karen Paiva Hippertt

Revisão

Gustavo Chueire Calixto Guilherme

Layout

Luiz Fernando Patitucci

Revista Gralha Azul: Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná - EJUD/ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, ed. 21. v.1, Curitiba, dez. /2023 – jan. /2024.

Bimestral

ISSN 2675-9403

Disponível em: <https://ejud.tjpr.jus.br/revista-gralha-azul>

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal de Justiça – Paraná.

CDU: 340

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a devida citação.

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.



A 21ª Edição da Revista Gralha Azul, periódico jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, está imperdível e chega as mãos do leitor com trabalhos de imensurável relevância jurídica e acadêmica.

São 7 (sete) textos elaborados por gabaritados juristas e catedráticos do Direito que trazem temas como "A proteção da vida privada e as violações na internet". De autoria da Jurista Rogéria Fagundes Dotti, o trabalho tem por objetivo analisar o cenário atual desses conflitos gerados pelas manifestações na internet, valendo-se de relevantes lições doutrinárias. Busca ainda tratar das orientações que prevalecem nos tribunais superiores (STJ e STF) em relação à matéria.

Outro tema de destaque é o artigo do Desembargador Augusto Reis de Macedo desenvolvido em coautoria com o Advogado Dr. Felipe Matheus da Silveira Quege, intitulado "Os ISS-FIXO e as sociedades de assessorias de investimento. Comumente denominado como "ISS-FIXO", o regime de apuração do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza devido pelos serviços prestados por profissionais liberais sob atuação e responsabilidade própria, inclusive mediante sociedades, calculado sobre bases fixas, é, desde sempre, motivo de amplo debate para a doutrina especializada e para todos os tribunais competentes para julgar o tema, especialmente o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Na sequência, o Juiz de Direito Titular da 4ª Turma Recursal do Poder Judiciário do Paraná, Dr. Tiago Gagliano Pinto Alberto apresenta o interessante trabalho "Valorando a prova oral com o

CBCA – os 19 (dezenove) critérios de avaliação da credibilidade do testemunho. O autor discute o processo de avaliação da prova oral no contexto jurídico, confrontando a decisão entre valorar a prova pelo conteúdo do depoimento ou pela classificação legal de quem depõe. Utilizando-se de metodologia exploratória, com amparo em fontes bibliográficas e artigos, Dr. Tiago questiona a eficácia da prova legal, considerada obsoleta, e propõe a análise de testemunhos através da metodologia do *Criteria-Based Content Analysis* (CBCA).

De igual modo, o Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha em coautoria com o Advogado, Dr. Acyr Antunes das Neves Filho, apresenta o artigo "O prazo decadencial do mandado de segurança e a ausência de justificativa constitucional". O texto traz um panorama da evolução histórica do mandado de segurança no direito brasileiro, tratando da sua inserção na legislação brasileira e das principais alterações ocorridas no tempo em decorrência de inovações legislativa e alternâncias de regimes constitucionais.

Ainda nesta edição "A presunção de imprescindibilidade dos cuidados maternos para a concessão de prisão domiciliar" é tratada pelo Servidor Adriano Vottri Bellé. O autor aventa a importância da prisão domiciliar, cautelar ou em execução penal, para mães de crianças menores de doze anos. A separação de uma mãe de seu filho normalmente tem consequências significativas no desenvolvimento e no bem-estar da criança, e pode contrariar as disposições do ordenamento jurídico quanto à proteção integral dos infantes. A pesquisa apresenta aspectos conceituais, humanitários e comparativos do instituto, mas objetiva precisamente verificar se a mãe encarcerada deve provar que seus cuidados são imprescindíveis para seu filho, ou este requisito é presumido e só pode ser afastado com prova em sentido oposto.

A seguir, os autores Agenor de Lima Bento e Demetrius Nichele Macei discorrem sobre o "Compliance Penal: aspectos introdutórios". Uma das principais contribuições do trabalho refere-se à mitigação de riscos das companhias.

Por fim, como contribuição a esta edição, apresenta-se o artigo "Jurimetria e principais indicadores do judiciário paranaense", desenvolvido em coautoria com o Doutor Rodrigo Luís Kanayama e com a Servidora Adriane Garcel Chueire Calixto. O artigo tem por escopo compreender a jurimetria como metodologia aplicável a busca pela efetividade no contexto do judiciário paranaense e apresenta como problemática a análise da aplicação da metodologia qualitativa ao Direito.

A todos, uma produtiva leitura

Ramon de Medeiros Nogueira¹

Diretor da Escola Judicial do Paraná – EJUD/PR

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

SUMÁRIO

EDITORIAL Ramon de Medeiros Nogueira	6
A PROTEÇÃO DA VIDA PRIVADA E AS VIOLAÇÕES NA INTERNET: LIÇÕES DE RENÉ DOTTI E AS ORIENTAÇÕES DAS CORTES SUPERIORESS Rogéria Fagundes Dotti	09
O ISS-FIXO E AS SOCIEDADE DE ASSESSORES DE INVESTIMENTO Felipe Matheus da Silveira Quege, Ricardo Augusto de Macedo	18
VALORANDO A PROVA ORAL COM O CBCA – OS 19 (DEZENOVE) CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO DA CREDIBILIDADE DO TESTEMUNHO Tiago Gagliano Pinto Alberto	31
O PRAZO DECADENCIAL DO MANDADO DE SEGURANÇA Acyr Antunes das Neves Filho, José Sebastião Fagundes Cunha	47
A PRESUNÇÃO DE IMPRESCINDIBILIDADE DOS CUIDADOS MATERNS PARA A CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR Adriano Vottri Bellé	60
O COMPLIANCE PENAL: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS Agenor de Lima Bento, Demetrius Nichele Macei.	72
JURIMETRIA E PRINCIPAIS INDICADORES DO JUDICIÁRIO PARANANESE Ramon de Medeiros Nogueira, Rodrigo Luís Kanayama, Adriane Garcel Chueire Calixto.	82

ARTIGOS

A PROTEÇÃO DA VIDA PRIVADA E AS VIOLAÇÕES NA INTERNET: LIÇÕES DE RENÉ DOTTI E A ORIENTAÇÃO DAS CORTES SUPERIORES



Rogéria Fagundes Dotti¹

Em obra publicada nos anos 80 e valendo-se de lições de Michel Crozin, René Ariel Dotti destacou que "a informação não é neutra, a informação é poder" (DOTTI, 1980, p. 251). Nada poderia ser mais atual do que a preocupação com o mau uso das informações, amplamente disponíveis na rede mundial de computadores. Prova disso são a edição do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014) e a recente Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, já alterada pela Lei nº 13.853, de 2019). Tal tema tem estado também no centro dos debates entre juristas, empresários e professores, constituindo o motivo de inúmeros embates judiciais. O presente texto tem por objetivo analisar o cenário atual desses conflitos

¹ Doutora e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Secretária Geral do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil – IBDP, Presidente da Comissão de Processo Civil da OAB-PR, advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9127281732490379>

gerados pelas manifestações na internet, valendo-se de relevantes lições doutrinárias. Ele procura ainda abordar as orientações que prevalecem nos tribunais superiores (STJ e STF) em relação à matéria. E, como não poderia deixar de ser, pretende fazer isso demonstrando a maior gravidade desses ilícitos, justamente porque ocorrem com uma abrangência imensurável, uma velocidade extraordinária e mediante atos de difícil controle.

Palavras-chave: vida privada; internet; violações.

THE PROTECTION OF PRIVATE LIFE AND VIOLATIONS ON THE INTERNET: LESSONS FROM RENÉ DOTTI AND GUIDANCE FROM HIGHER COURTS

In a work published in the 80s and drawing on lessons from Michel Crozin, René Ariel Dotti highlighted that "information is not neutral, information is power" (DOTTI, 1980, p. 251). Nothing could be more current than the concern about the misuse of information, widely available on the World Wide Web. Proof of this is the publication of the Marco Civil da Internet (Law No. 12,965, of April 23, 2014) and the recent General Data Protection Law (Law No. 13,709, of August 14, 2018, already amended by Law No. 13,853, 2019). This topic has also been at the center of debates between jurists, businesspeople and teachers, constituting the reason for numerous legal disputes. This text aims to analyze the current scenario of these conflicts generated by demonstrations on the internet, drawing on relevant doctrinal lessons. It also seeks to address the guidelines that prevail in higher courts (STJ and STF) in relation to the matter. In addition, as expected, it intends to do this by demonstrating the greater seriousness of these illicit acts, precisely because they occur with an immeasurable scope, with extraordinary speed and through acts that are difficult to control.

Keywords: private life; Internet; violations.

INTRODUÇÃO

O presente texto tem por objetivo analisar o cenário atual desses conflitos gerados pelas manifestações na internet, valendo-se de relevantes lições doutrinárias. Ele procura ainda abordar as orientações que prevalecem nos tribunais superiores (STJ e STF) em relação à matéria. E, como não poderia deixar de ser, pretende fazer isso demonstrando a maior gravidade desses ilícitos, justamente porque ocorrem com uma abrangência imensurável, uma velocidade extraordinária e mediante atos de difícil controle.

1 PROTEÇÃO DA VIDA PRIVADA E LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

A necessária ponderação entre a preservação da intimidade das pessoas e o direito à informação constitui uma das principais preocupações de juristas, legisladores e magistrados há muitos anos. E, inobstante o decurso do tempo, esse continua sendo um tema bastante atual e desafiador.

Em 1980, ou seja, há mais de quarenta anos, foi publicado pela Editora Revista dos Tribunais o livro *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*. O trabalho, de autoria de René Ariel Dotti, havia sido o vencedor no Concurso Nacional de Letras Jurídicas no ano anterior. A comissão julgadora, formada pelos professores Miguel Reale, Seabra Fagundes, Oswaldo Trigueiro e Washington de Barros Monteiro, debruçou-se na análise de 82 monografias, enviadas de todas as partes do país.

O texto vencedor analisava os meios de comunicação, o direito à informação, o confronto entre os direitos e as exceções à proibição de invasão na vida privada, baseadas no interesse da investigação criminal, da saúde pública, da história, da crítica e da cultura, dentre outras. Trazia, assim, uma forma de equação para solucionar esse conflito de garantias constitucionais.

O mais interessante é que o texto já apresentava o que denominava de "novas formas de invasão da vida privada", dando como exemplo a "utilização abusiva da informática". Nesse aspecto, destacava que "o respeito à privacidade abrange não só o direito de impedir a compilação de certos dados de natureza íntima que não podem ser levados a registro, como a possibilidade de corrigir informações inexatas, inoportunas ou desatualizadas, prevenindo sua utilização abusiva" (Dotti, 1980, p. 256).

As lições constantes nessa obra merecem ser revisitadas para o enfrentamento dos conflitos que

decorrem da proteção da vida privada versus ameaças da ampla propagação de notícias e imagens na internet.

2 A INTERNET E A EXTREMA URGÊNCIA

Passados quarenta anos desde a edição da obra, podemos constatar que vivemos tempos de urgência. A rapidez dos meios de comunicação e a velocidade das relações comerciais tornaram tudo muito mais urgente.

Chegou-se, inclusive, ao ponto de se priorizar a celeridade em detrimento da reflexão. Como bem lembra François Ost, verifica-se atualmente um ambiente cultural no qual se promete tudo, imediatamente (Ost, 1999, p. 279). Ainda que correspondente à parte da realidade, tal concepção é extremamente negativa pois reduz a atenção dadas às situações que, verdadeiramente, merecem um tratamento diferenciado, isto é, urgente.

Com efeito, "se tudo se torna urgente, nada mais o é". Essa é a expressão utilizada por Yves Strickler para demonstrar o fenômeno da generalização que banaliza a noção de urgência na França.

Tal exigência de celeridade fica ainda mais clara nas situações de divulgação de conteúdos falsos ou ofensivos via rede mundial de computadores (internet). Nesses casos, surge uma urgência ainda maior pois a cada minuto milhares de pessoas poderão ter acesso à informação inverídica ou ofensiva. Com efeito, a velocidade das chamadas fake news é, ao mesmo tempo, algo extraordinário e temível.

Essa é a razão pela qual o tempo no processo assume uma importância vital. A aceleração das formas de comunicação via web, fax, celulares e em conjunto com a globalização social, cultural e econômica, têm gerado uma cobrança ainda maior para a solução rápida dos processos judiciais e administrativos (Nery Junior, 2016, p. 361). Isso decorre, também, das garantias constitucionais do acesso adequado à jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) e da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

Como bem defende Sergio Cruz Arenhart

vê-se, assim, a pesada responsabilidade que assume o Estado ao definir direitos. Quando o faz, deve assegurar, paralelamente, mecanismos de tutela que sejam adequados a satisfazer as carências daquele específico direito, sob pena de jogar ao ostracismo a garantia e, o que é muito pior, pôr em perigo

¹ São essas as palavras no texto original: "Mais, si tout devient urgent, plus rien ne l'est". (Strickler, Yves. *L'évolution*

contemporaine du référé et des procédures d'injonction, in *Revista de Processo*, v. 261, nov. 2016, p. 167 a 196).

sua legitimidade e sua própria sobrevivência (Arenhart, 2000, p. 31).

O Poder Judiciário e os magistrados são os destinatários das esperanças dos jurisdicionados. Abordando as garantias fundamentais, Egas Dirceu Moniz de Aragão faz referência a uma decisão da Corte Europeia dos Direitos do Homem, a qual condenou o Estado Espanhol a indenizar um cidadão pela demora processual. Tal orientação, abriu novos rumos para o exame da efetividade e de acesso adequado aos tribunais. E, referindo-se ao Poder Judiciário afirmou:

Se este, e os magistrados que o consubstanciam, são providos de prerrogativas, que asseguram sua independência, e são tradicionalmente os depositários das esperanças de legiões de moleiros Sans Souci, que diariamente lhes batem às portas, é essencial que deles se exija o julgamento em prazo razoável, sem o que o jurisdicionado ficará ao desamparo e a justiça terá faltado em sua mais importante missão (Moniz De Aragão, 1991, p. 97-105).

Justamente em virtude da urgência na remoção de conteúdos ilícitos da internet, a tutela provisória ganha imensa importância prática.

Na medida em que não é possível obter a cognição exauriente (em virtude da necessidade de uma decisão célere), o objetivo consiste em se alcançar um juízo a respeito do que é provável. Essa antinomia entre certeza e celeridade constitui um convite para soluções criativas e inovadoras, a partir das técnicas processuais (Dotti, 2020, p. 35).

Nesse universo, a tutela provisória, por se basear na probabilidade, consegue evitar os dois excessos no processo civil: o excesso do muito pouco (*trop peu*) e o excesso do muito cheio (*trop plein*)².

3 TUTELA DE URGÊNCIA E PAUTAS MÓVEIS DE PROBABILIDADE E PERICULUM IN MORA

Nos termos do art. 300 do CPC/2015, a concessão da tutela de urgência depende da existência concomitante da probabilidade do direito e do risco da

demora. Ocorre que, há algum tempo, a doutrina brasileira já vem sustentando que a presença de um dos elementos pode ser mais forte que a do outro e, nem por isso, estaria afastado o cabimento da medida.

Nesse sentido, entende-se que a exigência dos requisitos não segue uma lógica do tudo ou nada, mas sim algo que varia em função dos graus de urgência e evidência. Não há como deixar de ver aqui uma certa mobilidade: a presença fraca de um requisito da tutela provisória pode ser compensada pela forte existência do outro e vice-versa (Costa, 2011, p. 24 e 178).

A propósito, dos requisitos para a concessão de liminares nos Estados Unidos, James, Hazard e Leubsdorf igualmente afirmam que a demonstração forte de um dos fatores pode compensar a presença fraca do outro (James Jr; Hazard Jr; Leubsdorf, 2001, p. 339). A ideia que está na base desse raciocínio é que o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* são vistos como pautas móveis, que agem em correlação e se apresentam em graus ou níveis distintos (Costa, 2011, p. 169). Em outras palavras, admite-se que nos casos concretos, ocorra a prevalência de um requisito sobre o outro, no que diz respeito ao convencimento judicial para a concessão da decisão sumária.

Essa concepção de pautas móveis é extremamente importante para a aplicação da tutela provisória em relação aos ilícitos cometidos na internet. Nesse âmbito de extrema urgência, como já exposto no tópico acima, a demonstração de um significativo *periculum in mora* pode dispensar a aferição de um direito altamente provável, bastando nesse caso um mínimo de probabilidade.

4 A PREOCUPAÇÃO EM PRESERVAR A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS SEUS LIMITES

A respeito do fenômeno da grande divulgação de informações e a consequente violação à vida privada, Mario Vargas Llosa afirma que a justiça deveria fixar os limites a partir dos quais uma informação deixa de ser de interesse público e viola o direito à privacidade dos cidadãos. Contudo, segundo ele, "muitas vezes os juízes, adotando um critério respeitável, resistem a proferir sentenças que pareçam restringir ou abolir a liberdade de expressão e informação, garantia da democracia" (Vargas Llosa, 2013, p. 122).

² "Ce sont deux notions-cadre qui visent à sanctionner l'excès sous ces deux formes: l'excès du trop peu et l'excès du trop plein." (Frison-Roche, Marie-Anne. Les droits fondamentaux des

justiciables au regard du temps dans la procédure, in Le temps dans la procédure, Paris: Dalloz, 1996, p. 22).

Nesse ponto, tem toda a razão. Respeitar a garantia constitucional da liberdade de expressão é algo de extrema relevância. Trata-se de um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Sob a garantia da liberdade de expressão estão os direitos de informar, ser informado e divulgar fatos e opiniões.

Todavia, assim como ocorre com todos os direitos fundamentais, a liberdade de expressão não pode ser exercida de forma absoluta. Os outros direitos fundamentais impõem certos limites. Essa é precisamente a razão pela qual o Poder Judiciário tem a função de conter os abusos. Não apenas no que diz respeito às indenizações após a prática das violações, mas também com o intuito de prevenir ou remover os ilícitos. Isso abrange inclusive a possibilidade de proibir rapidamente a divulgação daquilo que seja falso ou destoante do interesse público. A celeridade constitui, portanto, um elemento valioso nessas demandas. Como dito em outro momento "a evolução do conflito pela demora só faz aumentar a sensação de insatisfação das partes, especialmente do autor que tem razão" (Dotti, 2020, p. 41- 42).

5 A (RELATIVA) NECESSIDADE DE INDICAÇÃO DAS URLS

É bastante conhecido e reiterado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que para a remoção de conteúdo da internet é necessária a indicação precisa das URLs³ (Uniform Resource Locator)⁴. Essa é a orientação que prevalece na imensa maioria dos julgados. A exigência se justifica na medida em que não se pode exigir a exclusão de determinada postagem ou manifestação sem indicar precisamente o local em que ela se encontra.

Contudo, no julgamento do Recurso Especial 1.738.628/SE, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, embora fosse necessária a indicação precisa das URLs, tal exigência poderia ser dispensada nos casos em que já houvesse na petição inicial elementos suficientes para a exclusão do conteúdo difamatório. Concluiu-se então que, inobstante a ausência de tal informação, o descumprimento da decisão judicial pela empresa requerida caracterizou conduta omissiva autorizadora de sua responsabilização civil. Conforme o voto do Relator:

nas hipóteses em que for flagrante a ilegalidade da

publicação, com potencial de causar sérios gravames de ordem pessoal, social e profissional à imagem do autor, a atuação dos sujeitos envolvidos no processo (juiz, autor e réu) deve ocorrer de maneira célere, efetiva e colaborativa, mediante a conjunção de esforços que busque atenuar, ao máximo e no menor decurso de tempo, os efeitos danosos do material apontado como infringente⁵.

Tal decisão, longe de desrespeitar o precedente já formado pela Corte, extraiu dele a sua ratio, concluindo que o motivo da indicação das URLs consistia na facilitação da localização. Por via de consequência, se já existiam nos autos outros elementos que permitiam essa identificação, não havia razão para a recusa no cumprimento da decisão judicial.

6 O CABIMENTO DE MULTA DIÁRIA PELO NÃO FORNECIMENTO DE ENDEREÇO IP

Em decisão de grande relevância, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a incidência de multa cominatória (astreintes) para o cumprimento de decisão visando o fornecimento de dados para a identificação de usuário na internet.

Com efeito, ao julgar o Recurso Especial nº 1.359.9766, a Corte concluiu não ser aplicável ao caso dos autos a Súmula 372, a qual afastava o cabimento da multa para as ações de exibição de documentos. Justificou tal entendimento afirmando que as sanções processuais que incidem nas exibições de documentos (presunção de veracidade e busca e apreensão) são ineficazes para medida que busca apenas a informação dos dados do usuário na rede de computadores. Logo, a imposição da multa era necessária para assegurar o cumprimento da ordem judicial. Destacou ainda que se tratava da técnica da distinção em relação ao entendimento contido na súmula. No mesmo sentido, vale citar também a decisão proferida no REsp nº 1.560.976/RJ⁷.

Atualmente, até mesmo a Súmula 372 encontra-se superada, diante do entendimento posterior, proferido em 26.05.2021, pela 2ª Seção do STJ, ao fixar o Tema 1.000/STJ:

³ Nesse sentido, por todos, AgInt no AREsp nº 931.341/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 13.12.2021.

⁴ Uniform Resource Locator é a expressão inglesa utilizada para indicar o endereço virtual de um arquivo ou conteúdo disponibilizado na internet. A indicação do URL constitui, portanto, uma especificação para permitir a localização do material que o usuário procura na rede mundial de computadores.

⁵ STJ, REsp 1.738.628/SE, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 19.02.2019, DJe 25.02.2019.

⁶ STJ, REsp 1.359.976/PB, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 25.11.2014.

⁷ STJ, REsp 1.560.976/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 30.05.2019, DJe 01/07/2019.

Desde que prováveis a existência da relação jurídica entre as partes e de documento ou coisa que se pretende seja exibido, apurada em contraditório prévio, poderá o juiz, após tentativa de busca e apreensão ou outra medida coercitiva, determinar sua exibição sob pena de multa com base no art. 400, parágrafo único do CPC/2015⁸.

Assim, a Corte entendeu que no sistema do CPC/2015, mesmo em relação a qualquer exibição de documentos, admite-se a fixação de multa diária.

De qualquer forma, é importante demonstrar que, antes mesmo dessa mudança de orientação, a Corte já admitia a fixação das astreintes para o fornecimento de endereço de IP.

7 A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA APLICADA À URGÊNCIA NA INTERNET

O legislador de 2015 inovou ao prever a possibilidade da estabilização da tutela antecipada antecedente (CPC arts. 303 e 304). Rompeu, assim, o liame necessário entre cognição sumária e cognição exauriente. A partir da vigência do novo sistema processual, passou-se a admitir no Brasil que uma decisão baseada em tutela provisória sobreviva isoladamente, não precisando mais ser confirmada por uma decisão ao final do processo.

A estabilização da tutela sumária tem inspiração no *référé*-provision do direito francês, o qual permite que o processo seja extinto após a concessão da medida provisória. Como afirma Roger Perrot, o réu, ciente de que não tem argumentos, não dá continuidade ao processo: "E aí, lucram todos: o autor que teve o seu pleito atendido e a Justiça que evita um longo processo"⁹.

O sistema processual italiano também considera que em muitas demandas, a solução jurisdicional baseada em tutela provisória possa ser suficiente. O jurista italiano Remo Caponi usa a expressão "coisa julgada cabível", referindo-se à sua utilização apenas quando assim exigirem as partes (Caponi, 2011, p. 397).

Tal inovação tem grande aplicação no âmbito das tutelas de urgência envolvendo a internet. Isso vale tanto para a remoção de conteúdos falsos e ofensivos, quanto para a obtenção de dados e identificação dos usuários que cometem atos ilícitos pela rede mundial de computadores. A razão é simples: em muitas demandas, o provedor ou o autor das postagens não terá interesse na continuidade do litígio. A tutela sumária, nessas hipóteses, atingirá o objetivo do processo, dispensando a instrução e a concessão da tutela definitiva.

A título de exemplo pode-se mencionar decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em medida judicial na qual se pretendia apenas o fornecimento dos dados cadastrais de usuário que praticara ofensas por meio da internet. A vítima, cuja honra fora atingida, procurava identificar seu ofensor, bem como obter os seus registros de conexão e acesso. Formulou então pedido de tutela antecipada antecedente, tendo obtido a concessão liminar. A parte requerida, Google Brasil Internet Ltda, não teve interesse em se opor ao pedido e, consequentemente, não interpôs o recurso de agravo de instrumento. Diante disso, a autora da ação não apresentou o aditamento à inicial (art. 303, § 1º, I do CPC), no pressuposto de que a decisão se estabilizaria. Apesar do juízo de primeiro grau ter entendido que a não apresentação do aditamento levaria à revogação da liminar e extinção do processo, tal entendimento foi afastado em segundo grau. A 7ª Câmara de Direito Privado do TJSP concluiu, por unanimidade de votos, que a melhor interpretação do art. 303, § 1º, I e § 2º era a de privilegiar a estabilização da tutela de urgência concedida¹⁰.

Observe-se que na França isso é bastante normal e corriqueiro. Lá, a decisão judicial baseada em tutela sumária (*référé*) é totalmente autônoma e independente do pedido principal. Logo, o requerente não é obrigado a provocar a denominada jurisdição do fundo do direito (jurisdição principal). Isso porque não há qualquer interdependência entre a jurisdição de *référé* e a jurisdição do *droit du fond*. Tal concepção gera duas boas consequências práticas: primeira, a parte só provocará a atuação do Judiciário com cognição exauriente se estiver convicta de seu direito, não havendo interesse em protelação; segunda, a dispensa da continuidade do processo promove a economia dos custos financeiros, materiais e humanos.

De qualquer forma, a boa aplicação dessa inovação processual no Brasil depende de uma mudança de mentalidade. Não se pode mais pensar que julgar é apenas examinar a lide com base em cognição

⁸ O Tema 1000/STJ foi fixado no julgamento dos REspS 1.763.462 e 1.777.553, 2ª Seção, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 09.06.2021.

⁹ Perrot, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Conferência proferida em Florença em 27 set. 1997, na Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, tradução de J.C. Barbosa

Moreira. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16623-16624-1-PB.html>. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁰ TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 1063187-63.2017.8.26.0100.

exauriente. Como ensina o sociólogo Pierre Bourdieu, "uma instituição só funciona quando há correspondência entre estruturas objetivas e estruturas subjetivas" (Bourdieu, 2014, p. 228). Isso significa que a alteração da lei somente surtirá efeitos práticos se encontrar repercussão na atuação dos magistrados, no dia a dia das varas e tribunais.

8 A HOSPEDAGEM DE E-MAIL NO EXTERIOR E O COMBATE À IMPUNIDADE

Em julgamento paradigmático, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça concluiu que a hospedagem de e-mail no exterior não impede a atuação do Poder Judiciário brasileiro para coibir atos ilícitos, tais como a realização de ofensas ou ameaças pela internet (REsp nº 1.745.657/SP).

O Recurso Especial fora interposto pela Microsoft Informática Ltda, com o intuito de afastar a multa de R\$ 310.000,00, fixada em virtude do descumprimento de ordem judicial para o fornecimento dos dados de usuário de e-mail. No caso, haviam sido veiculadas ameaças contra uma pessoa física e uma pessoa jurídica, ambas com domicílios no Brasil. Argumentava a recorrente que a Justiça brasileira seria incompetente para análise da causa, eis que o endereço eletrônico era acessado de fora do país e o provedor de conexão também tinha sua sede no exterior. Pretendia, então, impedir a atuação das autoridades judiciais brasileiras.

No julgamento, contudo, prevaleceu o voto da Ministra Nancy Andrighi, a qual concluiu que o Poder Judiciário nacional é competente para a medida judicial proposta pela vítima com domicílio no país, onde também ocorreu o acesso à informação. Segundo a Ministra Relatora, seria um equívoco imaginar que qualquer aplicação hospedada fora do Brasil não pudesse ser alcançada pela jurisdição e pelas leis nacionais. Em suas palavras:

É evidente que, se há ofensa ao direito brasileiro em aplicação hospedada no estrangeiro (por exemplo, uma ofensa veiculada contra residente no Brasil em rede social), pode ocorrer a determinação judicial de que tal conteúdo seja retirado da internet e que os dados do autor da ofensa sejam apresentados à vítima. Não fosse assim, bastaria a qualquer pessoa armazenar

informações lesivas em países longínquos para não responder por seus atos danosos.

A decisão protege os direitos de personalidade dos cidadãos brasileiros, mesmo nos casos em que o ofensor maliciosamente se oculta em endereços estrangeiros. O Superior Tribunal de Justiça mostra assim estar conectado às necessidades da vida atual, permitindo que a tecnologia seja utilizada para favorecer a realização da justiça, jamais para inviabilizá-la.

9 RESPONSABILIZAÇÃO DO PROVEDOR DE CONTEÚDO E A NECESSIDADE DE PRÉVIA ORDEM JUDICIAL

No que diz respeito aos provedores de conteúdo (também denominados provedores de aplicação), a orientação dos tribunais superiores é no sentido de que eles somente serão responsabilizados pelos atos ilícitos praticados por terceiros se houver descumprimento da ordem judicial de remoção do conteúdo. Trata-se da aplicação do art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014), o qual prevê a reserva da jurisdição.

Por outro lado, em relação às cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado, o entendimento que prevalece é o da responsabilização excepcional caso não ocorra a imediata remoção após simples notificação da vítima (sistema de notice and take down)¹¹. Isso decorre da aplicação do art. 21 da mesma Lei nº 12.965/2014. Mas, segundo o Superior Tribunal de Justiça, para isso são imprescindíveis os seguintes elementos: a) o caráter não consensual da imagem íntima; b) a natureza privada das cenas de nudez ou dos atos sexuais disseminados; c) a violação à intimidade.

Na aplicação do art. 21 do Marco Civil da Internet, o Superior Tribunal de Justiça procura proteger as vítimas da violência digital, também conhecida como disseminação de imagens íntimas não consentidas (NCII – da sigla inglesa de non-consensual intimate images).

Importante destacar que a constitucionalidade dos referidos artigos 19 e 21 da Lei nº 12.965/2014 ainda não foi analisada. Ela está aguardando julgamento perante o Supremo Tribunal Federal (repercussão geral), nos Temas 533 e 987.

CONCLUSÕES

A evolução dos meios de comunicação e a celeridade na divulgação de notícias e imagens fazem

¹¹ STJ, REsp 1.840.848/SP, Rel. Min Paulo de Tarso Sanseverino, j. 26.04.2022, DJe 05.05.2022.

com que a proteção da vida privada continue a ocupar o centro das preocupações dos operadores do direito.

O uso indevido da internet, mediante a propagação de notícias falsas ou concernentes à intimidade das pessoas, deve ser combatido de modo célere e eficiente pelo Poder Judiciário. Isso decorre das próprias garantias constitucionais do acesso adequado à jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) e da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

Ainda que não seja possível declarar o direito sem se utilizar de um período de tempo¹², é preciso ter em mente que a análise jurídica não exige necessariamente um tempo longo de duração, mas sim de um tempo que lhe seja próprio.¹³

A tutela provisória tem, assim, uma ampla aplicação no âmbito dos ilícitos praticados pela internet. E nesse aspecto é preciso considerar a importância da cognição sumária. Afinal "a decisão com base em probabilidade é tão importante quanto julgar com base em certeza. O sistema processual deve prezar, de igual forma, os valores da celeridade e da certeza. A tutela dos direitos deve considerar, portanto, ambos os valores"¹⁴.

A extrema urgência, presente em quase todos os ilícitos praticados na internet, justifica uma atenção especial e diferenciada por parte do julgador. Nesses casos, é possível a concessão de medidas liminares baseadas em um periculum in mora extremamente forte, ainda que à primeira vista se mostre mínima a probabilidade do direito. Tais requisitos funcionam como pautas móveis, de forma que a presença forte de um deles compense a existência fraca do outro.

A fixação de astreintes, o cabimento da estabilização da tutela antecipada, a relativização da exigência de indicação das URLs em casos excepcionais e a responsabilização mesmo em hospedagens fora do Brasil são alguns dos exemplos de importantes decisões do Superior Tribunal de Justiça, no combate aos ilícitos praticados pela internet. Por sua vez, a análise da constitucionalidade dos arts. 19 e 21 da Lei nº 12.965/2014 mostram a importância e a urgência da atuação do Supremo Tribunal Federal nos Temas 533 e 987.

Todos esses casos revelam a atualidade das palavras de René Dotti, na obra editada em 1980:

A evolução dos mecanismos técnicos que tornaram possível o aproveitamento da informática criou no homem

uma necessidade de reação contra algo de extraordinário que há bem pouco tempo não passaria de ficção, mas que hoje ameaça gravemente o desenvolvimento natural da personalidade (Dotti, 1980, p. 256).

Essa e tantas outras lições sobrevivem ao decurso do tempo. Elas permanecem em seus colegas de profissão, em seus alunos, nos alunos de seus alunos e assim sucessivamente. Nesta verdadeira corrente de vidas continuam a se propagar as ideias e os valores para a proteção da vida privada.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória da vida privada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BOURDIEU, Pierre. Sobre o Estado: Cursos no Collège de France. Tradução Rosa Freire d'Aguilar, 1. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil – primeiras notas sistemáticas. In: RePro, v. 192, 2011.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. O direito vivo das liminares. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Tutela de evidência no projeto do novo CPC – uma análise dos seus pressupostos. In: ROSSI, Fernando [et al] (Coord.) O Futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

DOTTI, Rogéria Fagundes. Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure. In: Le temps dans la procédure, Paris: Dalloz, 1996

¹² OST, François. Le temps du droit, Paris: Editions Odile Jacob, 1999, p. 13.

¹³ "Encore cet exemple pourrait-il induire en erreur si l'on en déduisait que le juridique appelle nécessairement la longue durée, ce qui n'est pas nécessairement le cas. L'important est plutôt qu'un temps propre, chargé d'un sens instituant, soit mobilisé par la mise

en oeuvre de la norme juridique" (OST, François. Le temps du droit, Paris: Editions Odile Jacob, 1999, p. 13).

¹⁴ DOTTI, Rogéria Fagundes. Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 336.

JAMES JR; Fleming; HAZARD JR, Geoffrey; LEUBSDORF, John. Civil Procedure, fifth edition, New York: New York. Foundation Press, 2001.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Garantias fundamentais da nova Constituição. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 184, Abr. 1991.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. 12.ed., rev, ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

OST, François. Le temps du droit. Paris: Editions Odile Jacob, 1999.

PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Conferência proferida em Florença em 27.9.97, na Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile. Tradução de J.C. Barbosa Moreira. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16623-16624-1-PB.html>. Acesso em: 20 nov. 2022.

STRICKLER, Yves. L'évolution contemporaine du référé et des procédures d'injonction. In : Revista de Processo, v. 261, 2016.

VARGAS LLOSA, Mario. A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Tradução Ivone Benedetti, 1. ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

OS ISS-FIXO E AS SOCIEDADES DE ASSESSORES DE INVESTIMENTO



Felipe Matheus da Silveira Quege¹

Comumente denominado como "ISS-FIXO", o regime de apuração do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza devido pelos serviços prestados por profissionais liberais sob atuação e responsabilidade própria, inclusive mediante sociedades, calculado sobre bases fixas, é, desde sempre, motivo de amplo debate para a doutrina especializada e para todos os tribunais competentes para julgar o tema, especialmente o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Este artigo, após estabelecer os requisitos para sujeição a esta forma de apuração do ISS devido, busca, através do levantamento de hipóteses, compreender a verdadeira extensão do rol daqueles que podem se sujeitar, analisando os principais precedentes sobre o tema. Este levantamento de hipóteses foi realizado através da escolha de uma personagem que, apesar de não constar expressamente como integrante deste rol, pode, em tese, arguir seu direito de adentrá-lo – as "Sociedades de AI" ou "Sociedades de Assessor de Investimento".

Palavras-chave: direito tributário; imposto sobre serviços de qualquer natureza; ISS; ISS FIXO; assessor de investimento; interpretação taxativa extensiva; comissão de valores mobiliários; CVM; Resolução CVM 178/2023.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Positivo. Pós-graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Advogado inscrito na OAB/PR sob o nº 116.795.

THE "ISS-FIXO" AND INVESTMENT ADVISORY SOCIETIES



Ricardo Augusto Reis de Macedo²

Commonly known as "ISS-FIXO", the regime for calculating Tax on Services of Any Nature due to services provided by independent professionals under their own activity and responsibility, including through companies, calculated on fixed bases, has always been a reason for widespread debate for specialized doctrine and for all courts competent to judge the issue, especially the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court. This article, after establishing the requirements for being subject to this form of calculating the ISS due, seeks, through raising hypotheses, to understand the true extent of the list of those who can be subject, analyzing the main precedents on the subject. This hypothesis survey was carried out through the choice of a character who, despite not being expressly included as a member of this list, can, in theory, argue his right to join it – the "AI Societies" or "Investment Advisor Societies".

Keywords: tax law; tax on services of any nature; ISS; fixed ISS; investment advisor; extensive exhaustive interpretation; securities and exchange commission; CVM; CVM Resolution 178/2023.

² Graduado em Direito pela Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) e Pós-Graduado *latu sensu* pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Desembargador Substituto integrante da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa, em síntese, sobre o critério pessoal da regra-matriz de incidência tributária do Imposto Sobre Serviços (ISS), em sua sistemática de apuração sobre bases fixas ou, como costuma-se denominar na prática jurídica/contábil, o "ISS-FIXO".

Para estudar com a precisão científica que requer o tema, buscou-se, além de leitura direta da legislação, em sentido amplo, abarcando desde a própria Constituição Federal até resoluções, artigos e livros da dogmática jurídica e precedentes dos principais tribunais pátrios.

A fim de elucidar a questão, permitindo maior compreensão do tema, foi optado por dar um viés pragmático, através do uso da pesquisa exploratória, que para Antonio Carlos Gil, tem o objetivo de proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou para constituir hipóteses. Ademais, na maioria dos casos, para se chegar a um aprimoramento de ideias, faz-se necessário o levantamento bibliográfico e a análise de exemplos que estimulem a compreensão¹.

Para isso, foi selecionada uma personagem que, a Sociedade de Assessor de Investimento, que, partindo-se ao próximo ponto, passará por uma explicação de quem é esta personagem, o que faz e, principalmente, como faz.

Superado este ponto, partir-se-á a esclarecer o que é o ISS, e o que é o ISS-FIXO, tudo através de um método hermenêutico analítico.

1 O QUE É O IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA?

a) CRITÉRIO MATERIAL

A fim de iniciar o presente artigo científico, mostra-se prudente delimitar o objeto específico do presente trabalho, delimitando suas personagens e, principalmente, explicitando-as.

Nesse sentido, inicialmente, esclarece-se que tal delimitação será feita através de análise da regra matriz de incidência tributária, em especial sobre seus critérios critério material, prestacional e quantitativo.

O comportamento de um sujeito, consistência material linguisticamente representada por um verbo e seu complemento, deve estar delimitado por condições

espaciais e temporais, para que o perfil típico esteja perfeito e acabado, como descrição normativa de um fato.

No caso específico do Imposto sobre Serviços, percebe-se que seu critério material, conforme leitura direta do artigo 156 da Constituição Federal e da Lei Complementar 116, é "prestar serviço", desde que abarcado na legislação competente².

Assim tem-se que "a síntese do critério material do ISS representada pelo verbo prestar e pelo respectivo complemento serviço"³.

A delimitação do que é "prestação de serviços" faz-se através do Código Civil Brasileiro, cujo Capítulo VII é destinado exclusivamente a isso, a quem o Direito Tributário faz referência por força do artigo 110 do Código Tributário Nacional⁴.

b) CRITÉRIO PESSOAL

Definido quando dar-se-á início à existência do ISS no mundo fático, isto é, quando, houver a prestação de serviço indicado na lista de serviços tributados pelo ISS, fato imponível⁵ que dá início à obrigação tributária, conforme previsto em sua hipótese de incidência, resta delimitar quem irá compor as posições de sujeito da obrigação tributária, isso é, quem poderá cobrar, sujeito ativo e quem deverá pagar, sujeito passivo.

Apesar dos esforços e impressões iniciais a fim de estabelecer o ISS como um imposto de competência residual, em que serviços seriam tributados pela União ou pelos Estados e aquilo que não o fosse seria tributado pelos municípios⁶, atualmente tem-se claro que a competência para tributação de serviços - exceto aqueles compreendidos sobre competência dos estados - é exclusiva dos municípios.

Não obstante, não estar a dizer que esta competência é plena e irrestrita, podendo ser tributado tudo aquilo que se enquadra como "prestação de serviço", o texto constitucional delimita com clareza a tributação somente aos serviços previstos em lei complementar. Vejamos o que diz o Prof. Antonio Carlos Nogueira:

"Ocorre que - e este é um detalhe de fundamental

¹ GIL, Antonio Carlos. Como Elaborar Projetos de Pesquisa. São Paulo, editora Atlas S.A. 2002, 4. ed. p. 41

² DACOMO, Natalia de Nardi. O critério material da hipótese de incidência do imposto sobre serviços. 2005. p. 44. - PUC/SP, São Paulo. 2005. Disponível em; <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7370/1/iss2005.pdf>.

³ BARRETO, Aires F. ISS na Constituição Federal e na Lei. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2018. p. 31.

⁴ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Art. 110.

⁵ ATALIBA, Geraldo. Hipóteses de incidência tributária. 6ª edição, 10ª tiragem. 2009. p. 38.

⁶ MARTINS, Ives Granda da Silva. O ISS na constituição de 1988 e na anterior. Revista dos Tribunais. v. 653/1990. p. 252. 1990. In. Doutrinas Essenciais de Direito Tributário. v. 5. p. 335. 2011.

importância - a competência outorgada aos Municípios para instituir o ISS não é absoluta, irrestrita. Essa competência é recebida com as limitações e ressalvas contidas no próprio Texto Constitucional. Assim, da mesma forma que é vedado instituir imposto sem que a lei complementar lhe defina o fato gerador, a base de cálculo e os contribuintes (art. 146, III, da CF/1988), só pode ser exercitada essa competência outorgada aos Municípios para cobrar o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza apenas e tão-somente àqueles serviços que estiverem "definidos em lei complementar" (art. 156, III, da CF/1988)⁷

Assim, sabe-se que aqueles detentores de competência legislativa para instituir o ISS em seus respectivos territórios são os municípios da federação e, conseqüente, aqueles que configuram como credores da obrigação tributária nascedoura da ocorrência do fato gerador, obviamente, com observação das normas constitucionais e daquelas com status de lei complementar.

Resta, portanto, definir quem configurar no polo passivo dessa obrigação, isto é, o devedor da obrigação.

De acordo com Paulo de Barros de Carvalho⁸, o sujeito passivo da relação tributária pode ser tanto pessoa física, jurídica, privada ou pública, da qual se exigirá o cumprimento de determinada prestação pecuniária, nos nexos obrigacionais e insuscetível de avaliação patrimonial, nas relações acerca de meros deveres instrumentais ou formais.

Nos termos do art. 121, parágrafo único, do CTN, o sujeito passivo pode assumir a feição de contribuinte, quando tem relação direta com a situação que constitui o fato gerador

Deste modo, percebe-se que o critério pessoal do ISS será composto por um Município, o qual irá

compor o polo ativo da obrigação tributária e de um contribuinte que prestou serviço - salvo hipóteses de responsabilidade tributária, substituição tributária, em que terceiro assumirá esta posição, cujo aprofundamento não cabe neste trabalho.

c) CRITÉRIO QUANTITATIVO

Partindo-se o conseqüente da Regra Matriz de Incidência Tributária, após a análise não exaustiva acima, uma vez que fora do escopo do trabalho, cumpre discorrer acerca do critério quantitativo das normas tributárias, o qual consiste nas informações obtidas pelo intérprete da leitura dos textos legais, o que lhe permite precisar, com segurança, a exata quantia devida de cada tributo, no entendimento de Paulo de Barros⁹.

Ademais, deve sempre vir acompanhado de duas entidades distintas: a alíquota e a base de cálculo.

Todavia, percebe-se que o ISS pode ser recolhido de duas maneiras distintas, a primeira, a regra, através de multiplicação da base de cálculo - preço do serviço¹⁰ - pela alíquota instituída pelo Município, a qual deverá variar entre 2 e 5% (dois e cinco por cento)¹¹, a segunda, sobre qual pretende-se aprofundar, calculada sobre bases fixas. Neste segundo tipo de apuração do valor devido, a importância a ser recolhida já estará estipulada, em termos inalteráveis, na legislação, mesmo que o fato jurídico ainda nem tenha ocorrido, tratando-se, portanto, de exceção ao uso exclusivo por determinado tipo de contribuinte.

É no critério quantitativo que reside a chave para a determinação do critério prestacional, ou seja, o valor que o sujeito ativo pode exigir e que o sujeito passivo deve pagar¹²

Este tipo de apuração diferenciada é denominado comumente de ISS-FIXO ou ISS sobre bases fixas.

Ante ao exposto, têm-se que o ISS-FIXO é uma exceção à regra prevista pelo constituinte, eis que não se utiliza alíquota e base de cálculo, mas sim um imposto fixo.

d) O ISS-FIXO

Conforme brevemente dito anteriormente, não se trata, em verdade, de um tributo específico, mas sim de uma sistemática de recolhimento do ISS para alguns

⁷ REIS, Antonio Carlos Nogueira. Peculiaridades do ISS - Aspectos históricos. Revista Tributária e de Finanças Públicas. v. 47/2002. p. 79. In: Doutrinas Essenciais de Direito Tributário. v. 5. p. 188. 2011.

⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 26. ed. Editora Saraiva, 2014. p. 298.

⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 26. ed. Editora Saraiva, 2014. p. 316.

¹⁰ BRASIL. Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de

competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências.

¹¹ BRASIL. Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, que d. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Art. 80, II e art. 80-A.

¹² CARVALHO, Paulo de Barros. Op. cit., 2014. p. 318.

contribuintes que se encontram abarcados pelo critério pessoal das normas relativas a esta sistemática, o que, inclusive, busca-se delimitar com o presente trabalho.

Diferentemente da sistemática de recolhimento comum do ISS, na qual incidem alíquotas de 2 (dois) a 5% (cinco por cento), de acordo com a legislação de cada município, sobre o preço do serviço prestado, a sistemática do "ISS-FIXO" prevê que o "imposto será calculado por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes"¹³ ou, ainda, no caso da prestação dos serviços abarcadas pelo critério pessoal por sociedades, calculado em função de "cada profissional habilitado"¹⁴.

A criação desta sistemática de apuração do valor devido a título de ISS se origina a partir de adequações ao imposto que veio a substituir o Imposto de Indústrias e Profissões (IIP), objetivando, inclusive como dito por Rubens Gomes de Souza, "evitar que o ISS viesse a confundir-se com o imposto de renda"¹⁵.

Resumidamente, na sistemática de apuração do ISS-FIXO, a base para lançamento do tributo deixa de ser o preço do serviço e torna-se o número de profissionais que compõem a sociedade, em lançamento anual¹⁶.

2 O CRITÉRIO PESSOAL DAS NORMAS RELATIVAS A SISTEMÁTICA DO ISS-FIXO

Através do trabalho incansável da dogmática jurídico-tributária pátria, costumou-se utilizar na prática do Direito Tributário, o método da "Regra Matriz de Incidência Tributária", a qual busca facilitar a visualização da aplicação das normas tributárias, assim, identificando eventual obrigação tributária nascedoura de um eventual fato no mundo real.

Assim, facilmente pode-se identificar o critério pessoal da regra matriz, quem poderá vir a estar no polo passivo e/ou ativo da obrigação tributária, e o

quantitativo, o que é a base de cálculo sobre a qual se aplica a alíquota¹⁷.

O objetivo deste trabalho, portanto, especialmente deste capítulo, é identificar o critério pessoal da regra matriz da sistemática de recolhimento do ISS-FIXO, especialmente a fim de definir de modo claro quem poderá configurar no polo passivo destas obrigações tributárias.

O DECRETO LEI 406/68

A sistemática de apuração do ISS sobre bases fixas foi instituída pelo Decreto-Lei 406/68, o qual foi recepcionado com status de lei complementar¹⁸, através do seu artigo 9º, prevendo que no caso de prestação de serviços sob forma de trabalho pessoal do contribuinte¹⁹ será calculado por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes. Quanto aos serviços prestados por sociedades, o imposto é calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviço em nome desta, embora assumindo responsabilidade pessoal.

Não foram poucas as ocasiões em que os municípios, interessados no fim do regime de apuração do ISS sobre bases fixas, sustentaram sua inconstitucionalidade ou revogação, nem poucos também os argumentos levantados neste sentido.

Este, inclusive, é motivo para o qual refere-se ao Decreto-Lei 406/68 como dispositivo legal onde se encontra a previsão do ISS-FIXO e não a Lei Complementar 116, que promoveu diversas alterações no ordenamento jurídico sobre o Imposto sobre Serviços, sem revogação superveniente, seja na promulgação da próprio LC 116 ou mesmo da LC 157/16, que trouxe alterações àquela 2021.

Além das inúmeras tentativas de expelir o regime em questão do ordenamento jurídico, diversos municípios criaram, e ainda criam, diversas limitações à possibilidade de aderir a este regime, tem-se por

¹³ BRASIL. Decreto-Lei 406/68, de 31 de dezembro de 1968. Estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências.

¹⁴ BRIGAGÃO. Gustavo. GRILLO. Pedro. O imposto sobre Serviços e as Sociedades Profissionais. In: PINTO. Alexandre. BRIGAGÃO. Gustavo. BARRETO. Ayres (Coords.) Questões polêmicas do regime tributário de ISS das Sociedades profissionais. São Paulo: Quartier Latin, 2022. p. 25.

¹⁵ SOUSA. Rubens G. de. O imposto sobre Serviços e as Sociedades Prestadoras de Serviços Técnicos Profissionais. Revista de Direito Público 20/1972, p. 26. In: Id. 2022. p. 27.

¹⁶ SILVA. Jonas Lopes da. FOGAÇA. Andreone Leandro. Da (in)constitucionalidade da tributação fixo do ISS. Revista de Direito Público. Londrina: v. 5. n° 1. Pg. 125 – 138. 2010. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/7572>. Acesso em: 07 jun. 2022.

¹⁷ CARVALHO. Paulo de Barros. Direito Tributário: linguagem e método. – 7 ed. rev. – São Paulo: Noeses, 2018. p. 193 – 197.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 220.323-3/MG. Recorrente: município de Belo Horizonte. Recorrida: Base Projetos e Consultoria S/C LTDA. Relator: Ministro Carlos Velloso. p. 09. 26 de maio de 1999.

¹⁹ BARRETO. Aires F. ISS na Constituição Federal e na Lei. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2018. p. 403.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Recurso Especial nº 713.752/PB. Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 18.8.2006.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Distrito Federal). Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.016.668/DF. Recorrente: Companhia Do Metropolitano Do Distrito Federal Metro DF. Recorrido: Bruno Erckmam Fernandes De Araujo Sobrinho. Relatora: Ministra Rosa Weber. 07 de fevereiro de 2017.

exemplo a Lei nº 12.719, de 26 de novembro de 2021, do Município de São Paulo²².

Frente a este contexto, o Supremo Tribunal Federal firmou a tese de repercussão geral de tema nº 918, ao julgar o leading case RE 940.769/RS23, de que é inconstitucional lei municipal que estabelece impeditivos à submissão de sociedades profissionais ao regime de tributação fixa em bases anuais, além das previstas no Decreto-Lei 406/68.

Inclusive, anteriormente à edição da LC 116 já havia histórico de tentativas por parte dos municípios de expelir o ISS-FIXO do ordenamento jurídico, alegando suposto desacordo à CF/88, oportunidade na qual o STF afastou as alegadas ofensas ao art. 151, III, ao art. 150, II, ao artigo 145, §1º e, por fim, ao art. 150, §6º, todos da CF/88. Destes afastamentos, inclusive, decorre grande parte da necessária aplicação do §1º e §3º do art. 9º do DL 406/68.

Assim, esclarecido que o Decreto-Lei 406/68 é a pedra basilar da sujeição ao regime de tributação do ISS-FIXO, sabe-se que deve ser buscada a delimitação de seu alcance, de modo a definir quem poderá se sujeitar a este regime, ou seja, é nele que está prevista sua hipótese de incidência²⁴. Neste sentido, extrai-se os ensinamentos da dogmática constitucional tributária sobre o tema, analisando o julgado em comento:

“Embora a questão examinada tenha sido em relação aos profissionais liberais – advogados –, o princípio e a essência do Decreto e a essência do Decreto-Lei nº 406/68, artigo 9º, §§1º e 3º, em relação a tributação especial do ISSQN, aos demais profissionais liberais, permanecem as mesmas, aplicáveis, portanto, a todos os profissionais liberais e às Sociedades Simples de Prestação de serviços intelectuais, personalíssimos, sem caráter empresarial.”²⁵

Rende-se a posição sustentada pela professora acima de que nada se alterou nos critérios de sujeição ao ISS-FIXO, devendo ser observado os requisitos legais, já interpretados e ratificados pela jurisprudência, inclusive do STF, conforme será demonstrado adiante.

3 OS CRITÉRIOS PARA SUJEIÇÃO AO ISS-FIXO;

Como brevemente exposto acima, mediante as inúmeras tentativas de expurgo do ISS-FIXO do ordenamento jurídico pátrio por parte de diversos município da federação, fixou-se pelo STF a Constitucionalidade plena do ISS-FIXO, quais são os limites dos requisitos legais, estabelecendo seus próprios limites e, principalmente, quem pode se sujeitar a ele.

Assim, conforme elucidação pelo Prof. Hugo Brito Machado Segundo, partir-se-á ao principal escopo deste artigo, quais os requisitos para Sujeição ao ISS-FIXO por Sociedades?

“Quanto aos requisitos, a lei municipal não os pode criar ou inovar, mas apenas reconhecer aqueles já apontados, desde antes, pela jurisprudência, a partir do texto do próprio DL 406/68.”²⁶

Como extrai-se da *ratio decidendi* do precedente vinculante já referenciado, conforme exposto pela dogmática, a sujeição ao ISS-FIXO deve obedecer aos requisitos legais, em sua interpretação dada pela jurisprudência, portanto, assim, passa-se a estes requisitos.

No julgamento específico do RE 236.604-7/PR, sob relatoria do Min. Carlos Velloso, em que buscava o Município de Curitiba a inconstitucionalidade dos §§1º e 3º do Decreto Lei 406/68, além do afastamento da tese de sua não recepção pela constituição, estabeleceu interpretação do critério pessoal para sujeição a este regime de apuração do ISS.

²²SÃO PAULO. Lei nº 17.719, de 26 de novembro de 2021, que dispõe, dentre outros temas, sobre alterações na legislação tributária municipal.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso Extraordinário nº 940.769/RS. Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Rio Grande do Sul – OAB/RS. Recorrido: Município de Porto Alegre, Relator: Ministro Edson Fachin. 24 de abril de 2019.

²⁴ATALIBA, Geraldo. Hipóteses de incidência tributária. 6. ed. tiragem. 2009. p. 76-77.

²⁵MARTINS, Ives Gandra da Silva. RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. ISS – Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza e a tributação das sociedades uniprofissionais – serviços prestados por seus sócios de natureza personalíssima. Aplicação do Decreto-

Lei nº 406/68, art. 9º, §§ 1º e 3º – recepção pela CF/88 – incidência da súmula nº 663 do STF. A forma societária limitada não é elemento axial para definir o sistema de tributação do ISS. Afastado o caráter empresarial – ausência dos meios de produção e comércio, à luz do entendimento do STJ. In: PINTO, Alexandre. BRIGAGÃO, Gustavo. BARRETO, Ayres (Coords.) Questões polêmicas do regime tributário de ISS das Sociedades profissionais. São Paulo: Quartier Latin, 2022. p. 173.

²⁶MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. ISS E SOCIEDADES PROFISSIONAIS. In: PINTO, Alexandre. BRIGAGÃO, Gustavo. BARRETO, Ayres (Coords.) Questões polêmicas do regime tributário de ISS das Sociedades profissionais. São Paulo: Quartier Latin, 2022. p. 53.

Para o Min. Sepúlveda Pertence, o ISS-FIXO não se trata de isenção ou mesmo ofende a igualdade, uma vez que se sujeitam ao ISS-FIXO sociedades de profissionais liberais com características gerais e próprias, de modo que, estariam sujeitos ao ISS-FIXO quaisquer sociedades que fossem detentoras destas características.

Nas palavras do Ministro:

"não ofende a igualdade, na medida em que o tratamento peculiar que se lhes deu pretende fundar-se em características gerais e próprias das sociedades de profissionais liberais, especificamente dos que trabalham sob responsabilidade pessoal do executante do trabalho e não da pessoa jurídica, seja qual for a profissão das enumeradas na lista que tem, todas, essas características."²⁷

Assim, tem-se claro que, segundo a interpretação do STF, capitaneada pelo então Ministro, todas as profissões enumeradas na lista do §3º do Dec-Lei 406/68 são detentoras de características gerais e próprias.

Porém, quais seriam estas características gerais e próprias?

Partindo-se da análise da doutrina especializada e da jurisprudência pátria, entende-se que os requisitos gerais são três, quais sejam: (i) a natureza dos serviços prestados; (ii) a responsabilização pessoal dos sócios e (iii) organização não empresarial²⁸, sobre os quais há de se discorrer, extensivamente.

a) SOCIEDADE NÃO EMPRESARIAL

Iniciando-se pelo terceiro requisito, em razão de melhor organização do texto, qual seja "a organização não empresarial da sociedade", há de se

reconhecer a existência de uma confusão parcial com o requisito da "natureza dos serviços prestados".

Explica-se. A fim de delimitar uma sociedade como empresária ou não é necessária uma análise atenta sobre as atividades exercidas, sobre a lente do Código Civil – onde estará o conceito de empresário.

Nos termos deste referido diploma, considera-se empresário aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada, salvo quem exerce profissão intelectual, científica, literária ou artística, sem prejuízo do concurso de colaboradores²⁹.

Nestas sociedades compostas por profissionais intelectuais, com o objetivo de explorar sua profissão, não há organização dos fatores de produção, o que as caracteriza como sociedade simples³⁰. Assim, não sendo sociedades empresárias, tem-se que a exploração de atividades intelectuais via sociedades se dá através de sociedades simples, conforme explica o prof. Fábio Ulhoa Coelho:

"Duas são as espécies de sociedade no direito brasileiro, a simples e a empresária. A sociedade simples explora atividades econômicas sem empresarialidade (um escritório dedicado à prestação de serviços de arquitetura, por exemplo) (...). A sociedade empresária, por sua vez, é a que explora empresa, ou seja, desenvolve atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços (...)"³¹

Importante ressaltar neste momento que a forma da sociedade em nada influencia sobre sua classificação como empresária ou simples, é perfeitamente possível existir uma sociedade simples sob forma de uma sociedade limitada, bem como empresária sobre essa mesma forma. A característica definidora da sociedade como empresária ou simples é seu objeto social, a natureza de sua atividade³².

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 236.604-7/PR. Recorrente: município de Curitiba. Recorrido: Assis Gonçalves de Kloss Neto sociedade de advogados. Relator: Ministro Carlos Velloso. p. 14, 1999.

²⁸ MOREIRA. André Mendes. SANTOS. Mariane Andreia Cardoso dos. Requisitos para caracterização da sociedade profissional para fins da sistemática de incidência do ISS por alíquota fixa per capita prevista pelo artigo 9º, §3º, do DL nº 406/68, à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores: a legislação do Município de Belo Horizonte como exemplo. Belo Horizonte: Rev. de Fórum de Direito Tributário – RFDT. 2015. p. 65 – 84.

²⁹ BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002, que institui o Código Civil. Art. 966: considera-se empresário quem exerce profissionalmente a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços".

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Recurso Especial nº 1512652/RS. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 17.03.2015. DJE 30.03.2015

³¹ COELHO. Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.2.

³² FRANÇA. Novaes. AZEVEDO. Erasmo Valladão. A distinção...In: PINTO. Alexandre. BRIGAGÃO. Gustavo. BARRETO. Ayres (Coords.) Questões polêmicas... São Paulo: Quartier Latin, 2022. p. 342.

,inclusive, não transformando-se a sociedade simples em empresária somente por registro em junta comercial.³³

Obviamente, há exceções a esta regra, como o caso da criação de sociedade por ação que, por força de lei, será automaticamente considerada empresária³⁴, ou casos como a sociedade de advogados que nunca será empresária³⁵, por força de ordem legal.³⁶

Por fim, entende-se que a composição destas sociedades por mais de um tipo de profissional, isto é, por sócios de diferentes formações e habilitações profissionais, não é característica hábil para afastar a possibilidade de sujeição ao ISS-FIXO, uma vez que não é requisito presente no Decreto Lei 406/68.

Apesar do anterior entendimento jurisprudencial³⁷, hoje tem-se consolidado o entendimento da jurisprudência³⁸ no sentido de que a sociedade pode ser formada inclusive por sócios com diferentes formações e habilitações, o que se costumou a se denominar de sociedades "pluriprofissionais".

Observa-se, inclusive, que o próprio requisito para sujeição ao ISS-FIXO de não ser sociedade empresária liga-se diretamente aos requisitos subsequentes.

b) NATUREZA DA ATIVIDADE

Conforme dito anteriormente, as sociedades para se classificarem como sociedades simples devem ser compostas de maneira não empresarial, considerando-se não empresarial aqueles que exercem atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, sendo possível o uso de colaboradores, mas defesa a organização empresarial.

Nestes termos, entende-se que a natureza dos serviços compreendidos entre aqueles passíveis de serem tributados através do ISS-FIXO são justamente aqueles permitem a formação de uma sociedade simples, os profissionais liberais ou suas sociedades.³⁹

Nota-se, inclusive, que todos os serviços elencados pelo Decreto-Lei 406/68 como tributáveis através do ISS-FIXO compartilham desta mesma característica - economistas, advogados, contadores, engenheiros, médicos, veterinários, enfermeiros, dentistas, agentes de propriedade industrial, agrônomos, arquitetos, psicólogos, etc⁴⁰ todos desempenham atividade intelectual. Há, portanto, qualificação do trabalho pessoal, além "do mero esforço físico, qual seja, criação intelectual, a par de responsabilidade pessoal do seu autor."⁴¹

Assim, uma vez que prestados por profissionais liberais, cujas profissões dependem de habilitação, exige-se que estes se responsabilizam pessoalmente pelo que desempenharam e, desse modo, limite-se a atuação de suas sociedades à estas atividades.⁴²

c) RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DOS SÓCIOS

No tocante à responsabilização pessoal dos sócios, requisito descrito expressamente no Decreto Lei 406/68, em seu §3º, entende-se que se faz referência à sua responsabilidade como profissional prestador de serviço, decorrente das normas que regulam suas respectivas profissões⁴³, como o Estatuto da Advocacia para os advogados⁴⁴, a Resolução CFC número 803/9645 para os contadores e assim por diante.

Portanto, apesar de haver a prestação do serviço através da sociedade, o exercício da atividade é realizado pessoalmente, por profissional habilitado, sendo sua "responsabilidade pessoal", como requisito para sujeição ao ISS-FIXO, referência à subserviência às regras da profissão habilitada, não se confundindo com a responsabilidade dos sócios pelos atos sociais.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 26.10.2010. DJE 16.11.2010.

³⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Art. 982, parágrafo único: independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa".

³⁵ COELHO. Fábio Ulhoa. Parecer: Da impossibilidade de atribuição de natureza empresarial a escritório de advocacia. In: PINTO. Alexandre. BRIGAGÃO. Gustavo. BARRETO. Ayres (Coords.) Questões polêmicas do regime tributário de ISS das Sociedades profissionais. São Paulo: Quartier Latin, 2022. p. 259.

³⁶ BRASIL. nº 8.906, de 4 de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Art. 15 e art. 16.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Recurso Especial nº 758916/PR. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, de 20.10.2009.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (segunda turma). Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 425.635/PE, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 16.12.2013.

³⁹ BARRETO. Aires F. ISS na Constituição Federal e na Lei. 4.ed. São Paulo: Noeses, 2018. p. 531

⁴⁰ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 406, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1968, que estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências. Art. 9, §3º.

⁴¹ BARRETO. Aires F. op. cit., p. 531

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Recurso Especial nº 855.483/PR. Relator Ministro Luiz Fux, DJe 11/09/2008.

⁴³ MOREIA. André Mendes. SANTOS. Mariane Andreia Cardoso dos. Requisitos para caracterização da sociedade profissional para fins da sistemática de incidência do ISS por alíquota fixa per capita prevista pelo art. 9º, §3º, do DL nº 406/68, à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores: a legislação do Município de Belo Horizonte como exemplo. Belo Horizonte: Rev. de Fórum de Direito Tributário - RFDT. 2015. p. 73.

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

⁴⁵ BRASIL. Resolução CFC Nº 803/96, que aprova o Código de Ética Profissional do Contador - CEPC.

"Nessas condições, embora a sociedade se encarregue do contrato com o cliente e da contração dos serviços, o exercício da atividade deve ser exercido pelo profissional, pessoa física, pessoalmente, sócio, empregado ou associado, de tal forma que qualquer problema na sua execução, só pode decorrer de falha do mesmo, resultante de sua culpa ou dolo. [...] Por conseguinte, além da sociedade que sempre responderá pelos atos dos advogados que prestam serviços a seus clientes, apenas aqueles - sócio, empregados ou associados - que estiverem envolvidos e contribuíram para o ato ou atos dos quais redundou o prejuízo ao cliente, serão responsabilizados."⁴⁶

Desse modo, entende-se que, conforme jurisprudência consolidada do Tribunais Superiores⁴⁷, que a escolha da sociedade simples sob forma limitada não é característica apta a afastar a responsabilização pessoal dos sócios como requisito de sujeição ao ISS-FIXO.

Pois bem, esclarecido quais são os requisitos para possibilidade de sujeição ao ISS-FIXO, conforme já amplamente difundido e dominado pela melhor dogmática do Direito Tributário, resta aprofundar a discussão e realizar a análise de sujeição através da personagem definida.

Podem sociedades que compartilham todos os requisitos acima elencados isso é, são sociedades simples, formadas exclusivamente para exploração da atividade intelectual dos sócios, cuja atividade é regulada por lei, os quais se sujeitam a responsabilidade pessoal por sua atividade, serem impedidas de se sujeitar ao ISS-FIXO por sua atividade não estar elencada no art. 9, §3º, do Decreto Lei 406/68?

Neste momento buscar-se-á tornar a discussão mais pragmática, através de um exemplo

prático, o levantamento de uma hipótese - podem as Sociedades de Assessor de Investimento se sujeitar ao ISS-FIXO?

4 O QUE SÃO SOCIEDADES DE ASSESSOR DE INVESTIMENTO?

Sociedades de agentes autônomos de investimento, como eram denominadas anteriormente as Sociedades de Assessor de Investimento, são, em apertada síntese, sociedades simples compostas exclusivamente por pessoas naturais, que atuam sob responsabilidade própria, no mercado de capitais como preposta de instituição integrante do sistema de distribuição de valores mobiliários, única e exclusivamente para este fim⁴⁸, ou, nos termos da nova resolução, pessoa "jurídica registrada na forma dessa resolução para realizar, sob a responsabilidade e como preposto de intermediário integrante do sistema de distribuição de valores mobiliários."⁴⁹

Estas sociedades atuam, mediante seus sócios integrantes, os quais são os assessores de investimento, as seguintes atividades; a) prospecção e captação de clientes, b) prestação de informações sobre os produtos oferecidos e sobre os serviços pelos intermediários em nome dos quais atue e c) recepção e registro de ordens e transmissão dessas ordens para sistemas de negociação.⁵⁰

A fim de se tornar um assessor de investimento a pessoa natural necessariamente, por força de requisição legal positivada através da Resolução nº 178, de 14 de fevereiro de 2023, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), deve realizar seu credenciamento junto à autarquia vinculada ao Ministério da Economia, o que é feito por entidades credenciadoras autorizadas pela CVM.

Os requisitos autorizativos deste credenciamento são definidos pela CVM na mesma resolução anteriormente citada e podem ser resumidos da seguinte maneira; ter concluído ensino médio, não estar inabilitado para exercer cargo em instituição financeira, não haver sido condenado, por decisão transitada em julgado, por crime relacionados a administração de empresas, ao sistema financeiro nacional, ou por pena que vede acesso a cargos públicos não estar impedido de administrar seus bens por decisão judicial.⁵¹

Já no tocante ao credenciamento de sociedades de agentes autônomos de investimento se

⁴⁶ PEIXOTO. Euler da Cunha. A responsabilidade dos sócios nas sociedades de advogados. Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. n. 52. p. 79 - 96. jan./jun. 2008.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1205175/RO. Relator Ministro Luiz Fux. 26.10.2010

⁴⁸ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). Resolução número 16, de 09 de fevereiro de 2021. Artigo 2º.

⁴⁹ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). Resolução número 178, de 14 de fevereiro de 2023. Artigo 2º, Inciso I.

⁵⁰ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). Resolução número 178, de 14 de fevereiro de 2023. Artigo 3º.

⁵¹ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). Resolução número 178, de 14 de fevereiro de 2023. Artigo 15.

mostra necessário que tenham sede no país, sejam constituídas como sociedades simples, independente de qual forma adotada, desde que na forma da legislação em vigor e, por fim, que tenham como objeto social exclusivo o exercício da atividade de agente autônomo de investimento, com vedação de participação em outras sociedades.

É importante ressaltar, inclusive, que ainda atuando mediante sociedade, os agentes autônomos de investimento sócios continuam responsáveis pelas atividades da sociedade.

Portanto, conclui-se, em apertada síntese e objetivando as características de maior importância para a discussão em enfoque, sociedades de assessor de investimento são sociedades simples, credenciadas junto à CVM, compostas por pessoas naturais credenciadas como assessores de investimento, os quais atuam sob responsabilidade, a fim de, exclusivamente ou não, desempenhar atividade de preposta de instituição integrante do sistema de distribuição dos valores mobiliários.

Portanto, o leitor atento provavelmente já percebeu que estas sociedades são detentoras de todos os requisitos necessários para a sujeição ao ISS-FIXO, de modo que, entende-se pela possibilidade de sua sujeição, inclusive por sua condição de composição de sociedade simples ser decorrente de Lei, de modo similar às sociedades de advogados.⁵²

Observa-se, inclusive, ponto de suma importância para a discussão que muitas vezes parece passar despercebida até pela melhor doutrina pátria, o STF já delimitou essa possibilidade, ao afastar a natureza de isenção do ISS-FIXO⁵³, conforme precedentes já comentados.

"não ofende a igualdade, na medida em que o tratamento peculiar que se lhes deu pretende fundar-se em características gerais e próprias das sociedades de profissionais liberais, especificamente dos que trabalham sob responsabilidade pessoal do executante do trabalho e não

da pessoa jurídica, seja qual for a profissão das enumeradas na lista que tem, todas, essas características."⁵⁴

E, de igual forma, a leitura da dogmática pátria, já colacionada anteriormente:

"Embora a questão examinada tenha sido em relação aos profissionais liberais - advogados -, o princípio e a essência do Decreto e a essência do Decreto-Lei nº 406/68, artigo 9º, §§1º e 3º, em relação a tributação especial do ISSQN, aos demais profissionais liberais, permanecem as mesmas, aplicáveis, portanto, a todos os profissionais liberais e às Sociedades Simples de Prestação de serviços intelectuais, personalíssimos, sem caráter empresarial."⁵⁵

Entende-se, portanto, que uma leitura restritiva da sujeição ao ISS-FIXO, permissiva somente àquelas sociedades indicadas expressamente no Decreto Lei 406/68, traduzir-se-ia em isenção tributária, o que estaria em contrariedade com a interpretação dada pelo STF e teria levado, salvo melhor juízo, a um sucesso dos Municípios de rechaçar o ISS-FIXO do ordenamento.

Assim, havendo prestação de serviços intelectuais sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, ainda que prestado por sociedade, observados os requisitos do DL 406/68, há o direito à essa submissão. Caso assim não o fosse, haveria violação à Isonomia.⁵⁶

Não obstante, frente a possibilidade de entender-se da não possibilidade de sujeição ao ISS-FIXO por parte de Sociedades de Assessor de

52 COELHO. Fábio Ulhoa. In: PINTO. Alexandre. BRIGAGÃO. Gustavo. BARRETO. Ayres (Coords.) Op. cit., p. 259.

53 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 236.604-7/PR. Recorrente: Município de Curitiba. Recorrido: Assis Gonçalves E Kloss Neto Sociedade De Advogados. Relator: Ministro Carlos Velloso. 26 de maio de 1999. In verbis: "Abrindo o debate, deixo expresso o meu entendimento no sentido de que as disposições inscritas nos §1º e 3º, do DL 406/68 não configuram isenção"

54 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 236.604-7/PR. Recorrente: município de Curitiba. Recorrido: Assis Gonçalves de Kloss Neto sociedade de advogados. Relator: Ministro Carlos Velloso. p. 14, 1999. .

55 MARTINS. Ives Gandra da Silva. RODRIGUES. Marilene Talarico Martins. Op. cit., p. 173.

56 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 236.604-7/PR. Recorrente: Município de Curitiba. Recorrido: Assis Gonçalves E Kloss Neto Sociedade De Advogados. Relator: Ministro Carlos Velloso. 26 de maio de 1999. In verbis: "cuidam de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte. E se os tais serviços forem prestados por sociedades o imposto será cálculo em relação a cada profissional habilitado, sócio empregado ou não"

Investimento por não estarem elencadas no art. 9, §3º, do Decreto Lei 406/68, há ainda argumento paralelo com o condão de abrir novamente esta possibilidade.

Para isso, elucida-se a forma de interpretação dos itens da tabela de serviços tributáveis pelo ISS, conforme jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive em Recurso Extraordinário julgado com Repercussão Geral reconhecida.

5 INTERPRETAÇÃO TAXATIVA EXTENSIVA DOS SERVIÇOS TRIBUTÁVEIS PELO ISS

Antes de adentrar ao tema propriamente dito, cabe esclarecer que o rol taxativo é aquele determinado e limitado por lei, ou seja, a própria legislação definiu uma lista restritiva, não existindo espaço para ampliação ou interpretação.

Ao contrário do rol exemplificativo, no qual estão presentes apenas alguns exemplos na lei, permitindo ampliações e interpretações, para que mais hipóteses sejam ali enquadradas.

Todavia, o rol do ISS não se enquadra em nenhum dos acima descritos, conforme entendimento proferido pelo Plenário virtual do STF, no julgamento do tema 296, sob repercussão geral.⁵⁷

No caso deste julgado havia divergência quanto à natureza do rol do ISS entre a relatora e os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Contudo, o voto que prevaleceu foi o da relatora Ministra Rosa Weber, por entender que havia validade na lista ser determinada de forma que possibilitasse a interpretação extensiva, afirmando, inclusive, não ver óbices constitucionais contra a técnica legislativa utilizada.

Deste modo, têm-se que nos termos do Tema 296, do STF, a lista de serviços sujeitos à tributação do ISS, a que se refere o art. 156, III, da CF, é taxativa, admitindo-se, todavia, a incidência do tributo sobre as atividades inerentes aos serviços elencados em lei em razão da interpretação extensiva.

Reconhecendo-se, portanto, que os serviços tributáveis pelo ISS são taxativos, porém interpretados extensivamente, há uma decorrência de suma importância para o enquadramento das Sociedades de Agentes Autônomos de Investimento como aptos a se sujeitar ao ISS-FIXO.

Conforme dito anteriormente, a atividade dos assessores de investimento consiste na atuação como preposto de instituição integrante do sistema de distribuição de valores mobiliários, prospectam e captam clientes, fazem recebimento e registros de ordens, prestam informações especializadas sobre serviços financeiros oferecidos pelas corretoras,

portanto, apresentam o mercado de investimento para os clientes.

Assim, tem-se o exercício da profissão de agente autônomo de investimento, diretamente ligada ao mercado de capitais, como similar, se não a mesma e concorrente com a função de um economista, isso é, o exercício do esclarecimento, permitir a visibilidade.

“O papel do economista é fornecer as bases de uma compreensão dos fenômenos e de sua base teórica. A ele cabe fornecer a inteligibilidade, a visibilidade. O economista deve ver. [...] o economista se erige diretamente à condição de conselheiro do príncipe, de detentor dos princípios normativos da ação.”⁵⁸

Desse modo, exerce o Assessor de Investimento a mesma função – é o conselheiro do “príncipe”, sendo estes aqueles últimos para o qual oferece os produtos do mercado de capitais.

Não estaria, portanto, a atividade de agente autônomo de investimento embarcada como economista – atividade elencada no Decreto Lei 406/68 como sujeita ao ISS-FIXO – através de uma interpretação extensiva de “economista”?

Uma vez que desempenham função similar, muitas vezes idêntica, acredita-se que sim, visto que permitir a duas classes distintas, que exercem funções similares, com as mesmas características organizacionais, regimes tributários distintos, haverá violação à isonomia tributária, com todas as suas repercussões na ampla concorrência.

CONCLUSÃO

Deste modo, acredita-se ser possível a sujeição de sociedades de assessores de investimento ao ISS-FIXO, a partir de duas premissas diferentes.

A primeira, aliada a interpretação consolidada do STF acerca da natureza e constitucionalidade o ISS-FIXO, não sendo uma isenção tributária, mas sim, um regime próprio de apuração, de que estas sociedades de agentes autônomos de investimento, enquanto detentoras de todos os requisitos legais para a sujeição

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso Extraordinário nº 784.439/DF. Recorrente: Banco Sudameris Brasil. Recorrido: Município de Maceió. Relatora: Ministra Rosa Weber. Tema 296 da repercussão geral. 29/06/2020

⁵⁸ LORINO. Philippe. O Economista e o Administrador. Elementos de microeconomia para uma nova gestão. Tradutor; Ronaldo Antonelli; Nobel – São Paulo. 1992.

ao ISS-FIXO podem o fazer, apesar de não haver referência expressa no Decreto Lei 406/68.

Em segundo lugar, através de uma interpretação extensiva do item "economista", conforme decisão paradigma do STF acerca da interpretação dos itens tributáveis pelo ISS, uma vez que similar, se não idêntico em vários casos com a atividade de agente autônomo de investimento, também possível sua sujeição a partir desta segunda hipótese.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. Hipóteses de incidência tributária. 6. ed., 10ª tiragem. 2009.

BARRETO. Aires F. ISS na Constituição Federal e na Lei. 4.ed. São Paulo: Noeses, 2018.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 406, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1968, que estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências. Art. 9, §3º.

BRASIL. Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, que d. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências.

BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002, que institui o Código Civil.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

BRASIL. Resolução CFC Nº 803/96, que aprova o Código de Ética Profissional do Contador – CEPC

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Recurso Especial nº 1512652/RS. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 17.03.2015. DJE 30.03.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1205175/RO. Relator Ministro Luiz Fux. 26.10.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Recurso Especial nº 713.752/PB. Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 18.8.2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Recurso Especial nº 758916/PR. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, de 20.10.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Recurso Especial nº 855.483/PR. Relator Ministro Luiz Fux, DJe 11/09/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (segunda turma). Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 425.635/PE, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 16.12.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Distrito Federal). Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.016.668/DF. Recorrente: Companhia Do Metropolitano Do Distrito Federal Metro DF. Recorrido: Bruno Erckmam Fernandes De Araujo Sobrinho. Relatora: Ministra Rosa Weber. 07 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso Extraordinário nº 784.439/DF. Recorrente: Banco Sudameris Brasil. Recorrido: Município de Maceió. Relatora: Ministra Rosa Weber. Tema 296 da repercussão geral. 29/06/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso Extraordinário nº 940.769/RS. Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Rio Grande do Sul - OAB/RS. Recorrido: Município de Porto Alegre, Relator: Ministro Edson Fachin. 24 de abril de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 220.323-3/MG. Recorrente: município de Belo Horizonte. Recorrida: Base Projetos e Consultoria S/C LTDA.. Relator: Ministro Carlos Velloso. p. 09. 26 de maio de 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 236.604-7/PR. Recorrente: município de Curitiba. Recorrido: Assis Gonçalves de Kloss Neto sociedade de advogados. Relator: Ministro Carlos Velloso. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 236.604-7/PR. Recorrente: município de Curitiba. Recorrido: Assis Gonçalves de Kloss Neto sociedade de advogados. Relator: Ministro Carlos Velloso. p. 14, 1999.

BRIGAGÃO. Gustavo. GRILLO. Pedro. O imposto sobre Serviços e as Sociedades Profissionais. In: PINTO. Alexandre. BRIGAGÃO. Gustavo. BARRETO. Ayres

(Coords.) Questões polêmicas do regime tributário de ISS das Sociedades profissionais. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 26. ed. Editora Saraiva, 2014.

CARVALHO. Paulo de Barros. Direito Tributário: linguagem e método. – 7. ed. Rev. – São Paulo: Noeses, 2018. ISBN: 978-85-8310-104-8.

COELHO. Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.2.

COELHO. Fábio Ulhoa. Parecer: Da impossibilidade de atribuição de natureza empresarial a escritório de advocacia. In: PINTO. Alexandre. BRIGAGÃO. Gustavo. BARRETO. Ayres (Coords.) Questões polêmicas do regime tributário de ISS das Sociedades profissionais. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). Resolução número 16, de 09 de fevereiro de 2021.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). Resolução número 178, de 14 de fevereiro de 2023.

DACOMO. Natalia de Nardi. O critério material da hipótese de incidência do imposto sobre serviços. 2005. – PUC/SP, São Paulo. 2005. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7370/1/iss2005.pdf>. Acesso em 18/09/2022.

FRANÇA. Novaes. AZEVEDO. Erasmo Valladão. A distinção entre sociedades simples e empresárias; A sociedade que tem por objeto serviços de natureza intelectual caracteriza-se como sociedade simples, qualquer que seja a sua forma de organização e o tipo que adote. In: PINTO. Alexandre. BRIGAGÃO. Gustavo. BARRETO. Ayres (Coords.) Questões polêmicas do regime tributário de ISS das Sociedades profissionais. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

GIL, Antonio Carlos. Como Elaborar Projetos de Pesquisa. São Paulo, editora Atlas S.A. 2002, 4. ed.

LORINO. Philippe. O Economista e o Administrador. Elementos de microeconomia para uma nova gestão. Tradutor; Ronaldo Antonelli; Nobel – São Paulo. 1992.

MACHADO SEGUNDO. Hugo de Brito. ISS E SOCIEDADES PROFISSIONAIS. In: PINTO. Alexandre. BRIGAGÃO. Gustavo. BARRETO. Ayres (Coords.) Questões polêmicas do regime tributário de ISS das Sociedades profissionais. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

MARTINS. Ives Gandra da Silva. RODRIGUES. Marilene Talarico Martins. ISS – Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza e a tributação das sociedades uniprofissionais – serviços prestados por seus sócios de natureza personalíssima. Aplicação do Decreto-Lei nº 406/68, art. 9º, §§ 1º e 3º – recepção pela CF/88 – incidência da súmula nº 663 do STF. A forma societária limitada não é elemento axial para definir o sistema de tributação do ISS. Afastado o caráter empresarial – ausência dos meios de produção e comércio, à luz do entendimento do STJ. In: PINTO. Alexandre. BRIGAGÃO. Gustavo. BARRETO. Ayres (Coords.) Questões polêmicas do regime tributário de ISS das Sociedades profissionais. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

MARTINS. Ives Granda da Silva. O ISS na constituição de 1988 e na anterior. Revista dos Tribunais. v. 653/1990. 1990. In: Doutrinas Essenciais de Direito Tributário. v. 5. 2011.

MOREIA. André Mendes. SANTOS. Mariane Andreia Cardoso dos. Requisitos para caracterização da sociedade profissional para fins da sistemática de incidência do ISS por alíquota fixa per capita prevista pelo art. 9º, §3º, do DL nº 406/68, à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores: a legislação do Município de Belo Horizonte como exemplo. Belo Horizonte: Rev. de Fórum de Direito Tributário – RFDT. 2015.

PEIXOTO. Euler da Cunha. A responsabilidade dos sócios nas sociedades de advogados. Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. n. 52. p. 79 – 96. jan./jun. 2008.

REIS. Antonio Carlos Nogueira. Peculiaridades do ISS – Aspectos históricos. Revista Tributária e de Finanças Públicas. v. 47/2002. In: Doutrinas Essenciais de Direito Tributário. v. 5. 2011.

SÃO PAULO. Lei nº 17.719, de 26 de novembro de 2021, que dispõe, dentre outros temas, sobre alterações na legislação tributária municipal.

SILVA. Jonas Lopes da. FOGAÇA. Andreone Leandro. Da (in)constitucionalidade da tributação fixa do ISS. Revista de Direito Público. Londrina: v. 5 n nº 1. 2010. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/7572>. Acesso em: 0 jun. 2022.

SOUSA. Rubens G. de. O imposto sobre Serviços e as Sociedades Prestadoras de Serviços Técnicos Profissionais. Revista de Direito Público 20/1972, p. 26. In: Id. 2022.

VALORANDO A PROVA ORAL COM O CBCA

OS 19 (DEZENOVE) CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO DA CREDIBILIDADE DO TESTEMUNHO



Tiago Gagliano Pinto Alberto¹

Este artigo discute o processo de avaliação da prova oral no contexto jurídico, confrontando a decisão entre valorar a prova pelo conteúdo do depoimento ou pela classificação legal de quem depõe. Questiona-se a eficácia da prova legal, considerada

¹ Pós-doutor em Filosofia (Ontologia e Epistemologia) na PUC-PR. Pós-doutor em Psicologia Cognitiva na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Pós-doutor em Direito pela Universidad de León/Espanha. Pós-doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Professor do Mestrado em Psicologia Forense da Universidade Tuiuti do Paraná. Professor da Escola da Magistratura do Estado do Paraná (EMAP), da Escola da Magistratura Federal em Curitiba (ESMAFE), da Academia Judicial de Santa Catarina, da Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT) e da Escola da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC). Instrutor da ENFAM - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Professor da Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Acre. Professor da Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco e Professor da Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Maranhão. Pesquisador estrangeiro do grupo de pesquisa "Discrecionalidad judicial y debido proceso", liderado pelo Professor Doutor Juan Antonio García Amado. Líder do Grupo de Pesquisa Direito e Mente, vinculado ao Mestrado em Psicologia Forense da Universidade Tuiuti do Paraná. Juiz de Direito Titular da 4 Turma Recursal do Poder Judiciário do Estado do Paraná. E-mail: tiagogagliano@hotmail.com

obsoleta, e propõe-se a análise de testemunhos através da metodologia do Criteria-Based Content Analysis (CBCA). O CBCA oferece um questionário de 19 critérios que auxilia na avaliação da credibilidade do testemunho, indo além da mera intuição e incluindo análises comportamentais e estratégicas. O objetivo é fornecer um catálogo de métodos baseados em fontes bibliográficas e artigos, que descarte a dependência da intuição e fortaleça a análise racional da prova testemunhal. O artigo utiliza metodologia exploratória, com amparo em fontes bibliográficas e artigos, inseridos ou não na rede mundial de computadores.

Palavras-chave: avaliação de testemunho; criteria-based content analysis; valoração da prova; psicologia do testemunho.

VALUING THE ORAL TEST WITH CBCA THE 19 (NINETEEN) CRITERIA FOR ASSESSING THE CREDIBILITY OF TESTIMONY

This article discusses the process of evaluating oral evidence in the legal context, confronting the decision between valuing the evidence based on the content of the testimony or the legal classification of those who testify. The effectiveness of legal proof is questioned, considered obsolete, and it is proposed to analyze testimonies using the Criteria-Based Content Analysis (CBCA) methodology. The CBCA offers a 19-criteria questionnaire that helps assess the credibility of testimony, going beyond mere intuition and including behavioral and strategic analyses. The objective is to provide a catalog of methods based on bibliographic sources and articles, which eliminates dependence on intuition and strengthens the rational analysis of testimonial evidence. The article uses an exploratory methodology, based on bibliographic sources and articles, whether or not included on the world wide web.

Keywords: testimony evaluation; criteria-based content analysis; valuation of the evidence; psychology of testimony.

INTRODUÇÃO

Imagine que você acaba de colher a prova oral. Foram inquiridas duas testemunhas, devidamente compromissadas, e dois informantes. Agora, na posse desse material probatório, você deverá empreender a valoração do que fora mencionado. Como fazê-lo e a partir de qual critério metodológico?

De saída, você precisará tomar a seguinte decisão: valora a prova com base no conteúdo, isto é, a partir do que disseram as pessoas inquiridas; ou com esteio na classificação legal, isto é, tendo sido a pessoa inquirida como testemunha ou informante. Este último critério parece estar alinhado ao vetusto sistema da prova tarifada, estabelecendo que, em função do compromisso, o depoimento prestado por uma testemunha teria valor probatório superior às declarações fornecidas por informante (Fenoll, 2010, p. 41-46).

Convicto de que a prova legal (ou tarifada) já não é o ideal a ser perseguido pelo sistema jurídico-positivo e que a própria distinção entre testemunha e informante não se presta a resolver principalmente os casos mais complexos em que os depoimentos e declarações se afiguram díspares e pulverizados em muitos e complexos caminhos fáticos possíveis, você, o decisor, simplesmente não sabe a que recorrer para examinar a massa fática gerada a partir da leitura dos fatos pelas pessoas inquiridas.

Há, obviamente, muitos caminhos possíveis, desde aportes filosófico-epistemológicos, até abordagens mais vanguardistas da neurociência, passando pela análise comportamental-estratégica. Nesse artigo, exploraremos uma das metodologias sugeridas pela psicologia do testemunho, o CBCA (Criteria-Based Content Analysis), cujas bases estão assentadas tanto no exame do conteúdo como eventualmente da maneira como a pessoa inquirida se portou.

Veremos, nos limites em que o artigo propicia, o questionário com 19 (dezenove) critérios que perfazem o CBCA, a fim de que ao final do trabalho o leitor possa ter em mãos um catálogo de métodos de utilização possível para que possa defenestrar de vez a ideia pouco racional e até de risível de que a mera intuição, por si só e lastreada unicamente na

experiência, seja capaz de figurar como o fiel da balança quanto à credibilidade ou não de um testemunho.

O artigo pretende utilizar metodologia exploratória, com amparo em fontes bibliográficas e artigos, inseridos ou não na rede mundial de computadores.

1 O CBCA (Criteria-Based Content Analysis).

A análise do conteúdo baseada em critérios (CBCA) figura como um dos momentos de aplicação do protocolo SVA (*Statement Validity Assessment*), utilizado para análise da credibilidade do testemunho (Undeutsch, 1982, p. 27-56). Não é o único e tampouco unânime¹ entre os pesquisadores do tema, conquanto apresente sólidos estudos a respeito da sua funcionalidade e efetividade.

O SVA, no qual o CBCA se insere, tem como premissa a conhecida "Hipótese de Undeutsch", segundo a qual a "memória de eventos experimentados e de eventos imaginados são refletidas de maneiras diferentes nas descrições dos correspondentes eventos" (Undeutsch, 1982). A ideia é que, por meio de vários critérios divididos em 05 (cinco) grupos, como se verá adiante, seja possível identificar a maior ou menor coincidência entre o evento narrado e o ocorrido.

O SVA é composto por três partes: 1) entrevista semiestruturada, ou seja, a entrevista narrativa livre, com alguns critérios definidos; 2) análise de conteúdo nos critérios do CBCA; e 3) avaliação dos resultados do CBCA usando a Lista de Verificação de Validade. A entrevista semi-estruturada envolve um formato narrativo que, ao contrário de outros tipos de entrevista como a normal, interrogativa ou estruturada, facilita a emergência de critérios (VRIJ, 2005). Além disso, esse tipo de entrevista gera mais informações (Memon, Meissner, & Fraser, 2010), o que atende ao requisito de que a análise de conteúdo dos critérios do CBCA seja realizada em material suficiente (Köhnken, 2004; Steller, 1989).

O conceito inicial do CBCA foi aprimorado e sistematizado por Steller e Köhnken (Steller, M.; Köhnken, G., 1989) e atualmente conta com 19 (dezenove) critérios a serem contrastados com o conteúdo das declarações, dispondo, ainda, de uma

¹ Embora existam muitas vantagens para o uso do CBCA, também se constata críticas. Por exemplo, alguns pesquisadores apontam que a validade do CBCA pode ser afetada por vários fatores, como a personalidade e a experiência de vida do entrevistado, a natureza do evento em questão e a habilidade do entrevistador. Entre outros, consultar: VOLBERT, R.; STELLER, M. (2014). Is this testimony truthful, fabricated, or based on false memory? Credibility assessment 25 years after Steller and Köhnken (1989). *European Psychologist*, 19(3), 207-220. VRIJ, A. (2005). Criteria-Based Content Analysis: A Qualitative Review of the First 37 Studies. *Psychology, Public Policy, and Law*, 11(1), 3-41.

PORTER, S., & YUILLE, J. C. (1996). The language of deceit: An investigation of the verbal clues to deception in the interrogation context. *Law and Human Behavior*, 20(4), 443-458. Manzanero e González também sustentam que os 19 critérios são, em realidade, de observação e não de credibilidade do testemunho, motivo pelo qual propõem outro método, o HELPT (MANZANERO, Antonio L.; GONZÁLEZ, José Luis. Obtención y valoración del testimonio: protocolo holístico de evaluación de la prueba testifical (HELPT). Madrid: Ediciones Pirámide, 2023).

metodologia de entrevista cognitiva e uma lista de verificação, que não serão abordadas nesse artigo. Quanto aos critérios, há divisão em cinco categorias: características gerais, conteúdos específicos, peculiaridades do conteúdo, conteúdos relacionados à motivação e elementos específicos do delito. Acerca da sua utilização por profissionais diversos da psicologia, há controvérsia. O cenário ideal, segundo alguns autores, seria o de que, sobretudo nos casos de abusos sexuais infantis, 02 (dois) psicólogos treinados na metodologia realizassem a entrevista e análise dos critérios, avaliando o entrevistado em um primeiro momento e depois, por intermédio do duplo *blind*, fizessem o batimento dos resultados da pontuação pertinente aos critérios (Manzanero; González, 2023, p. 149-175) em conjunto com a lista de verificação. Esse, no entanto, é o cenário ideal e não, infelizmente, aquele com o qual contamos no cotidiano forense, de modo que nesse trabalho opta-se por indicar os critérios e sugerir narrativas a que a estes se adequam, ou não, destacando também a forma equivocada de inquirição. Não há, com isso, qualquer sugestão no sentido de que os juízes – e operadores do Direito de uma maneira geral – venham a substituir os psicólogos em seu importante mister, tampouco que os psicólogos sejam os responsáveis por decidir se uma versão deve ser compreendida como acertada, ou não, tarefa que se insere na competência dos juízes e Tribunais.

Vejamos, então, como se apresentam os critérios e exemplos de sua aplicação.

2 CARACTERÍSTICAS GERAIS

Os critérios referentes às características descritivas são os seguintes: i) estrutura lógica; ii) elaboração desestruturada (apresentação desorganizada); e iii) quantidade de detalhes (abundância de detalhes, ou fatos distintos).

Passemos à análise de cada um, com exemplos de respostas, adequadas ou não aos critérios em seguida destacados.

2.1. ESTRUTURA LÓGICA.

O critério da estrutura lógica sugere que o relato seja coerente, com conteúdo lógico, em que todas as facetas da dinâmica fática se apresentem adequadas sob o ponto de vista racional. Raskin e Esplin (1991) destacam, contudo, que detalhes peculiares e únicos, ou complicações inesperadas durante o incidente não diminuem a estrutura lógica. Nesse critério, as contradições e a presença de elementos

incompatíveis com a realidade devem ser verificadas, a fim de se pontuar como ausente, presente, ou marcadamente presente².

Para esse critério resulta importante diferenciar entre (a) contradição; e (b) inconsistência. Um relato será contraditório quando se contradiz em relação a eventos objetivos, ou, ainda, no tocante ao que o narrador informou de maneira precedente. Ao contrário, será inconsistente se forem verificados detalhes adicionais que criam novos aspectos obscuros, ou que o declarante não logra explicar ou resolver.

Vejamos exemplos de respostas nos casos dos crimes de furto (art. 155, CP, e estupro, art. 213), que se adequam, ou não, ao critério em exame:

✓ Furto

Declaração que se adequa ao critério de estrutura lógica:

"Quando saí do meu escritório para almoçar, travei a porta. Quando voltei uma hora depois, percebi que a janela estava arrombada e meu laptop tinha desaparecido."

Declaração que não se adequa ao critério de estrutura lógica:

"Quando saí do meu escritório para almoçar, travei a porta e as janelas. Quando voltei apenas 10 minutos depois, percebi que a janela estava arrombada, mas o alarme da janela não soou, e meus colegas no escritório ao lado não ouviram coisa alguma."

Neste último exemplo, há inconsistências que comprometem a lógica: se a janela estava travada e foi arrombada, o alarme deveria ter soado e os colegas, se estavam realmente próximos, deveriam ter ouvido algo, especialmente em tão curto espaço de tempo.

✓ Estupro:

Declaração que se adequa ao critério de estrutura lógica:

"Depois de sair da festa, ele me ofereceu carona. No caminho, desviou para um beco escuro, onde me forçou a fazer coisas contra a minha vontade, ameaçando-me com uma faca."

Declaração que não se adequa ao critério de estrutura lógica:

"Depois de sair da festa, ele me ofereceu carona e eu aceitei. Durante a carona, ele me atacou, mas consegui fugir e corri por quase uma hora. Depois, cheguei em casa em apenas 5 minutos de caminhada."

O segundo exemplo apresenta uma incoerência temporal e espacial. Se a vítima correu por

² Há divergência no esquema de pontuação dos critérios do CBCA. Alguns consideram acertada a pontuação mencionada no texto (0, 1 e 2), ao passo que outros entendem de maneira diversa. Nesse critério que adotamos, 0 significa ausente, 1 presente e 2 marcadamente presente. Nesse estudo (VRIJ, A. (2005). Criteria-

Based Content Analysis: A Qualitative Review of the First 37 Studies. Psychology, Public Policy, and Law, 11(1), 3-41), Vrij analisa vários estudos de CBCA e discute diferentes metodologias de pontuação.

quase uma hora, como poderia estar a apenas 5 minutos de casa?

2.2 ELABORAÇÃO DESESTRUTURADA (APRESENTAÇÃO DESORGANIZADA)

Na produção desestruturada são apresentadas informações dispersas por toda a declaração, sem seguir uma ordem cronológica e estruturada, com inconsistências e contradições. As interconexões entre o evento e sua correspondente progressão devem estar claras, ainda que, em muitos casos, o conteúdo não siga uma ordem cronológica e, eventualmente, até mesmo pareça errático. O que se avalia aqui não é a maneira como o relato é contado, senão a sua consecução que necessariamente terá que revelar início, meio e fim. Se o entrevistado pula etapas cruciais, ou não há sentido na sequência que apresenta o relato, o grau de corroboração neste critério deverá ser considerado ausente.

Para análise desse critério, que tem o anterior (estrutura lógica) como pré-requisito, é importante considerar as habilidades verbais do declarante, porque pode ocorrer de que o narrador cometa, por exemplo, erros gramaticais, ou apresente orações estruturadas de maneira complexa sem que isso, por si só, represente uma elaboração desestruturada. O critério é, portanto, pessoal e deverá ser analisado conforme o narrador e não de acordo com a organização mental do decisor.

Especial relevância aqui deve ser conferida a alguns neurodivergentes que revelam complexidades na elaboração dos seus relatos, mas que, a despeito dessa peculiar forma de relatar eventos passados, não malferem o critério destacado (Manzanero, A. L., Recio, M., Alemany, A., & Cendra, J, 2013).

Vejamos exemplos.

✓ Roubo:

Declaração que se adequa ao critério de elaboração estruturada:

"Estava voltando do trabalho por volta das 18h e decidi passar no caixa eletrônico para sacar dinheiro para as despesas da semana. Assim que saí do banco e comecei a caminhar pela rua, um homem de moletom vermelho se aproximou, mostrou uma faca e exigiu que eu lhe desse o dinheiro. Entreguei sem resistir e ele fugiu a pé."

Declaração que não se adequa ao critério de elaboração estruturada:

"Estava no caixa eletrônico durante a tarde. Um homem veio até mim e disse que gostava do meu sapato. Depois, já era noite e ele mostrou uma faca. Acho que saquei dinheiro, mas não me lembro."

No segundo exemplo, a sequência de eventos é confusa e falta uma progressão lógica entre as ações.

✓ Estelionato:

Declaração que se adequa ao critério de elaboração estruturada:

"Recebi um e-mail do que parecia ser minha operadora de cartão de crédito na segunda-feira. O e-mail dizia que havia uma pendência na minha conta e pedia que eu clicasse em um link para resolver a situação. Ao clicar no link, foi solicitado que eu inserisse detalhes do meu cartão. Na quarta-feira, descobri várias compras não autorizadas no meu extrato."

Declaração que não se adequa ao critério de elaboração estruturada:

"Recebi um e-mail de alguém, talvez minha operadora de cartão ou o banco, não tenho certeza. Depois, notei algumas compras estranhas no meu cartão. Ah, o e-mail tinha um link, acho que cliquei. Eles mencionaram algo sobre uma pendência, ou talvez tenha sido uma promoção?"

No segundo exemplo, o relato é confuso e desorganizado. O narrador não está certo sobre a fonte do e-mail, a ordem dos eventos não é clara e há incerteza sobre o conteúdo do próprio e-mail. Esse tipo de relato carece de uma sequência lógica e estruturada de eventos.

Para verificar a ocorrência desse critério, o decisor deve se perguntar: (a) se a sequência dos eventos se revela desorganizada, ou seja, com descrição desarticulada e errática; (b) se é possível correlacionar os segmentos individuais do relato com o objetivo de elaborar um todo coerente e, com isso, melhorar a consistência lógica; (c) se a ordem cronológica é frequentemente interrompida; e (d) se a descrição é incompreensível.

2.3 QUANTIDADE DE DETALHES.

Nesse critério, o que se avalia não é se há detalhes demais, ou não. Em realidade, o que se verifica é se os critérios se ajustam às descrições de lugar, tempo, pessoas, objetos e eventos (Raskin e Esplin, 1991). O ideal é que os detalhes sejam ofertados em quantidade suficiente para que o ouvinte o compreenda e não que quaisquer minúcias, ou ínfimas minudências, venham à tona, embora, se vierem, isso não reduza automaticamente a credibilidade.

Ademais, memórias baseadas em experiências reais geralmente contêm mais detalhes sensoriais, contextuais e temporais do que histórias inventadas, porque as pessoas tendem a lembrar de peculiaridades, emoções e detalhes específicos quando revivem eventos reais. Em contraste, histórias fabricadas podem ser mais vagas, genéricas ou carecer de detalhes específicos.

Vejamos um exemplo, no contexto do abuso infantil.

Declaração que se adequa ao critério de quantidade de detalhes:

"Eu tinha cerca de 7 anos, lembro que estava usando meu vestido azul com estampas de estrelas. Era um sábado ensolarado, porque ouvi os pássaros cantando pela janela. O Sr. João, vizinho da casa ao lado, me chamou para sua casa prometendo mostrar um novo brinquedo. Dentro de sua casa, no quarto de hóspedes que tinha papel de parede amarelo desbotado, ele fez coisas comigo. Lembro-me do cheiro de seu perfume, um aroma forte que me fez sentir náuseas, e da música que tocava no rádio, uma melodia triste que nunca esqueci."

Declaração que não se adequa ao critério de quantidade de detalhes:

"Quando era mais jovem, o vizinho me fez ir à casa dele. Ele fez coisas ruins comigo. Não lembro quando foi ou como estava a casa, mas sei que foi ruim."

A primeira declaração contém uma série de detalhes específicos: a idade da criança, a descrição da roupa, a descrição do dia, o nome do abusador, detalhes da casa do abusador, e lembranças sensoriais como o cheiro e a música. A segunda declaração é vaga e carece de detalhes específicos sobre o incidente.

Uma importante nota final sobre esse critério, contudo. Conquanto o critério da quantidade de detalhes possa ser uma ferramenta útil, não é definitivo. Algumas vítimas podem suprimir ou esquecer detalhes traumáticos, enquanto outras podem recordar com precisão. Cada caso é único e deve ser avaliado com cuidado e sensibilidade. A presença ou ausência de detalhes não determina automaticamente a veracidade de uma declaração, sendo apenas mais um critério, em conjunto com outros, para corroborar ou não a reconstrução do evento tal como sustentado.

3 CONTEÚDOS ESPECÍFICOS

Os critérios referentes aos conteúdos específicos são os seguintes: i) engrenagem contextual (localização da narrativa no espaço e tempo); ii) descrição de interações (cadeia de ações entre o entrevistado e outros atores); e iii) reprodução de conversas; iv) complicações inesperadas durante o evento.

Nesse segmento dos critérios mencionados, não são avaliados apenas a quantidade dos detalhes oriundos da declaração, mas também o grau de presença desses mesmos detalhes, o que equivale a dizer que a qualidade dos elementos descritos cobra importância para pontuação quanto à presença ou não dos critérios oriundos dessa análise.

Passemos à análise de cada um, com exemplos de respostas, adequadas ou não, aos critérios em seguida destacados.

3.1 ENGRENAGEM (OU ENCAIXE) CONTEXTUAL

Nesse ponto, a narrativa deve ser avaliada dentro de contextos temporais e espaciais, devendo ser verificada a congruência entre o comportamento do entrevistado e a maneira como relatado o evento. As circunstâncias situacionais da pessoa (Zaparniuk, Yulle E Taylor, 1995) no momento do suposto evento (tempo e lugar) devem ter relação com o evento principal.

Em síntese, deve ser verificado se o conteúdo da narrativa revela lugares, horários, biografia, contextos espacial, temporal, biográfico, pessoal e hábitos presentes.

Por contexto espacial, deve-se entender, por exemplo, nomes de logradouros, descrição de posições, locais, estabelecimentos etc; por contextos temporais a data, hora, duração, ao amanhecer, anoitecer etc; por contextos biográficos os eventos pessoais relacionados à história da situação (durante a realização do meu curso de doutorado em Harvard); por contextos pessoais a compatibilidade entre a conduta e os traços de personalidade das pessoas envolvidas (agressão levada a cabo por alguém com personalidade mais agressiva etc); por hábitos deve ser observado o estilo de vida e a sua relação com o evento recordado (por exemplo, a pessoa que usualmente consome muita bebida alcoólica e, por isso, tem dificuldades para recordação de eventos baseados em memórias recentes).

Cuidado para não confundir, nesse critério, as características pessoais com os enfoques estereotipados, como, por exemplo, "como se comportam as mulheres, ou os homens em tal situação". Isso não é um exemplo de contexto pessoal, mas sim um desvio cognitivo baseado em um viés que produz uma compreensão equivocada na percepção da realidade (Alberto, 2022).

Vejamus exemplo desse critério em relação ao contrato de locação de imóvel urbano residencial.

Declaração que se adequa ao critério de engrenagem contextual:

"Aluguei o apartamento na Rua das Flores, número 123, em janeiro de 2022. A imobiliária Martins & Associados me passou um contrato de 12 meses. O proprietário, Sr. Carlos, me disse na ocasião que tinha reformado o banheiro recentemente e esperava que eu mantivesse o local em bom estado. Em junho, quando a estação de chuvas começou, percebi uma infiltração na parede do quarto, perto da janela. Informei à imobiliária, e eles me prometeram resolver, mas nada foi feito. Por causa disso, decidi sair em setembro e agora estão me cobrando pelos meses restantes do contrato."

Declaração que não se adequa ao critério de engrenagem contextual:

"Aluguei um apartamento no começo do ano. Depois de um tempo, tinha algo errado com uma das paredes. Acho que informei alguém sobre isso. Saí mais cedo e agora querem que eu pague mais."

A primeira declaração é rica em detalhes contextuais: temos a localização exata do imóvel, a data de início do contrato, a duração, a imobiliária envolvida, a identificação do proprietário, um detalhe específico sobre o imóvel (banheiro reformado) e uma sequência clara de eventos. Esses detalhes enriquecem a narrativa e a tornam contextualmente integrada.

A segunda declaração, em contraste, é vaga e carece de detalhes contextuais que ancorariam a história em uma realidade específica. Ela não fornece informações claras sobre quando e onde o aluguel ocorreu, quem estava envolvido, ou o que especificamente deu errado com o imóvel.

Novamente, é importante mencionar que, embora a engrenagem contextual possa ser uma ferramenta útil na avaliação da veracidade de uma declaração, não é definitiva. A presença ou ausência de detalhes contextuais deve ser considerada junto com outros fatores ao avaliar a veracidade de uma declaração.

3.2 DESCRIÇÃO DE INTERAÇÕES

Este critério está relacionado às correlações entre ações e reações, mutuamente dependentes entre si. Em realidade, quanto mais complexa a cadeia de interações, maior o nível esperado de descrição das correlações entre ações e reações (Zaparniuk, Yulle E Taylor, 1995).

Observe o seguinte relato que se adequa ao critério da "descrição de interações":

"Quando entrei na loja, percebi que o segurança estava conversando com o caixa. Ele comentou algo sobre como estava preocupado com os recentes furtos no bairro. O caixa riu e disse que eles tinham um sistema de segurança confiável e que ele não deveria se preocupar. Enquanto observava essa troca, uma mulher ao meu lado murmurou para seu amigo que ela pensava que a loja estava se tornando descuidada com a segurança. Depois, fui até a seção de eletrônicos e vi dois funcionários checando as câmeras de segurança. Um deles estava instruindo o outro sobre como ajustar o ângulo para uma visão mais ampla da entrada."

Este relato mostra várias interações sociais e comunicações: entre o segurança e o caixa, entre a mulher e seu amigo, e entre dois funcionários. Há uma riqueza de detalhes sobre como essas interações ocorreram e o conteúdo de suas comunicações.

Agora observe um relato que não se adequa ao critério da "descrição de interações":

"Fui à loja de eletrônicos para comprar um novo telefone. O lugar estava movimentado, com muita gente olhando as mercadorias. Achei que o segurança não estava prestando muita atenção. Eu vi um monte de câmeras no teto, mas ninguém parecia estar realmente

olhando para elas. Depois de escolher o telefone e pagar por ele, fui embora."

Este relato é vago quanto às interações sociais: não há descrições específicas de diálogos ou interações entre o narrador e os funcionários ou entre os funcionários e os clientes. A menção do segurança e das câmeras não envolve qualquer interação descrita. O foco está nas observações do narrador, em vez de nas interações sociais.

3.3 REPRODUÇÕES DE CONVERSAS

Este critério considera a reprodução do conteúdo das conversas que ocorreram e, bem assim, as expressões de cada um dos envolvidos. Importa aqui verificar se se encontra claro quem disse o que e em qual circunstância.

Alguns exemplos que não atendem a esse critério podem ser os seguintes:

"Durante a tarde, enquanto estava trabalhando, ouvi quando disseram que aquela mulher foi assediada"; ou "perguntamos a algumas pessoas que estavam presentes e viram o acidente qual dos carros furou o semáforo".

Essas narrativas são vagas e as declarações não podem ser aproveitadas, justamente porque não podem ser identificados aqueles que apresentaram a versão destacada.

Observe o relato que se adequa ao critério em análise:

"Quando eu estava prestes a sair da loja com as compras, ouvi o gerente argumentando com um funcionário atrás do balcão. O gerente disse, 'Eu já te avisei sobre deixar o estoque sem supervisão, isso não pode acontecer de novo.' O funcionário parecia frustrado e respondeu, 'Foi só por um minuto, eu tinha que atender um cliente. Não vamos perder nada, eu estava de olho na área o tempo todo.' Eu lembro que eles pararam de discutir quando perceberam que os clientes estavam ouvindo."

Este relato inclui a reprodução específica de um diálogo entre duas pessoas, oferecendo detalhes sobre as falas e o contexto, o que enriquece o relato e o torna mais credível de acordo com o CBCA.

Observe o relato que não se adequa ao critério:

"Enquanto eu estava pagando pelos itens, notei que o gerente da loja estava no balcão, e ele parecia estar tendo uma discussão com um dos funcionários. Não consegui ouvir o que diziam, mas eles pareciam bastante sérios. Achei estranho, mas não prestei muita atenção e saí da loja rapidamente após receber meu troco."

Este relato menciona a observação de uma conversa, mas não inclui reprodução ou detalhe do que foi dito. A falta de detalhes sobre o conteúdo da

conversa faz com que o relato não atenda ao critério em exame.

A reprodução de conversas em um relato adiciona um nível de detalhe que sugere que o narrador está compartilhando uma memória específica e vivida, aumentando a credibilidade da narrativa. A ausência de tais detalhes pode ser um sinal de que a narrativa é menos confiável ou menos detalhada, embora a falta de reprodução de conversas por si só não invalide completamente um relato.

3.4. Complicações inesperadas durante o evento

Esse critério avalia a ocorrência de situações inesperadas sob o ponto de vista do perpetrador e não da vítima, como, por exemplo, uma tentativa de fuga, ou reação inesperada por um terceiro. O evento, em si, não pode ser considerado algo inesperado (Vrij E Ganis, 2014).

O relato abaixo figura como um exemplo que se adequa ao critério destacado, considerando um caso de alienação parental de um menor de idade perpetrada pelo genitor. Vejamos:

"Eu tinha planejado levar o Lucas para o parque como sempre faço aos sábados. Mas desta vez, quando estávamos saindo, ele começou a chorar e disse que queria esperar pela mãe, que tinha prometido levá-lo para ver um filme novo. Fiquei surpreso porque ela não tinha me dito nada sobre seus planos, e isso nunca tinha acontecido antes. Tentei conversar com ele para entender o motivo da mudança repentina, e foi quando ele me disse que a mãe tinha comentado que eu provavelmente estaria muito ocupado para me divertir com ele. Tivemos que passar a tarde em casa discutindo sobre o que tinha acontecido e tentando acalmá-lo."

Esse relato mostra uma complicação inesperada: o comportamento do filho muda subitamente devido a um comentário feito pelo outro genitor, o que pode ser um indício de manipulação emocional.

Agora vejamos um relato que não se adequa ao critério, considerando a Alienação Parental:

"Quando chega o fim de semana, o Lucas sempre fica relutante em ir comigo. Ele apenas diz que prefere ficar com a mãe e não dá outros motivos. Tudo é sempre muito direto; ele nunca quer participar das atividades que planejo e parece apenas contar as horas para voltar para casa dela."

Este relato não mostra complicações inesperadas, mas sim um padrão contínuo de comportamento que pode ser um sinal de alienação parental. No entanto, a falta de detalhes sobre situações específicas ou eventos que poderiam ter causado uma mudança no comportamento da criança faz com que o relato seja menos ilustrativo do critério em questão.

A descrição de complicações inesperadas em casos de alienação parental pode fornecer informações importantes sobre a dinâmica familiar e a influência de um genitor sobre as emoções e atitudes da criança. Relatos que contêm esses elementos podem ser considerados mais detalhados e potencialmente mais credíveis.

4. PECULIARIDADES DO CONTEÚDO

O objetivo desse critério é a avaliação do nível de concretude, detalhamento e clareza do relato. O critério é dividido nos seguintes: (a) detalhes não usuais; (b) detalhes supérfluos; (c) incompreensão de detalhes relatados com precisão; (d) associações externas relacionadas; (e) alusões ao estado mental subjetivo; (f) atribuições ao estado mental do perpetrador.

Vejamos como se desenvolvem esses critérios.

4.1. Detalhes não usuais

Os detalhes não usuais não devem ser irreais, ou impossíveis, apresentando-se, em realidade, quando discreparem do que se verifica em uma reação determinada para um evento.

Vejamos o exemplo de um relato que apresenta detalhe não-usual sem explicação aparente:

"Depois de ser estuprada, consegui finalmente me desvencilhar daquela situação. Eu consegui sair correndo e fechei a porta do quarto antes que ele conseguisse sair. Ele ficou gritando, batendo com as mãos na porta e dizendo que quando me pegasse bateria muito em mim, além de me estuprar de novo e de novo, quantas vezes fossem necessárias para eu aprender que quem manda em mim é ele. Eu vi a porta da cozinha aberta e, embora fosse estivéssemos em um local ermo e sem vizinhos, resolvi sair correndo para procurar ajuda. Na saída, passei a mão em um pacote de biscoitos que estava em cima da mesa e saí correndo, comendo o lanche que encontrei."

Este relato demonstra a fuga de uma pessoa agredida, estuprada e ameaçada, que logrou se desvencilhar do seu agressor, trancá-lo e ainda vencer o horror psicológico ao qual foi submetida enquanto fugia. Entretanto, de maneira surpreendente, essa pessoa, em franca atuação de fuga, lembrou-se de pegar um pacote de biscoitos que se encontrava em cima da mesa e sair correndo lanchando.

A conduta de lembrar-se de comer em um momento de fuga não é usual e, por isso, pode ser considerada como um detalhe não usual para o relato. A sua mera presença não reduz o nível de credibilidade tão somente por ter vindo à tona na descrição do evento, desde que se apresente uma justificativa razoável.

Imagine, por exemplo, que, diante do relato anterior, o decisor perguntasse ao narrador o motivo pelo qual o pacto de biscoitos apareceu na história, ao que foi respondido da seguinte maneira:

"É que sofro de hipoglicemia e até tomo remédio para isso. Então, pensei que, em razão daquela situação de agressão, se não comesse alguma coisa poderia ter uma crise e até desmaiado. Então, se eu tivesse desmaiado, ele com certeza me pegaria de volta e me agrediria ainda mais."

Diante dessa explicação, o detalhe não usual se encontra justificado, de maneira que a sua mera presença não prejudica, em termos de credibilidade o relato ofertado.

4.2 DETALHES SUPÉRFLUOS

Os detalhes supérfluos, de acordo com Vrij (2005), são aqueles em conexão com evento, mas não essenciais para a sua ocorrência. Por exemplo: a cor de uma camiseta, de um edredom, um desenho em uma colcha, uma estampa etc. Esses detalhes, quando presentes, prestam-se a aprofundar, em termos de detalhes, a narrativa dos fatos. Nesses casos, os detalhes supérfluos podem servir para corroborar uma memória eventual, ou autobiográfica (IZQUIERDO, 2018).

Vejamos os seguintes exemplos de detalhes aparentemente supérfluos, mas que podem contribuir para o esclarecimento dos fatos objeto de pesquisa.

✓ Detalhes Sensoriais:

Odores específicos: A vítima pode se lembrar de um cheiro particular no local, como o aroma de uma vela aromática ou um produto de limpeza.

Sons: Sons de fundo que podem ter sido registrados pela vítima, como o barulho de tráfego distante, música tocando em outro cômodo, ou o som de uma discussão vinda do exterior.

✓ Detalhes Contextuais:

Objetos ou brinquedos: Em casos de estupro de vulnerável, a vítima pode mencionar brinquedos ou objetos que estavam por perto ou que o agressor utilizou para atrair a atenção dela.

Programação de TV ou rádio: A lembrança de uma criança ou adolescente sobre um programa de televisão ou música que estava tocando durante ou antes do incidente.

✓ Detalhes Emocionais e Físicos:

Sensações físicas específicas: A descrição de uma sensação física que não é tipicamente discutida, como a textura de um tecido ou a sensação de uma superfície contra a pele.

Reações emocionais particulares: Reações emocionais detalhadas ao evento, que podem ser atípicas ou pessoais, como uma fixação em um detalhe aparentemente menor que trouxe conforto ou distração.

✓ Detalhes Temporais:

Eventos anteriores ou posteriores: detalhes sobre o que aconteceu imediatamente antes ou depois do incidente, como a realização de uma tarefa específica ou uma conversa com uma pessoa específica.

É importante frisar que a presença desses detalhes não prova por si só a veracidade do relato, mas eles podem ser um componente da avaliação geral da credibilidade da narrativa da vítima. Como já mencionamos anteriormente, não é a presença, ou ausência de um ou alguns dos critérios descritos que, por si só, viabilizará conclusão no sentido da ocorrência ou não do delito, mas a sua análise em conjunto, a partir de critérios de indução e abdução (Alberto, 2023).

4.3 INCOMPREENSÃO DE DETALHES RELATADOS COM PRECISÃO

Esse critério está relacionado ao desajuste entre o relato e a compreensão do seu correspondente significado por parte do narrador. Quem declara, relata algumas informações que não compreende, mas que podem ser perfeitamente entendidas por quem tenha o conhecimento da realidade mencionada.

Imagine, por exemplo, que uma criança relate ter presenciado a transação ilegal de drogas enquanto o seu genitor pedia que ficasse quieto, aguardando que ele conversasse com uma pessoa pela janela do veículo. Nesse caso, a criança ainda não compreende que está havendo um intercâmbio de droga, mas a pessoa que recebe a informação tem perfeita noção do que ocorreu.

O que caracteriza a presença do critério e, portanto, qualifica o relato, é: (a) a apresentação precisa de detalhes pelo narrador; (b) a incompreensão desses detalhes relatados pelo narrador.

Eis alguns exemplos:

✓ Tráfico de drogas:

Um jovem descreve que o irmão mais velho "sempre tinha amigos visitando e trocando pacotinhos de papel", sem reconhecer o comportamento como venda de drogas.

Uma pessoa relata detalhadamente como "havia sempre muita balança de cozinha sendo usada no quarto do amigo", sem entender que essas balanças são frequentemente usadas para pesar drogas para a venda.

✓ Alienação parental:

Uma criança conta que "mamãe/papai sempre chora depois de falar no telefone com o papai/mamãe" e que "eles dizem que não é para eu gostar de ir para a casa do papai/mamãe", sem compreender que isso pode ser uma tentativa de alienação parental.

A criança descreve como um dos pais "sempre faz jogos onde o outro é o vilão" ou como

"mamãe/papai disse que se eu falar com o juiz, eu posso ficar com ele/ela para sempre", não entendendo as estratégias de manipulação envolvidas.

✓ Roubo:

Uma criança relata que viu um homem "carregando a televisão para fora como se fosse um presente", sem entender que estava presenciando um roubo.

Uma testemunha descreve que o assaltante estava "usando luvas bonitas", não percebendo que isso poderia ser uma medida para evitar impressões digitais.

Estes detalhes relatados com precisão podem indicar um relato genuíno e são valiosos para os profissionais que avaliam a credibilidade do testemunho, especialmente em situações complexas onde a testemunha pode não ter pleno entendimento dos eventos ou das ações observadas.

4.4 ASSOCIAÇÕES EXTERNAS RELACIONADAS

Esse critério se revela presente quando, durante o relato, o narrador realiza alguma conexão subjetiva com outro evento similar, que pode ter passado a ele próprio ou a terceiro, mas que tem alguma conexão com a situação descrita. A associação revelada pela conexão a evento similar aumenta o grau de corroboração, desde que seja percebida como algo natural, não induzido por perguntas externas e sem vagueza (Köhnken, 2004).

Exemplos que se coadunam com o critério:

Em relação ao um crime de furto:

"Essa situação também ocorreu com a minha colega de classe. A única coisa diferente foi que no caso dela esse rapaz pegou o celular durante o período da tarde".

Em relação a uma ação de responsabilidade civil decorrente de acidente de trânsito:

"Também a minha vizinha já teve o carro dela batido por esse rapaz, que fica dirigindo como um louco pela nossa rua e não respeita semáforos".

Nesses casos, as associações externas, na primeira situação relacionada à colega de classe e na segunda à vizinha, demonstram conexões internas feitas pelo narrador em nível cognitivo, o que eleva a credibilidade do seu relato.

Agora vejamos exemplos que não se coadunam com o critério em voga:

"Essa situação do roubo foi complicada. Eu fiquei pensando na possibilidade de que isso ocorresse todos os dias. Se isso acontecesse, o meu comércio fecharia. Essa zona é muito perigosa. Corro esse risco".

Essa associação é vaga e hipotética, decorrendo mais do exercício de um pensamento direcionado ao futuro do que algo concreto que tenha ocorrido em relação ao narrador. A credibilidade, aqui, não se revela incrementada, porque o critério não foi atingido.

4.5 ESTADO MENTAL SUBJETIVO

O narrador descreve experiências prévias, de natureza emocional ou não, pensamentos, ou circunstâncias atinentes ao evento narrado. Nesse ponto, atenção para não correlacionar indevidamente a experiência sensorial demonstrada por intermédio do relato com o seu grau de credibilidade. Em alguns momentos, como advertido por Márcia Johnson e colaboradores, a experiência pode parecer sensorial quando, em realidade, advém de um processo interno cognitivo, complexo e intrincado, de elaboração por parte do narrador, que, inclusive, muitas vezes poderá até mesmo crer no que está relatando (Johnson, Reye, 1981).

Vejamos alguns exemplos que se coadunam com o critério:

Exemplo 1: Crime de Estupro

Contexto: Uma mulher adulta relata à polícia um incidente de estupro.

Narrativa: "Eu estava voltando do trabalho tarde da noite. Nunca imaginei que algo assim pudesse acontecer comigo. Lembro-me de cada detalhe, a frieza do ar, a pouca luz vinda dos postes. Então, ele apareceu de repente. Ele era alto, com uma voz rouca. Eu pedi para ele me deixar em paz, mas ele não ouviu. Depois... depois foi só medo e dor. Eu ainda sinto o cheiro dele, um misto de cigarro e suor. Desde então, não consigo dormir direito. Estou sempre revivendo aquele momento."

A narrativa apresenta detalhes sensoriais específicos, como o cheiro do agressor e a sensação do ar frio, e uma descrição emocional coerente com a situação traumática relatada, indicativos de um relato genuíno segundo os critérios CBCA.

Exemplo 2: Alienação Parental

"Mamãe diz que papai não nos ama. Que ele prefere a nova família dele. Ela chora muito quando fala dele. Ela diz que eu não devo gostar dele também, que ele é uma pessoa ruim. Mas eu lembro quando ele me levava ao parque. Ele parecia feliz. Agora, eu fico confuso. Não sei se devo gostar dele ou não. Mamãe fica brava quando falo dele."

A fala da criança reflete confusão e sentimentos contraditórios, típicos em casos de alienação parental. A criança expressa lembranças positivas do pai, contrastando com a narrativa negativa imposta pela mãe, o que pode indicar uma influência externa na formação da sua opinião e percepção.

4.6 ATRIBUIÇÃO DO ESTADO MENTAL DO AGRESSOR

Nesse critério, a testemunha, declarante ou vítima, descrevem, por intermédio de dados objetivos, a maneira como o agressor se portava a partir do seu estado mental. Por exemplo: suava, tremia, tinha as

mãos frias, vociferava etc. Todas essas formas de se portar representam a manifestação objetiva do estado mental do agressor, de forma que esse liame (mental – manifestação objetiva) é considerado um elemento de percepção que incrementa a credibilidade do relato.

Atenção aqui ao fato de que o que deve ser narrado é a manifestação objetiva do estado mental e não o estado mental em si. Exemplos como: parecia confuso, estava em dúvida, perdeu-se em pensamentos, podem significar, em realidade, saltos causais decorrentes da percepção do próprio narrador e não a exteriorização do que o agressor tinha em mente. O salto causal, como sabemos, é o preenchimento da realidade por parte do cérebro do narrador e não alguma manifestação objetiva de comportamento.

Exemplo 1: Estelionato.

"Quando ele me apresentou o esquema de investimento, notei que, apesar de sua fala confiante, havia sinais contraditórios. Ele frequentemente enxugava as mãos, que pareciam suar muito. Lembro-me de que ele evitava contato visual direto, olhando para o lado ou para baixo, especialmente quando falava sobre os altos retornos do investimento. Além disso, sua voz tinha uma ligeira tremulação quando ele mencionava as garantias do negócio. Depois que fiz o depósito, ele sumiu, e foi aí que percebi que esses sinais físicos eram indicativos de que ele sabia que estava enganando."

A narrativa ajustada foca em sinais físicos, como suor nas mãos, evitação do contato visual, e tremulação na voz, que podem ser interpretados como indicativos de engano ou nervosismo.

Exemplo 2: Responsabilidade Civil por Injúria Racial.

"No auge da discussão, notei que ela estava fisicamente agitada. Suas mãos tremiam e ela engolia em seco repetidamente antes de falar. Quando proferiu os insultos raciais, sua respiração estava acelerada e ela piscava com frequência. Estes sinais físicos eram evidentes e demonstravam que ela estava em um estado de raiva intensa e agressividade deliberada. Suas palavras não foram apenas um reflexo de sua raiva, mas uma expressão direta dela."

Este relato concentra-se em detalhes físicos observáveis, como tremores nas mãos, respiração acelerada e piscar frequente, que são indicativos de um estado emocional alterado e intencional.

5 CONTEÚDOS RELATIVOS COM A MOTIVAÇÃO

Nesses conteúdos, o que se avaliará é o comportamento do narrador enquanto declara o fato e conta a sua versão do ocorrido. Os critérios a serem examinados são os seguintes: (a) correções espontâneas; (b) admissão de falta de memória; (c)

dúvidas sobre o próprio testemunho; (d) auto desaprovação; (e) perdão ao acusado.

5.1 CORREÇÕES ESPONTÂNEAS

Diversamente do que se poderia imaginar em um primeiro momento, as correções espontâneas incrementam o grau de credibilidade da narrativa, ainda que isso pareça contra intuitivo. Isso se dá porque ao proceder à correção, o narrador comprova estar atuando no campo da meta memória, avaliando o seu próprio processo de recordação, e, ao encontrar algum defeito ou problema, proceder à correção. Quando o processo de meta memória se apresenta exteriorizado por intermédio da narrativa, em geral isso representa indício de que o nível de credibilidade se eleva, na medida em que quem declara está não somente recordando, mas avaliando a própria recordação de maneira crítica (Manzanero, 2023). Obviamente, contudo, a inserção de elementos de meta memória na narrativa é indicador e não a prova de que o que está sendo dito é ou não crível.

Bem por isso, as correções espontâneas deverão ser: (a) espontâneas, ou seja, realizadas pelo próprio narrador e sem qualquer auxílio externo (uma pergunta, por exemplo); e (b) de conteúdo, ou seja, atinentes ao evento e não meramente gramaticais ou de forma.

Exemplo 1: Crime de Lesão Corporal.

"Estávamos discutindo na rua, era tarde da noite. Primeiro, eu pensei que ele tinha me empurrado com as duas mãos, mas agora que lembro melhor, foi só com uma. Ele estava muito irritado e me empurrou. Eu caí e senti uma dor aguda no braço. No início, achei que tinha quebrado, mas depois percebi que era uma torção. Eu ouvi o som de algo rasgando quando caí. Ele me olhou assustado e fugiu."

A narrativa apresenta correções espontâneas que demonstram a busca por precisão nos detalhes do incidente, como a reconsideração sobre como foi empurrado e a natureza exata da lesão. Estas correções indicam um esforço para relatar os fatos de maneira precisa.

Exemplo 2: Responsabilidade Civil do Estado por Bueiro Aberto.

"Eu estava caminhando pela calçada, era meio-dia. A princípio, eu disse que o bueiro estava completamente descoberto, mas agora me lembro que na verdade uma parte da tampa estava quebrada, deixando um buraco aberto. Eu não o vi e tropecei. Caí e torci o tornozelo. No começo, pensei que tinha sido só um arranhão, mas depois vi que estava inchado. As pessoas ao redor vieram me ajudar e confirmaram que o bueiro estava perigoso assim há dias."

Esta narrativa mostra correções espontâneas sobre detalhes específicos do incidente, como o estado do bueiro e a extensão da lesão. As

revisões feitas pelo narrador indicam uma tentativa de fornecer um relato exato e detalhado do acontecimento.

5.2 ADMISSÃO DE FALTA DE MEMÓRIA

Conquanto o critério seja autoexplicativo, ou seja, revela-se presente quando o próprio narrador admite a sua falta de memória, algumas observações podem ser realizadas.

Em primeiro lugar, é, da mesma forma que o critério anterior, contra intuitivo que a admissão da falta de memória se consubstancie em algo que eleva o grau de corroboração da narrativa. Sob o ponto de vista leigo, a falta de memória muitas vezes pode ser vista como uma dificuldade de comprovação do que ocorreu. Imagine, por exemplo, que uma vítima de estupro não consiga descrever sequer a tonalidade da cor de pele do agressor. Se o decisor não souber que a falta de memória, nesse caso, atua no sentido da corroboração do que ocorreu, decerto compreenderá que a tese da agressão, em si, não está comprovada, realizando o seguinte salto causal: "Puxa, mas se sequer a cor do agressor a vítima é capaz de lembrar, como vou acreditar em seu relato?"

Pois o que ocorre é justamente o contrário. Precisamente porque não consegue recordar sequer a tonalidade da cor de pele do agressor e o reconhece em seu relato, é que o grau de corroboração do que foi descrito se eleva. Isso porque o processo de recordação não é tão simples e binário como se usualmente crê sob o ponto de vista leigo, mas muito complexo e aprofundado, gerando muitas nuances e detalhes que, obviamente, não podem ser explorados nesse trabalho.

E há ainda outros aspectos a considerar.

A admissão da falta de memória pode se dar de maneira fraca, ou forte. No primeiro caso, a fraca, o narrador apenas diz que não se lembra: "Puxa, não me lembro da cor do carro", ao passo que no segundo, o forte, a admissão da falta de memória é qualificada por uma justificativa: "Puxa, não me lembro a cor do carro, porque existiam vários carros de cores similares no local do acidente". Na segunda situação, a admissão forte, o processo cognitivo é exasperado, de maneira a demonstrar que a memória está sendo avaliada sob o ponto de vista da meta memória, o que, como já sabemos, incrementa o processo de credibilidade. O resultado, portanto, é que na admissão da perda de memória forte, ou qualificada, a narrativa será mais crível.

Outro aspecto. Quando a admissão da falta de memória se revela pertinente ao aspecto central da narrativa, como, por exemplo, no caso de a vítima relatar: "Não me lembro da cor do agressor", tal qualificará também o grau de corroboração. De outro tanto, acaso a admissão da falta de memória se apresente inserido no contexto dos elementos

periféricos, como no seguinte caso: "Não me lembro da cor das persianas no local onde ele me bateu", o nível de corroboração não será tão acentuado. Isso porque os aspectos centrais são objeto de maior foco por parte dos participantes do evento, de modo que o resultado esperado é que se recordem mais e melhor. Quando não o fazem e o reconhecem, fica claro que estão atuando no campo da meta memória e analisando a própria narrativa, em ordem a qualificá-la para si próprios. Por outro lado, quando a lembrança, ou a falta dela, se dá em nível de elementos periféricos do evento, então os detalhes não estão focados e, por isso, tampouco sugeririam uma recordação mais atenta em relação ao ocorrido (Coull; Mather; Johnston, 2010).

Agora unamos os critérios.

Exemplo de admissão forte e central da falta de memória: "Eu não me lembro da cor do agressor, porque ele estava me apontando uma arma e, por isso, eu fiquei com medo do disparo". Repare que o elemento central está envolvido, o agressor, e, ao mesmo tempo, há uma justificativa cognitiva para a admissão da falta de memória: "ele estava me apontando uma arma e, por isso, eu fiquei com medo do disparo".

Nesse caso, em que fica clara a inserção da meta memória como elemento de análise do relato pelo próprio envolvido, o grau de corroboração é elevado.

Obviamente, uma vez mais recordamos, a ausência (com pontuação 0), presença (com pontuação 1), ou presença marcada (com pontuação 2) de qualquer critério não é, por si só, comprovação de que a situação tenha ou não ocorrido. Não estamos diante de um equipamento capaz de identificar verdade e mentira. A avaliação é pelo conteúdo dos critérios, como o próprio nome da técnica (CBCA) diz. Portanto, haverá de ser realizada análise conglobada dos pontos sob análise e depois, utilizando metodologia indutiva ou abductiva (como já tivemos a oportunidade de assinalar), o decisor poderá chegar a uma conclusão.

5.3 DÚVIDAS SOBRE O PRÓPRIO TESTEMUNHO

O critério também é intuitivo e se revela presente quando o próprio narrador sugere que ele próprio tampouco poderia acreditar no que relata. Repare que ao fazê-lo, da mesma forma que nos critérios anteriores, temos claro que o narrador está operando no nível da meta memória, porque está avaliando a credibilidade da própria recordação, o que nos indica um processo estruturado e mais complexo de recordação, sugerindo uma elevação do grau de credibilidade.

Também da mesma forma que o critério anterior, a dúvida sobre o próprio testemunho pode ser: (a) fraca ou forte; e (b) relacionada ao elemento central ou aos periféricos da narrativa.

Quando se apresentar forte, a dúvida será qualificada e justificada. Algo como: "Sei que isso é

difícil de acreditar; nem eu mesmo acredito, mas ocorreu, porque...". O critério fraco será sem justificativa: "Sei que isso é difícil de acreditar; nem eu mesmo acredito". Quando direcionado ao elemento central, a dúvida sobre o próprio testemunho questionará o eixo principal da versão mencionada, ao passo que o periférico questionará os acessórios.

Pelas mesmas razões externadas no critério anterior, quando o questionamento for (a) forte e (b) relacionado ao eixo central, o grau de corroboração tenderá a ser mais elevado.

Vejamos alguns exemplos.

Exemplo 1: Crime de Extorsão – questionamento relacionado ao eixo central.

"Eles me abordaram quando eu estava saindo do trabalho. Um deles, acho que o líder, exigiu dinheiro, ameaçando divulgar informações pessoais. Bem, ao menos foi o que eu entendi, mas agora que penso sobre isso, eles não mencionaram especificamente quais informações seriam essas. Na hora, eu estava tão assustado que talvez tenha presumido o pior. Eles mencionaram algo sobre consequências graves se eu não pagasse, mas agora não tenho certeza se eles se referiam a violência física ou algo mais sutil."

O relato apresenta incertezas e questionamentos sobre o próprio entendimento da vítima acerca das ameaças, indicando uma reflexão sobre a precisão dos detalhes do incidente. Esse levantamento de dúvidas pode ser um indicativo de um relato genuíno.

Exemplo 2: Descumprimento de Contrato de Prestação de Serviços (Pintura de Muro).

"Eu contratei a empresa para pintar o muro externo da minha casa. Eles prometeram terminar em uma semana. Agora que penso sobre isso, não tenho certeza se eles disseram especificamente uma semana ou se fui eu que presumi isso com base no tamanho do muro. Eles começaram o trabalho, mas não terminaram no prazo que eu esperava. Eu me lembro de ter lido o contrato rapidamente, e agora estou me perguntando se talvez eu tenha interpretado mal os termos ou se eles realmente quebraram o acordo."

Este relato mostra o cliente questionando sua própria interpretação do contrato e do prazo acordado. Essa autorreflexão e levantamento de dúvidas sobre a própria compreensão do acordo indicam um esforço em ser justo e preciso na descrição do incidente.

5.4 AUTO DESAPROVAÇÃO

Esse critério se revela presente quando o narrador culpa a si próprio por algum elemento que possa ter contribuído para a ocorrência do evento. Atenção ao fato de que a reprovação que se analisa aqui é eminentemente subjetiva e não objetiva, ou seja, pode não estar – e geralmente não está mesmo – fundada em

critério algum justificado para que o evento possa ter sucedido. Exemplo: "Também, eu não deveria ter saído com aquela roupa curta". O que se avalia nesse critério é se o narrador está, novamente, analisando em retrospectiva a própria narrativa e encontrando elementos, de natureza subjetiva, para justificar a si próprio o ocorrido. Quando o faz, tal conduta demonstra que acessa a sua memória sob o ponto de vista crítico, analisando-a a partir dos seus conhecimentos, informações, preconceitos, estereótipos etc, o que sugere um aumento no nível de credibilidade do relato.

Repisamos o seguinte: não se está avaliando a justificativa em si. Pouco importa que a roupa da vítima tenha sido curta, ou não; mas, em realidade, o fato de que o narrador procura uma justificativa para o ocorrido, justificando-se a si próprio e se auto reprovando.

Da mesma forma que nos critérios anteriores, quando a auto desaprovação for forte, ou qualificada, haverá uma justificativa e isso incrementará o nível de credibilidade do relato: "Também, não deveria ter saído com aquela roupa curta, porque, afinal, isso incentiva o sexo". Também aqui não se analisa a pertinência da crítica (ou seja, se a roupa curta estimula ou não o sexo), mas o fato de haver um relato encadeado, com uma justificativa para a auto desaprovação. Isso revela um processo cognitivo em nível de meta memória e, por isso, uma análise mais elaborada da recordação, o que pode sugerir um maior grau de credibilidade.

E, da mesma forma que nos critérios anteriores, idêntica situação se dará se a auto desaprovação se der em relação ao elemento central e não ao periférico: "Também, eu não deveria ter saído com aquela roupa curta" é um exemplo de auto desaprovação atinente ao elemento central, ao passo que "Também, eu não deveria ter falado com aquela amiga antes de sair. Isso me atrasou e ele conseguiu me pegar" é um exemplo de auto desaprovação relacionada ao elemento periférico, porque a amiga não participou do evento e a sua atuação não tem uma direta correspondência com o evento criminoso.

Para que não fiquemos apenas no criminal, vejamos um exemplo relacionado a uma possível alienação parental.

"Quando olho para trás, percebo que em alguns momentos eu poderia ter falado menos mal do meu ex-cônjuge na frente do nosso filho. Talvez eu tenha deixado minha frustração e raiva interferirem na maneira como falo sobre ele, sem perceber o impacto que isso poderia ter no nosso filho. Às vezes, me pergunto se eu contribuí de alguma forma para a situação atual, para a forma como nosso filho vê o outro pai. Isso me faz refletir sobre como devo agir daqui para frente."

Neste relato, o narrador expressa arrependimento e auto desaprovação sobre sua

conduta passada, questionando se suas ações podem ter influenciado negativamente a percepção da criança. Essa autorreflexão sobre a própria conduta sugere sinceridade no testemunho.

5.5 PERDÃO AO ACUSADO

O narrador, nesse critério, perdoa o acusado com o objetivo de justificar de alguma maneira o ocorrido. O perdão pode se dar de maneira implícita, como, por exemplo, "Ele era doente", ou "Ele estava bêbado", ou "Foi uma coisa isolada, decorrente de um ataque de raiva", ou explícita "Ele agiu assim, porque eu o provoquei". Em ambos os casos, implícita ou explicitamente, o narrador está tentando desculpar o agressor, justificando a conduta em função de algum elemento que julga importante.

Essa justificativa eleva o grau de corroboração, na medida em que admite a ocorrência do evento, passando para o passo seguinte, de avaliação, em nível de meta memória, do ocorrido.

Exemplo: Lesão Corporal em Contexto de Violência Doméstica.

"Ele perdeu o controle e me machucou, mas eu sei que ele não é sempre assim. Eu não quero que ele seja preso, ele é o pai dos meus filhos e a única fonte de renda da nossa família. Eu me preocupo com o que aconteceria com as crianças se ele fosse condenado. Talvez eu tenha contribuído para a sua raiva, talvez eu pudesse ter evitado a situação. Ele já pediu desculpas e prometeu que isso não vai acontecer novamente. Eu quero acreditar nele, por nossos filhos. Eu só espero que possamos superar isso e seguir em frente como uma família."

A narrativa demonstra um claro perdão ao agressor, com a esposa expressando preocupação com as consequências de uma possível condenação para a família. Ela minimiza o incidente e justifica o comportamento do marido, o que é comum em situações onde há dependência econômica e o desejo de manter a unidade familiar. Essa atitude de perdão e preocupação com as consequências para o agressor é indicativa do critério de "perdão ao agressor" no método CBCA.

6 ELEMENTOS ESPECÍFICOS DO EVENTO

Nesse segmento, composto apenas por um critério, o de detalhes específicos do delito, o que se objetiva verificar é a convergência de detalhes apurados no ambiente da investigação e a sua manifestação expressa por parte do declarante.

Vejamos como se desenvolve.

6.1 DETALHES ESPECÍFICOS DO EVENTO

Como destacado anteriormente, o que se verifica nessa oportunidade é se a descrição do narrador se compatibiliza com os critérios verificados por oportunidade da investigação. Ocorre que a aferição não é apenas objetiva, como quando, por exemplo, a vítima relata ter recebido um presente, ou um pagamento, e isso pode ser aferido objetivamente, mas também subjetivo, como no caso de que o acusado diga "Melhor você aprender comigo do que com outro", ou "Esse é o nosso segredo", ou, ainda, "Ele sempre elogiava como eu estava ficando madura e o meu corpo estava crescendo".

A aferição objetiva poderá ser levada a cabo e comprovada pela investigação, mas, quando se tratam dos detalhes específicos de natureza subjetiva, será necessário empreender estudos, exames e atendimentos em um nível mais profundo, já que a informação poderá tardar para vir à tona.

Exemplo: "Nesse dia eu tinha voltado da escola e encontrei o tio José. Ele pediu que assistíssemos um filme do Homem-aranha, já que era o tema que estava na minha mochila. Eu concordei e assistimos, mas, enquanto estávamos vendo o filme, ele começou a passar as mãos pela minha perna e pediu para eu tirar o meu short. Ele disse que o homem-aranha não usa shorts quando está em casa, mas eu não sei disso. Então, ele começou a passar a mão pelo meu corpo e me disse que ela para ficar parado, assim como o homem-aranha faz quando quer dormir. Ele começou a fazer barulhos estranhos e de repente parou. Eu fiquei sujo. Ele me disse que esse era o nosso segredo e que podíamos ver o filme juntos sempre que eu quisesse".

Nesse relato, há detalhes específicos objetivos (o filme, a mochila, o fato de estarem sós na casa, a rotina do agressor, que o teria facilitado a estar sozinho com a criança, a rotina dos demais familiares, para apurar o fato de a vítima ter ficado à sós com o agressor, bem como a ejaculação, compreendida como "sujeira" pela vítima) e subjetivos, como a declaração de que esse seria um segredo entre os dois e que poderiam assistir ao filme sempre que a vítima quisesse.

CONCLUSÕES

O presente artigo teve como objetivo apresentar os 19 critérios da entrevista realizada com base na metodologia CBCA (*Criteria Based Content Analysis*). Como mencionado anteriormente, trata-se de uma das fases da metodologia SVA, que deverá ser corroborada com as demais, a entrevista cognitiva aprimorada (e semi-estruturada) e a análise da validação do conteúdo.

Algumas observações finais ressoam importantes:

(a) a metodologia explorada nesse artigo não é a única e tão pouco a definitiva; é apenas uma das maneiras de explorar o tema, baseada em critérios de conteúdo cientificamente delineados e capazes de revelar o aumento ou diminuição do grau de credibilidade em relação ao relatado; a decisão final, contudo, é do Poder Judiciário.

(b) mais uma vez, é importante destacar que a avaliação da veracidade de declarações com base no CBCA e seus critérios exige treinamento e experiência. A elaboração estruturada é apenas um dos critérios, e sua presença ou ausência não determina, por si só, a veracidade de uma declaração.

(c) é fundamental notar que o CBCA e seu critério de estrutura lógica são apenas ferramentas entre muitas outras na avaliação da veracidade das declarações. A presença ou ausência de uma estrutura lógica em uma declaração não é prova definitiva de veracidade ou fabricação. A avaliação de declarações, especialmente em contextos tão sensíveis, requer treinamento, experiência e uma abordagem multidimensional.

Se o artigo, tal como lançado, viabilizou ao menos a reflexão acerca dos pontos tratados, então certamente atingiu os seus objetivos centrais.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. Técnicas decisórias da dedução, indução e abdução: o que são e quando utilizá-las? In: Revista Gralha Azul: Periódico científico da Escola Judicial do Paraná – EJUD, Curitiba. No prelo.

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. Redes neurais, tomada de decisão e valoração probatória. In: Revista Gralha Azul: Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná – EJUD, Curitiba, v. 1, n. 12, p. 31-39, jun./jul. 2022.

COULL, J. T.; MATHER, G. C.; JOHNSTON, A. P. Illusory time perception in the brain. In: COULL, J. T.; NOBRE, A. C. (Eds.). Attention and time. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 117-134.

FENOLL, Jordi Nieva. La valoración de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2010.

IZQUIERDO, Ivan. Memória. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018.

JOHNSON, M. K.; RAYE, C. L. Reality monitoring. Psychological Review, v. 88, n. 1, p. 67-85, 1981. Disponível em: <https://doi.org/10.1037/0033-295X.88.1.67>. Acesso em 10 nov. 2023.

KÖHNKEN, G. Statement validity analysis and the detection of the truth. In: GRANHAG, P. A.; STRÖMWALL, L. A. (Eds.). The detection of deception in forensic contexts. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 41-63.

MANZANERO, A. L. et al. Atención a Víctimas con Discapacidad Intelectual. Madrid: Editorial Fundación Carmen Pardo-Valcarce, 2013.

MANZANERO, Antonio. Memoria de testigos: obtención y valoración de la prueba testifical. Madrid: Editorial Pirámide, 2023.

MANZANERO, Antonio L.; GONZÁLEZ, José Luis. Obtención y valoración del testimonio: protocolo holístico de evaluación de la prueba testifical (HELPT). Madrid: Ediciones Pirámide, 2023.

MEMON, A.; MEISSNER, C. A.; FRASER, J. The Cognitive Interview: A Meta-Analytic Review and Study Space Analysis of the Past 25 Years. Psychology, Public Policy, and Law, v. 16, n. 4, p. 340-372, 2010.

PORTER, S.; YUILLE, J. C. The language of deceit: An investigation of the verbal clues to deception in the interrogation context. Law and Human Behavior, v. 20, n. 4, p. 443-458, 1996.

RASKIN, D. C.; ESPLIN, P. W. Statement validity assessment: Interview procedures and content analysis of children's statements of sexual abuse. *Behavioral Assessment*, v. 13, n. 3, p. 265-291, 1991.

STELLER, M.; KÖHNKEN, G. Criteria-Based Statement Analysis. In: RASKIN, D. C. (Ed.). *Psychological methods in criminal investigation and evidence*. New York: Springer, 1989. p. 217-245.

STELLER, M. Recent developments in statement analysis. In: YUILLE, J. C. (Ed.). *Credibility assessment*. Kluwer Academic Publishers, 1989. p. 135-154.

UNDEUTSCH, U. Statement reality analysis. In: TRANKELL, A. (Ed.). *Reconstructing the past: The role of psychologists in criminal trials*. Stockholm: Norstedts, 1982.

VOLBERT, R.; STELLER, M. Is this testimony truthful, fabricated, or based on false memory? Credibility assessment 25 years after Steller and Köhnken (1989). *European Psychologist*, v. 19, n. 3, p. 207-220, 2014.

VRIJ, A. Criteria-Based Content Analysis: A Qualitative Review of the First 37 Studies. *Psychology, Public Policy, and Law*, v. 11, n. 1, p. 3-41, 2005.

VRIJ, A.; GANIS, G. Theories in Deception and Lie Detection. In: GRANHAG, P. A.; VRIJ, A.; VERSCHUERE, B. (Eds.). *Detecting Deception: Current Challenges and Cognitive Approaches*. Wiley-Blackwell, 2014. p. 15-40.

ZAPARNIUK, J.; YUILLE, J. C.; TAYLOR, S. Assessing the credibility of true and false statements. *International Journal of Law and Psychiatry*, v. 18, n. 4, p. 343-352, 1995.

O PRAZO DECADENCIAL DO MANDADO DE SEGURANÇA E A AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA CONSTITUCIONAL



Acyr Antunes das Neves Filho¹

No mês de novembro de 2020 a Câmara dos Deputados criou uma comissão de juristas presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes para avaliar e sistematizar as normas de processo constitucional, cujo objeto conforme consta no site da instituição², é "(...) consolidar e harmonizar o regime jurídico aplicável ao processamento e ao julgamento de ações de controle abstrato de constitucionalidade, das reclamações constitucionais, do mandado de segurança, do habeas data, do mandado de injunção, e dos recursos extraordinários", com destaque para a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: prazo decadencial; mandado de segurança; justificativa constitucional.

¹ Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Campo Real.

THE DEADLINE OF THE WRIT OF MANDAMUS AND THE ABSENCE OF CONSTITUCIONAL JUSTIFIATION



José Sebastião Fagundes Cunha³

In November 2020, the Chamber of Deputies created a commission of jurists chaired by the Minister of the Federal Supreme Court Gilmar Mendes to evaluate and systematize the rules of constitutional process, whose purpose, as stated on the institution's website, is "(...) consolidate and harmonize the legal regime applicable to the processing and judgment of actions for abstract control of constitutionality, constitutional complaints, writs of mandamus, habeas data, writs of injunction, and extraordinary appeals", with emphasis on the evolution of jurisprudence of the Federal Supreme Court.

Keywords: statute of limitations; writ of mandamus; constitutional justification.

³ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

INTRODUÇÃO

Em que pese a recente criação da comissão, a matéria já é, há muito tempo, objeto de estudos na doutrina brasileira, sendo de extrema importância destacar o anteprojeto do Código de Processo Constitucional apresentado pelo Professor Paulo Bonavides ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 21 de setembro de 2015, fruto de intensos estudos iniciados no ano de 2010 e concretizados pela Comissão Especial de Juristas para o Código de Processo Constitucional criada em 2013 pelo então Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil Marcus Vinícius Furtado Coelho.

A sistematização, reavaliação, aprimoramento e codificação das normas de processo constitucional exsurge não somente da necessidade da compilação da legislação nacional hoje esparsa, de forma a proporcionar fácil acesso e unificação da legislação e de suas alterações, mas também da necessidade de se revisitar as ações constitucionais e os processos de constitucionalidade, no intuito de preencher lacunas existentes, aperfeiçoar os procedimentos e normatizar o processo constitucional como um todo, promovendo a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos e garantias fundamentais.

Dentre as ações constitucionais hoje existentes na Constituição Federal do Brasil que, pela sua importância e essencialidade, deverão constar obrigatoriamente no Código de Processo Constitucional, aqui destacados os "remédios constitucionais", quais sejam, habeas corpus, o habeas data e o mandado de injunção, este estudo terá como objeto o Mandado de Segurança, considerado pela doutrina um dos principais instrumentos para assegurar a garantia e a eficácia dos direitos fundamentais perante excessos e desmandos praticados pelos detentores do Poder Público¹.

O presente estudo trará um panorama da evolução histórica do mandado de segurança no direito brasileiro, tratando da sua inserção na legislação brasileira e das principais alterações ocorridas no tempo em decorrência de inovações legislativas e alternâncias de regimes constitucionais.

Cumprindo também ao trabalho a análise sintética dos principais aspectos do mandado de segurança, como conceito, natureza processual, legitimidade, direito líquido e certo e cabimento, bem como prazo para impetração, tema principal do estudo.

Não é de hoje que existem discussões acaloradas na doutrina brasileira e na própria jurisprudência quanto ao prazo para a interposição do

mandado de segurança, passando pela análise da sua natureza jurídica, se decadência ou prescrição, até pela sua inconstitucionalidade, tendo em vista a limitação temporal criada pelo legislador ordinário na Lei nº 1.533/1951, replicada na Lei nº 12.016/2009, hoje em vigor.

Nesse sentido, o estudo pretende uma análise da questão com enfoque nos principais entendimentos da doutrina nacional e internacional, bem como da jurisprudência nacional, em especial do Supremo Tribunal Federal, no intuito de carrear os fundamentos necessários à apuração da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da exigência de prazo para interposição de ação constitucional que visa a proteção de direitos fundamentais.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO MANDADO DE SEGURANÇA

O Mandado de Segurança, tem previsão no art. 5, LXIX, da Constituição da República Federativa de 1988, enquadrando-se na categoria dos direitos e garantias fundamentais contra abuso de poder promovido por agente público, ou agente de pessoal jurídico no exercício de atribuições de Poder Público.

É atualmente regido pela Lei nº 12.016/2009 que teve o propósito de unificar a sua regulamentação, tendo em vista a existência de diversas alterações legislativas ocorridas tanto no plano constitucional como no infraconstitucional, como também as teses fixadas pela jurisprudência brasileira.

Ocorre que a defesa da existência de um instrumento processual voltado à proteção contra atos ilegais da administração já era objeto de defesa na doutrina brasileira nos idos de 1896, quando Rui Barbosa defendeu o cabimento do interdito possessório para afastar ato do Ministro da Justiça que suspendeu professores da Escola Técnica do Rio de Janeiro sem a observância do processo administrativo próprio².

Contudo, conforme leciona o Professor Paulo Dantas³, o mandado de segurança surgiu pela primeira vez na legislação brasileira na Constituição de 1934, com base na legislação do direito anglo-americano e no juízo de amparo mexicano, mas, sobretudo, tendo como fonte a doutrina brasileira do habeas corpus, surgida na redação da primeira Constituição republicana de 1891 com objetivo de proteção do direito de locomoção e outras garantias fundamentais líquidas e certas, ligadas, por evidente, à locomoção.

Dada a referida previsão constitucional, foi editada a Lei nº 191/1936 que disciplinou o mandado de segurança, afastando a sua impetração contra atos puramente políticos, disciplinares, contra a liberdade

¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Lei do mandado de segurança comentada. Editora Forense. 2014, p. 7.

² MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Direito processual constitucional. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2005, p. 159.

³ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Direito processual constitucional. Editora Atlas S.A. 3. ed. São Paulo. 2012, p. 345.

de locomoção e aqueles impugnáveis via recurso administrativo⁴.

Sobrevinda a Constituição Federal de 1937, deixou de inserir em seu conteúdo o mandado de segurança, ao qual ficou atribuído o status de legislação ordinária, sendo inclusive vedada a sua impetração contra atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, dos Governadores e dos interventores, através de Decreto Lei nº 6/1937.

Foi, contudo, a última Constituição Federal a suprimir o remédio constitucional, posto que no artigo 141, § 24, da Constituição de 1946 tratou-se da proteção a direito líquido e certo não amparado por habeas corpus e na Constituição de 1967, artigo 150, § 21, constou a proteção a direito individual líquido e certo não amparado por habeas corpus.

De importância salutar destacar que o Código de Processo Civil de 1939, diante da inexistência de previsão constitucional, fez constar entre os seus procedimentos especiais o do mandado de segurança, enquanto que, após a retomada do seu status constitucional com a Constituição de 1946, o writ foi disciplinado totalmente pela Lei nº 1.533/51 que revogou os dispositivos do Código de Processo Civil.

Promulgada a Constituição Federal de 1988 e suas inovações quanto a possibilidade de impetração também contra atos de agentes de pessoas jurídicas privadas nas funções do Poder Público (artigo 5º, LXIX); possibilidade de impetração na modalidade coletiva, além da individual (artigo 5º, LXX) e possibilidade proteção a direitos individuais e coletivos, restou necessário nova regulamentação, a qual restou albergada pela Lei 1.016/2009 que unificou as diversas inovações legislativas e jurisprudenciais.

2 ASPECTOS RELEVANTES

O mandado de segurança é uma ação utilizada para proteger todos os direitos que não sejam protegidos por habeas corpus e habeas data e que tenham sido ilegalmente violados ou ameaçados de violação por parte de autoridades ou pessoas equiparadas a autoridade.

Possui rito especial, caracterizado pela celeridade e pela impossibilidade de dilação probatória. Está previsto nos incisos LXIX e LXX do artigo 5º da Constituição Federal, dentre os direitos e garantias fundamentais, e é regulamentado pela Lei 12.016/09, a lei do mandado de segurança (LMS).

Existem três características principais que o diferenciam dos demais processos, quais sejam: celeridade no procedimento, prioridade de tramitação e forma de cumprimento de decisões favoráveis ao impetrante.

A celeridade do procedimento se consubstancia na tramitação rápida do processo, tendo em vista ser mais concentrado que o procedimento comum (CPC, arts. 318 a 330) e que o procedimento de ações que tramitam em Juizados Especiais (Leis 9.099/95 e 10.259/01). Não há audiências, nem possibilidade de produção de provas que não sejam documentais e apresentadas juntamente com a primeira manifestação no processo.

Conforme disposição expressa do artigo 20 da Lei nº 12.016/2009: "Os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo habeas corpus", de forma que o rito do mandado de segurança, considerando-se apenas sua instância originária, será semelhante ao de uma ação que tramite pelo rito ordinário e que seja julgada antecipadamente em razão de as questões a discutidas serem exclusivamente de direito.

Quando o mandado de segurança foi criado, em 1934, sequer existia um código de processo civil e poucas eram as ações que admitiam a concessão de liminares, em contraposição à legislação atual que possibilita a concessão de liminar em qualquer ação (CPC, arts. 294 a 302), não se tratando de uma característica distintiva do mandado de segurança.

Ne sentido se tornou clássica uma frase de Luís Eulálio de Bueno Vidigal: "O mandado de segurança é, para usar de uma metáfora, o antídoto dessas medidas e por ser uma contramedida de execução é que se denomina mandado de segurança"⁵.

Outra característica distintiva do mandado de segurança é a forma de cumprimento de decisões favoráveis ao impetrante, posto que, proferida a decisão que defere a liminar ou concede a segurança há imediato envio dessa decisão à autoridade, que deve cumpri-la imediatamente ou no prazo fixado pelo juiz⁶. Por todas essas características distintivas do mandado de segurança e também do habeas corpus em relação à demais ações comuns, parte da doutrina passou a reconhecer a sua natureza de remédio constitucional.

A professora Maria Helena Diniz afirma que o significado jurídico da palavra remédio é "meio ou expediente para atingir a consecução de uma finalidade jurídica;" ou "medida para reparar prejuízo ou

⁴ Art. 4º Não se dará mandado de segurança quando se tratar: I - de liberdade de locomoção, exclusivamente; II - de acto de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução, fiança ou depósito; III - de questão puramente política; IV - de acto disciplinar.

⁵ VIDIGAL. Luís Eulálio de Bueno Vidigal. Mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 1965 p. 199.

⁶ Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: (...) III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

restabelecer a ordem ou uma situação”⁷, tanto que ganhou significado jurídico próprio no direito brasileiro, sendo um gênero que engloba todas as medidas jurídicas, ou seja, judiciais e extrajudiciais.

Celso Agrícola Barbi leciona que a distinção entre ações e remédios remonta ao direito medieval, mas já há algum tempo encontra-se nos dicionários de língua portuguesa o significado jurídico da palavra remédio, que não coincide com o significado que lhe era atribuído na Idade Média⁸.

A despeito da grande divergência histórica a respeito da natureza jurídica do mandado de segurança, atualmente há entendimento doutrinário amplamente majoritário no sentido de o mandado de segurança possuir natureza jurídica de ação.

Pontes de Miranda classifica as ações em declaratórias, constitutivas, condenatórias, executivas e mandamentais, sendo a ação mandamental “aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo manda”, de forma que o mandado de segurança seria uma típica ação mandamental⁹.

O Professor Hely Lopes Meirelles discorre sobre a natureza jurídica do mandado de segurança e conclui que se trata de uma ação civil que, por essa razão, independentemente da origem ou natureza do ato impugnado, será sempre processado e julgado como ação civil, no juízo competente.¹⁰

Pedro Roberto Decomain ensina que:

(...) o mandado de segurança pode assumir feições combinadas de ação condenatória e mandamental ou constitutiva e mandamental, podendo também ser exclusivamente mandamental. Prepondera, todavia, no mandado de segurança, o caráter de ação mandamental, exatamente porque lhe é inerente que a autoridade apontada como coatora, em caso de procedência do mandado de segurança, deva atender precisamente ao que na sentença lhe for determinado¹¹.

Em termos práticos, a classificação do mandado de segurança como ação de natureza mandamental ou não-mandamental não implica em importante relevância, na medida em que o seu enquadramento como garantia constitucional é o que lhe confere maior efetividade.

Nesse sentido:

(...) o mandado de segurança está inserido no rol das garantias constitucionais fundamentais específicas, exercendo, ao lado do habeas corpus, do habeas data, do mandado de injunção, da ação civil pública, da ação popular, do dissídio coletivo, etc. uma função extremamente importante para a proteção e efetivação dos direitos, especialmente os constitucionais, no Brasil.¹²

Segundo o professor Humberto Teodoro Junior, o mandado de segurança não é apenas mais uma ação no universo de ações judiciais, posto que, dada a sua figura de garantia constitucional, atua como um remédio diferenciado, não só pelo rito próprio e célere, mas como pela força extraordinária que o seu provimento pode gerar como expressiva garantia contra a ilegalidade praticada pelo Poder Público¹³.

De suma importância destacar que a utilização da via do mandado de segurança, por suas características de celeridade, prioridade e eficiência executiva, tem como pressuposto fundamental a demonstração, pelo impetrante, da existência de violação a direito líquido e certo, por autoridade pública em efetivo abuso de poder.

Os conceitos de liquidez e certeza implicam condição básica para a impetração de mandado de segurança, pois os fatos devem ser comprovados, sem qualquer chance de dúvida, através de prova unicamente documental e auferível de plano.

Leonardo Greco leciona que o direito líquido e certo é pressuposto processual objetivo, ao aduzir que:

O direito líquido e certo no mandado de segurança diz respeito à desnecessidade de dilação probatória para

⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp 126/127

⁸ BARBI, Celso Agrícola. Do mandado de segurança, 11. ed., revista e atualizada por Bernardo Pimentel Souza, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2008, p. 42.

⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das ações, tomo vi – ações mandamentais, 1. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1976, p. 3.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, 30.ed. atualizada e complementada de acordo com as emendas constitucionais, a

legislação vigente e a mais recente jurisprudência do STF e do STJ por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca, São Paulo, Ed. Malheiros, 2007, p. 35.

¹¹ DECOMAIN, Pedro Roberto. Mandado de segurança (o tradicional e o polêmico na Lei 12.016/09. São Paulo: Dialética, 2009, p. 16.

¹² ALMEIDA, Gregório Assagra de. CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. Mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46.

¹³ THEODORO JUNIOR, op cit, p. 13.

elucidação dos fatos em que se fundamenta o pedido. Trata-se de pressuposto processual objetivo (adequação ao procedimento) que não subtrai do autor o direito à jurisdição sobre o litígio, mas apenas invalida a busca através da via do mandado de segurança.¹⁴

Cassio Scarpinella Bueno explica que:

Direito líquido e certo não deve ser entendido como 'mérito' do mandado de segurança, isto é, como sinônimo do conflito de interesses retratado pelo impetrante em sua petição inicial e levado para solução definitiva ao Estado-juiz. Direito líquido e certo é apenas uma condição da ação do mandado de segurança, assimilável ao interesse de agir e que, uma vez presente, autoriza o questionamento do ato coator por essa via especial e de rito sumaríssimo, desconhecido pelas demais ações processuais civis.¹⁵

Nessa esteira, tem-se que o direito líquido e certo existirá quando os fatos alegados estiverem efetivamente demonstrados através de prova pré-constituída e não dependerem de instrução probatória. Cabe destacar que a impossibilidade de produção probatória nos autos de mandado de segurança não é absoluta, posto que há possibilidade de deferimento de produção probatória em alguns casos.

Quanto a autoridade coatora juntar às suas informações documentos, deve o magistrado analisá-los devidamente e determinar a possibilidade do contraditório à parte impetrante. Da mesma forma, se a parte não detém documentos quando impetra o mandado de segurança e, estando eles em mãos da administração pública, é possível a impetração do mandado de segurança sem prova pré-constituída, com pedido ao juízo para que a autoridade os apresente, conforme disciplina o art. 6º, §§ 1º e 2º da Lei 12.016/2009.

Francisco Antônio de Oliveira traz abordo o tema sobre o aspecto da comprovação do direito líquido e certo com condição da ação mandamental ao comentar que:

(...) o mandamus é ação dotada de peculiaridades próprias. Isso significa que não admite dilação probatória. E se a denegação da segurança tiver apoio na ausência de prova, não se formará a coisa julgada material e a parte poderá usar das vias ordinárias para discutir a matéria em sua inteireza, onde poderá produzir todas as provas que achar conveniente.¹⁶

No mesmo sentido a Professora Berenice Soubhie Nogueira Magri afirma que:

(...) se a sentença denegatória do mandado de segurança limita-se a dizer que o impetrante não tem direito líquido e certo (por inexistência do exame dos fatos e da análise do direito aplicável ou mesmo insuficiência de prova), está aberto o acesso à renovação da demanda por outra via processual; e, na hipótese de a sentença denegatória da ordem considerar os fatos como provados e concluir pela inexistência de qualquer direito subjetivo do impetrante, há coisa julgada material, inviabilizando a repositura da ação.¹⁷

Conclui-se assim que o mandado de segurança é ação constitucional de cunho mandamental, com rito próprio e célere destinado a proteção de direito líquido e certo, sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a estes direitos por parte de autoridade pública ou de pessoa jurídica de direito privado no exercício de funções do Poder Público.

3 DO PRAZO PARA IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA

A Lei nº 12.016/2009 que disciplina atualmente o mandado de segurança individual e coletivo traz expressa disposição a respeito do prazo para sua interposição: "Artigo 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado".

Conforme lição do ilustre Professor Theodoro Junior, a existência de um prazo fixo para interposição do mandado de segurança passou a constar em nossa

¹⁴ GRECO, Leonardo. A teoria da ação no processo civil. São Paulo: Dialética, 2003, p. 44

¹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 13 e 14

¹⁶ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. Mandado de segurança e controle judicial – Mandado de segurança coletivo – enfoques

trabalhistas e jurisprudenciais. 2. ed. São Paulo Revista dos Tribunais, 1996, p. 155.

¹⁷ MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. Sentença denegatória de Mandado de Segurança. Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo nº 64, outubro de 2001, p. 17. Apud CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Mandado de Segurança. São Paulo: Dialética, 2002, p. 207.

legislação desde a entrada em vigor da Lei nº 191/36 que o regulamentou após a sua criação pela Constituição de 1934, prazo que foi mantido sucessivamente pelo CPC de 1939, pela Lei nº 1.533/1951 e pela atual Lei nº 12.016, publicada em 10 de agosto de 2009¹⁸.

A regra atual apenas reproduz a norma prevista no artigo 18 da revogada Lei nº 1.533/1951 que contava com a seguinte redação: "O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pela interessado, do ato impugnado", bem como do artigo 331 do Código de Processo Civil de 1939: "O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á depois de cento e vinte (120) dias contados da ciência do ato impugnado," e do artigo 3º da Lei nº 191/36: "O direito de requerer mandado de segurança extingue-se depois de 120 dias, contados da ciência do acto impugnado".

Nos ordenamentos jurídicos de outros países, em que há instituição e regulamentação de ações de natureza mandamental, denota-se que o instituto foi introduzido na América Central e, posteriormente, foi recepcionado por diversos ordenamentos jurídicos da América do Sul. Em sistemas jurídicos da Europa, da África e da Ásia, foi recepcionado em países como Albânia, Alemanha, Andorra, Áustria, Cabo Verde, Coreia do Sul, Croácia, Eslováquia, Espanha, Eslovênia, Geórgia, Hungria, Macedônia, Macau, Montenegro, Polônia, República Tcheca, Rússia, Sérvia, Suíça¹⁹.

No México, o instituto do amparo que surgiu na Constituição Estadual de Yucatán, em 1834, tem como objeto assegurar os direitos e garantias individuais garantidos pelo texto constitucional nos mesmos moldes do mandado de segurança.

O amparo não existe somente no México, mas em diversas repúblicas da América Central, como El Salvador, Nicarágua, Honduras e Guatemala, tendo também sido introduzido na Constituição Espanhola de 1931, através da Constituição de 1976, a Espanha reviveu o recurso de amparo, para socorrer os direitos constitucionalmente protegidos, e que sofressem transgressões.

Diferentemente da norma brasileira, no México o prazo para impetração do amparo, como regra geral, é de quinze dias, salvo quando: a) for reclamada regra geral autoaplicável, ou o procedimento de extradição, em que será de trinta dias; b) quando a sentença condenatória definitiva for reivindicada em processo penal, que imponha pena de prisão, o prazo é de até oito anos; c) quando a proteção for promovida contra atos que tenham ou possam ter por efeito de privação total ou parcial, temporária ou definitiva, da propriedade,

posse ou gozo de seus direitos fundiários, o prazo é de sete anos; e d) quando o ato atacado implique perigo de privação da vida, atentado à liberdade pessoal, deportação ou expulsão incommunicável, proscricção ou exílio, desaparecimento forçado de pessoas e incorporação forçada ao Exército, Marinha ou Aeronáutica nacionais, o amparo poderá ser ajuizado a qualquer tempo²⁰.

Na Espanha o prazo para intentar o recurso amparo varia de acordo com o ato vulnerador do direito fundamental invocado: a) se os atos (ou omissões) forem oriundos do Executivo, desde que esgotadas as vias ordinárias, poderá ser manejado o recurso no prazo de 20 (vinte) dias, contados da notificação da decisão prolatada no processo judicial prévio, ou nos termos do art. 43, 2, LOTC; b) se as violações forem originadas imediata e diretamente de um ato (ou omissão) judicial, a interposição do recurso deverá ocorrer no prazo de 30 (trinta) dias, contados, igualmente, da notificação da decisão proferida no processo judicial, conforme delineado no art. 44, LOTC; ou c) se o ato atacado sem valor de lei for emanado do Parlamento, poderá ser impugnado pela via do amparo em até 3 (três) meses, computados a partir do momento em que se tornam permanentes, nos termos dos regramentos internos da respectiva casa legislativa (art. 42, LOTC)²¹.

Na Argentina os constituintes de 1994 acrescentaram no artigo 43 da Lei nº 16.986 a alínea "e" que prevê que a "Accion de Amparo" deverá ser intentada no prazo de 15 dias da data em que o ato foi executado ou deveria ter ocorrido: "e) La demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse".²²

No Chile o recurso de amparo tem previsão expressa no artigo 21 da Constituição Política da Republica e pode ser impetrado pelo indivíduo preso, detido ou preso com violação das disposições da Constituição ou das leis do País, bem como a favor de qualquer pessoa que sofre ilegalmente qualquer outra privação, perturbação ou ameaça ao seu direito de liberdade pessoal e segurança individual. Não há prazo fixado, de forma que pode ser intentado enquanto perdurar a privação, ameaça ou perturbação da liberdade.²³

O Paraguai também há previsão expressa na Constituição do País da possibilidade de impetração da ação de amparo nas situações em que qualquer pessoa que, por ato ou omissão manifestamente ilegítima de autoridade ou pessoa, se considere gravemente lesada, ou em perigo iminente de sê-la gravemente, em direitos

¹⁸ THEODORO JUNIOR, op cit, p. 415

¹⁹ Ferrer Mac-Gregor, E. (2013). *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Madrid: Marcial Pons.

²⁰ Artigo 17 da Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución política de los estados unidos mexicanos. (www.diputados.gob.mx)

²¹ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. (www.tribunalconstitucional.es)

²² Ley nº 16.986 – Accion de Amparo. (<http://servicios.infoleg.gob.ar>)

²³ Constitución Política de la República de Chile (<http://www.camara.cl>)

ou garantias consagrados na Constituição e na lei, e que, por à urgência do caso não possa ser sanado por meios ordinários, poderá requerer amparo perante o magistrado competente. O procedimento será breve, sumário, gratuito e de ação popular para os casos previstos em lei e a petição deverá ser ajuizada dentro de sessenta dias úteis a contar da data em que o prejudicado tomou conhecimento do ato ou omissão ilegítimo, conforme previsão do artigo 4º da Lei nº 340/2017 que regulamenta o amparo definido no artigo 134 da Constituição Nacional.²⁴

No Peru, a ação que se assemelha ao mandado de segurança é a demanda de amparo, prevista no Código de Processo Constitucional do Peru e que dispõe sobre o prazo de interposição no artigo 44 com a seguinte redação:

Artículo 44.- Plazo de interposición de la demanda
El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.
Tratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido.

Nos Estados Unidos, conforme informações retiradas do site do Departamento de Justiça Americano, o *mandamus* – ação semelhante ao mandado de segurança brasileiro, é recurso extraordinário que só deve ser utilizado em circunstâncias excepcionais de emergência peculiar ou importância pública, que não substitui outros remédios, mas só é cabível quando inexistam outras ações cabíveis. Segundo julgamento do caso *CMH Homes v.*

Perez, 340 SW3d 444, 454, não há previsão de prazo fixo para a interposição do mandado de segurança.²⁵

Na Alemanha, existe o instrumento da Reclamação Constitucional, ação extraordinária que pode se valer qualquer pessoa submetida ao poder público alemão para suspender medida estatal que represente uma violação de direito fundamental do qual seja titular previstos nos Art. 20 IV, Art. 33, 38, 101, 103 e 104 da Constituição do País.

Segundo Leonardo Martins, a Reclamação Constitucional na Alemanha deve ser proposta e fundamentada dentro de 30 dias caso seja intentada contra decisão proferida pelos órgãos do Poder Judiciário. Caso a Reclamação Constitucional se dirija contra lei ou contra determinado ato estatal, ou contra a não abertura do acesso à via jurisdicional, deve ser proposta somente dentro de um ano a partir da entrada em vigor da lei ou da promulgação do ato estatal.²⁶

Conforme leciona o Professor Humberto Theodoro Junior, a doutrina brasileira há muita discussão a respeito da natureza jurídica do prazo para impetração o mandado de segurança previsto na legislação atual. Para parte dos doutrinadores se trata de prazo preclusivo, para outros, prazo simplesmente extintivo, alguns considerando se tratar de prazo prescricional e a maioria reconhece na natureza de prazo decadencial.

O Professor Pontes de Miranda adota uma posição singular, afirmando que se trata de prazo preclusivo de direito especial.²⁷ Já Alfredo Buzaid defende que o prazo é extintivo de uma faculdade.²⁸

O Mestre Hely Lopes Meirelles sustenta a natureza decadencial do prazo previsto na legislação brasileira ao abordar que “Este prazo é de decadência do direito à impetração – e, como tal, não se suspende nem se interrompe desde que iniciado.”²⁹

No mesmo sentido, Celso Agrícola Barbi, referindo-se ao prazo em questão, diz que “esse prazo tem em vista a forma processual e não a relação jurídica substancial; por isso, não é considerado pela doutrina, acertadamente, como prazo de prescrição mas sim como de decadência, insuscetível, portanto, de interrupção ou suspensão”.³⁰

Ainda segundo ensina o Professor Theodoro Junior, a natureza preclusiva defendida pela doutrina tem fundamento no fato de que tal prazo não afeta o direito subjetivo material da parte, enquanto a natureza de prazo extintivo se estrutura na circunstância da

24 Ley nº 340 que reglamenta el amparo
(<https://www.bacn.gov.py>)

25 <https://www.justice.gov/jm/civil-resource-manual-215-mandamus>

26 MARTINS, Leonardo. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Editora Konrad-Adenauer-Stiftung. Uruguai: 2005.

27 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao código de processo civil, Tomo v (arts. 302-370), 2. ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1959, p. 212.

28 BUZOID, Alfredo. Do Mandado de Segurança, v. I – Do Mandado de Segurança Individual, 1. ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1989, p. 103.

29 MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança e ações constitucionais, 35. ed. atualizada e complementada de acordo com as emendas constitucionais, a legislação vigente e a mais recente jurisprudência do STF e do STJ por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca, São Paulo, Ed. Malheiros, 2013, p. 63.

30 BARBI, Celso Agrícola. Do mandado de segurança. 9.ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000, p. 135.

perda da faculdade operada internamente em processo já existente. Contudo, se trata de uma "perda" ou "extinção" de direito, verificável antes da existência da relação processual, situação que se aproxima da decadência.³¹

Tem-se, nessa esteira, que a doutrina predominante qualifica o dito prazo como decadencial, entendimento espelhado na jurisprudência pátria, em especial pelo Supremo Tribunal Federal que consolidou a matéria por meio da Súmula nº 632/STF: "É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança".

No que diz respeito à contagem do prazo decadencial, o artigo 23 da Lei nº 12.016/2009 dispõe que o prazo legal para ajuizamento do mandado de segurança será contado da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

Em que pese transpareça clara a norma posta, na prática, o dia de início da contagem do prazo decadencial de 120 dias não é de fácil constatação, de forma que a análise deve ser feita caso a caso, conforme a situação concreta.

Isso porque os atos de autoridades passíveis de impugnação pelo mandamus podem ocorrer em diversas situações e momentos. Muitas vezes são emitidos dentro de processos administrativos, nos quais há variados mecanismos de intimação pessoal. Em outras situações são atos omissivos, nos quais não há intimação ou notícia ao interessado. Há que se observar ainda a possibilidade de impetração de forma preventiva, na qual sequer o impetrante sofreu violação em seu direito líquido e certo, de modo que, enquanto persistir a situação de perigo, poderá se valer da segurança.

O que se pode concluir, por consequência, é que nos casos em que há divulgação oficial, como edital de concurso público, publicação de Lei ou outro ato normativo, o prazo se inicia na respectiva publicação. Em caso diverso, é necessário a análise do mundo fático, de forma a se verificar o momento em que houve o inequívoco conhecimento do ato pelo interessado.

Segundo Sérgio Ferraz, supõe-se o conhecimento do ato se este é publicado em órgão oficial, por força do princípio da publicidade dos atos da Administração, doutra parte, publicado o ato, sua comunicação pessoal superveniente ao interessado não reabre o prazo nem o faz renascer se já exaurido.³²

Outra situação que foge à regra geral é a hipótese de ato de trato sucessivo, no qual o prazo decadencial renova-se mês a mês, tendo em conta que os seus efeitos se prolongam no tempo, de forma

periódica e reiterada, alcançando tempo presente e futuro. Enquadra-se nessa espécie o ato omissivo. Nestes casos, o prazo decadencial tem início a cada lesão ao direito líquido e certo ocorrida.

Cabe ressaltar, contudo, que quando há previsão legal de prazo para a prática do ato considerado omissivo, o termo inicial do prazo decadencial começa a contar do momento em que se esgotou o prazo estabelecido na norma.³³

Importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça tem distinguido em seus julgamentos a ocorrência de ato administrativo concreto de efeitos permanentes e atos administrativos sucessivos e autônomos.

Segundo o Professor Humberto Theodoro Junior, o ato jurídico de efeito permanente se trata de ato único, mas com efeitos que persistem de maneira permanente, contra o qual inicia-se a contagem do prazo decadencial para interposição do mandado de segurança na data do conhecimento do ato. A exemplo, cita o caso de indeferimento de pagamento de vantagem salarial a servidor. Por outro lado, os atos sucessivos autônomos são aqueles decorrentes de interpretação equivocada da Lei, como a redução a menor dos vencimentos do servidor ocorrida mês a mês, que faz reabrir a cada lesão o prazo decadencial.³⁴

O prazo decadencial, diferentemente do prazo prescricional, não está sujeito a suspensões ou interrupções após iniciado, posto que a ação e o direito partilham da mesma origem. Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 430 com a seguinte redação: "Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança."

No entanto, o Superior Tribunal tem entendido que o prazo para impetração do mandado de segurança é decadencial e não se suspende durante o recesso judicial, dando-se somente a prorrogação para que seja protocolado no primeiro dia útil após o recesso³⁵. No mesmo sentido a Corte firmou entendimento no sentido de que o prazo decadencial no mandado de segurança deve ser contado da data da impetração, mesmo quando tenha sido apresentado perante juízo incompetente.³⁶

Ainda quanto ao início do prazo decadencial, a redação do artigo 6º, § 6º da Lei 12.016/2009 determina que a extinção do mandado de segurança, sem resolução do mérito, não restabelece o prazo o de 120 dias, de forma que a sua interposição só poderá ocorrer dentro do prazo decadencial.

³¹ THEODORO JUNIOR, op cit, p. 418

³² FERRAZ, Sérgio. Mandado de segurança. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 129.

³³ STF. RMS 24119, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 30/04/2002, DJ 14-06-2002 PP-00159 EMENT VOL-02073-02 PP-00291

³⁴ THEODORO JUNIOR, op cit, p. 424-425.

³⁵ STJ. RESP 1.322.277/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, publicado em 8/5/2013

³⁶ STJ. MS n. 20.052/DF, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Seção, DJe de 10/10/2016.

2.2 AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA CONSTITUCIONAL PARA A FIXAÇÃO DE PRAZO PARA INTERPRETAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA

Conforme já abordado nos itens anteriores, o mandado de segurança tem natureza jurídica de ação constitucional mandamental, prevista no artigo 5º, LXIX, da Constituição da República Federativa de 1988, enquadrando-se na categoria dos direitos e garantias fundamentais, que trata de normas com acentuado caráter principiológico, tratando-se de evidente remédio constitucional que, de forma célere e prioritária, garante a proteção contra violações de direitos líquidos por atos da administração pública.

Do texto da Constituição Federal de 1988 não se encontra assentado de forma expressa ou sequer tácita, qualquer limitação temporal à possibilidade de exercício do mandado de segurança. Da mesma forma não se verifica qualquer limitação temporal no artigo 150, § 21 da Constituição Federal de 1967 ou no artigo 141, § 24, da Constituição de 1946.

Inexistente qualquer previsão constitucional de fixação de prazo para interposição do mandamus, conclui-se que as limitações existentes no ordenamento jurídico brasileiro sempre tiveram e têm, atualmente, previsão única e exclusivamente em leis ordinárias, quais sejam: a) artigo 18 da revogada Lei nº 1.533/1951; b) artigo 331 do Código de Processo Civil de 1939 e c) artigo 3º da Lei nº 191/36.

Diante deste cenário eclodiu na doutrina brasileira ampla discussão a respeito da constitucionalidade das normas infraconstitucionais que limitam a possibilidade de impetração do mandado de segurança a prazo fixo, decadencial, não sujeito a qualquer suspensão ou interrupção, senão apenas quanto a prorrogação do prazo tal para impetração para o dia útil seguinte após o recesso forense.

Existem vozes que defendem a legalidade e a constitucionalidade do prazo e outros a sua inconstitucionalidade por impor restrição a uma garantia fundamental deferida pela Constituição sem qualquer previsão de limitação de prazo de exercício.

A Ordem dos Advogados do Brasil arguiu em 14 de setembro de 2009 a inconstitucionalidade de seis disposições da Lei nº 12.016/2009 que atualmente regulamenta o mandado de segurança, entre elas o artigo 23 que fixa o prazo de decadencial de 120 dias, sob o argumento de que tal norma limita o acesso ao Poder Judiciário.

No julgamento da referida ADI em 9 de junho de 2021, que restou autuada sob nº 4.29637, o relator originário Ministro Marco Aurélio votou pelo

reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo por entender que "O cidadão conta com o quinquênio para acionar a Administração Pública. Não é razoável estabelecer-se, para a impetração, período diverso, estranho à ordem jurídica, à disciplina constitucional".

Apesar do entendimento do Ministro Marco Aurélio, o mesmo restou vencido nesse ponto pela divergência apresentada pelo Ministro Alexandre de Moraes e acompanhada pelos demais ministros no sentido de que:

(...) razoável e condizente com a via do "writ" constitucional, voltada para atender a direito líquido e certo do impetrante, a fixação do prazo de 120 (cento e vinte) dias para a extinção do direito de requerer a prestação jurisdicional especificamente a partir do mandado de segurança, remanescendo a possibilidade de ajuizamento de outras ações judiciais.

Na verdade, o STF apenas manteve o entendimento já consolidado na Corte através da Súmula 632, aprovada na Sessão Plenária de 24/09/2003, com o seguinte enunciado: "É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança".

Na doutrina, pela constitucionalidade do prazo fixo, o ilustre Professor Humberto Theodoro Junior sustenta ser necessário aceitar a existência da limitação temporal, posto que "não seria razoável (justo) que o ofendido ou ameaçado ficasse liberado para usar um procedimento que foge, em boa parte, dos padrões gerais do devido processo legal e da garantia plena do contraditório e ampla defesa por um tempo indeterminado ou muito longo".

Continua o brilhante professor afirmando que "chega-se a uma proporcional e razoável harmonização entre todos os princípios constitucionais incidentes sobre o caso, evitando a indesejável supremacia absoluta de uma garantia constitucional sobre as demais que com ela concorrem, dentro do âmbito do acesso à justiça, segundo o devido e justo processo idealizado pela Lei Maior."³⁷

Segundo Paulo Roberto de Gouvêa Medina, o acolhimento de inconstitucionalidade do prazo decadencial previsto em norma ordinária poderia prejudicar o ordenamento jurídico, posto que "a prevalecer, todos os prazos extintivos, especialmente os de decadência, seria questionável, em vista da abrangência do princípio da inafastabilidade da tutela

37 STF. ADI 4296, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em

09/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 08-10-2021 PUBLIC 11-10-2021

³⁸ THEODORO JUNIOR, op cit, p. 418.

jurisdicional, consagrado no artigo 5º, XXXV da Constituição, certamente por isso, a jurisprudência não acolhe tal objeção".

Em defesa da inconstitucionalidade do prazo decadencial, o doutrinador Cassio Scarpinella defende que embora tenha fixado vários pressupostos e requisitos para sua impetração, a constituição quedou-se silente quanto a seu exercício vincular-se ou poder vincular-se a um prazo certo e determinou no § 1º do art. 5º, que a aplicabilidade das normas que definem direitos e garantias têm aplicação imediata, têm eficácia plena, e, portanto, independem de regulamentação infraconstitucional.³⁹

Nas palavras do constitucionalista Georges Abboud, a exigência de limitação temporal é inconstitucional pois "As restrições do MS são dadas pela CF 5º, LXIX, de modo que é defeso à lei infraconstitucional dispensar requisitos exigidos pela CF ou acrescentar outros, não previstos na CF, como é o caso do prazo".

Sérgio Ferraz manifesta-se sobre o assunto, afirmando que:

Quando, por exemplo, afirma-se que o mandado de segurança deve ser impetrado no prazo de cento e vinte dias a partir do cometimento do ato coator, está-se dizendo alguma coisa que o constituinte não disse porque não quis.

Caso o constituinte quisesse dizer que a utilização do mandado de segurança deve passar necessariamente por algum critério de tempo, algum sinal ele teria lançado. Mas não o fez. E é bom que se diga que ele assim também procedeu com referência ao habeas corpus, ao habeas data, ao mandado de injunção e à ação direta de constitucionalidade e de inconstitucionalidade.

Em nenhum destes outros instrumentos processuais existe qualquer direção ou sinal do constituinte, mínimo que seja, no sentido de que devem ser balizados por um critério de tempo para sua utilização".⁴⁰

Segundo os professores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery os requisitos e limites do mandado de segurança estão estabelecidos apenas no texto constitucional (CF 5º, LXIX e LXX), que não remeteu

seu regime jurídico à lei federal, cabendo ao legislador ordinário apenas o poder regulamentar de fixar contornos procedimentais para seu exercício.⁴¹

Denota-se, nesta esteira, que a discussão acerca da autorização constitucional para fixação, por meio de legislação ordinária, de limitação temporal para propositura do mandado de segurança não resta ultrapassada, conforme parte da doutrina entende, mas ainda se encontra viva e pertinente, principalmente neste momento em que criada a Comissão de Juristas para elaboração do Código de Processo Constitucional.

De fato, a limitação temporal imposta pelo legislador infraconstitucional não impede o acesso do jurisdicionado ao Poder Judiciário, posto que a ausência de impetração do mandado de segurança no prazo decadencial não limita o direito subjetivo do impetrante, uma vez que é possível o ajuizamento de outras ações próprias dentro do prazo prescricional previsto no Código de Processo Civil.

A própria Lei nº 12.016/2009 prevê expressamente em seu artigo 19 que mesmo após impetrada ação mandamental e denegada a segurança, sem decidir o mérito, não há impedimento para que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.

Contudo, se a análise do tema se pautar apenas nesta premissa, a qual inclusive é o fundamento do voto do Ministro Alexandre de Moraes que conduziu o resultado do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.296 e manteve o teor do artigo 23 da Lei nº 12.016/2009, seria opor ao mandado de segurança a simples natureza de ação subsidiária das demais, sem a devida importância que a constituição lhe confere ao criá-lo como remédio de proteção contra abusos de poder de agentes da administração pública ao lado do habeas corpus e de outras ações constitucionais.

Oportuno refletir que o decurso do tempo não modifica a liquidez e certeza do direito, nem tampouco os efeitos que o ato coator da administração pública produz sobre a esfera jurídica do cidadão afetado, de forma que a celeridade e prioridade na tramitação do mandado de segurança são de extrema importância enquanto perdure a lesão, e não apenas no prazo de 120 dias previsto na norma infraconstitucional.

Conforme já mencionado no tópico anterior, países como México e Alemanha, apesar de preverem em suas legislações prazo para impetração de ações semelhantes ao mandado de segurança brasileiro, reconhecem a necessidade prazos superiores a um ano, conforme o direito violado. Outros países como Estados

³⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 143.

⁴⁰ FERRAZ, Sérgio. Regime Jurídico da Liminar em Mandado de Segurança. In Direito Processual Público. Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno (coord). 1. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 138.

⁴¹ NERY JUNIO, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 6. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 1644.

Unidos e Chile sequer tem previsão de prazo, podendo ser utilizado o remédio enquanto perdurar a lesão.

Conforme já abordado supra, o Novo Código de Processo Civil previu uma série de medidas que buscam a proteção, de forma célere, contra abusos de direito, como a tutela de urgência e a tutela de evidência previstas nos artigos 300 e 311. Contudo, o procedimento previsto para ambos os casos não alcança a proteção célere, prioritária e de execução rápida características do mandado de segurança, não se tratando, portanto, de procedimentos similares ou substitutos conforme entende a doutrina majoritária e a jurisprudência dos tribunais.

Na leitura da doutrina e da jurisprudência que defendem e reconhecem a constitucionalidade da norma ordinária, não há menção a qualquer estudo de cunho científico que embase ou justifique a necessidade preeminente da estipulação de prazo para impetração da ação mandamental, nem tampouco que a inexistência de prazo ou a aplicação do prazo prescricional, possam de alguma forma tumultuar ou desnaturar a ação.

De suma importância considerar que dentre as ações constitucionais, o mandado de segurança é o único que tem previsão, mediante lei infraconstitucional, de aplicação do prazo decadencial e em período inferior a 1 ano. A ação popular deve ser proposta dentro do prazo de cinco anos previsto no artigo 21 da Lei n. 4.717, de 1965 e a ação direta de inconstitucionalidade se submete ao prazo previsto no Decreto Lei nº 20.910/1932, ou seja, ao prazo prescricional de cinco anos.

Dentro de tal perspectiva, indaga-se qual seria a razão para a manutenção de um prazo fixo decadencial de 120 dias, que não permite suspensão ou interrupção, que não tem qualquer previsão constitucional, que não tem qualquer embasamento científico e que não está em consonância com a regulamentação de outras ações constitucionais?

E mais: qual seria a razão para privar o cidadão de se valer de remédio constitucional efetivo e eficaz para promover a defesa de seu direito líquido e certo violado por ato do Estado que, com toda a sua supremacia jurídica, econômica e legal, se sobrepõe indevidamente à vontade individual, impondo ao mesmo o uso de outro instrumento de menor efetividade pelo mero transcurso de tempo?

Nesse prisma, há que se priorizar a efetividade, a instrumentalidade, a economia processual e o devido processo legal, além de observar o texto da Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu na Constituição Federal a garantia de que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação", ou seja, se há instrumento constitucional de maior efetividade e celeridade na proteção do direito

reivindicado, deve este, por excelência, estar à disposição do cidadão, sem qualquer limitação.

O silêncio constitucional quanto à regulamentação do prazo para interposição do mandamus deve ser interpretado como o é, inexistente, e não como indefinição que indica necessidade limitação ou cerceamento de direito ao uso do remédio. Vale dizer: a regulamentação das garantias constitucionais presta-se para ampliar, nunca para diminuir tais garantias, principalmente em contra atos ilegais ou inconstitucionais da administração pública.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. Mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARBI, Celso Agrícola. Do mandado de segurança. 9. ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BUZAID, Alfredo. Do Mandado de Segurança, vol. I – Do Mandado de Segurança Individual, 1. ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1989.
- DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Direito processual constitucional. Editora Atlas S.A. 3 ed. São Paulo. 2012.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. Mandado de segurança (o tradicional e o polêmico na Lei 12.016/09. São Paulo: Dialética, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil, 21. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p 126-127
- BARBI, Celso Agrícola. Do mandado de segurança, 11. ed., revista e atualizada por Bernardo Pimentel Souza, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2008, p. 42.
- FERRAZ, Sérgio. Regime Jurídico da Liminar em Mandado de Segurança. In Direito Processual Público. Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno (coord). 1. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 138.
- FERRAZ, Sérgio. Mandado de segurança. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 129.
- FERRER Mac-Gregor, E. (2013). Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional. Madri: Marcial Pons.
- GRECO, Leonardo. A teoria da ação no processo civil. São Paulo: Dialética, 2003, p. 44
- NERY JUNIO, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 1644.
- MARTINS, Leonardo. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Editora Konrad-Adenauer-Stiftung. Uruguai: 2005.
- MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. Sentença denegatória de Mandado de Segurança. Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo nº 64, outubro de 2001, p. 17. Apud CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Mandado de Segurança. São Paulo: Dialética, 2002, p. 207.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Direito processual constitucional. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2005, p. 159.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao código de processo civil, Tomo v (arts. 302-370), 2. ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1959, p. 212.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança e ações constitucionais, 35. ed., atualizada e complementada de acordo com as emendas constitucionais, a legislação vigente e a mais recente jurisprudência do STF e do STJ por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca, São Paulo, Ed. Malheiros, 2013, p. 63.
- OLIVEIRA. Francisco Antônio de. Mandado de segurança e controle judicial – Mandado de segurança coletivo – enfoques trabalhistas e jurisprudenciais. 2.ed. São Paulo Revista dos Tribunais, 1996, p. 155.
- VIDIGAL. Luís Eulálio de Bueno Vidigal. Mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 1965 p. 199.

A PRESUNÇÃO DE IMPRESCINDIBILIDADE DOS CUIDADOS MATEROS PARA A CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR



Adriano Vottri Bellé¹

O artigo discute a importância da prisão domiciliar, cautelar ou em execução penal, para mães de crianças menores de doze anos. A separação de uma mãe de seu filho normalmente tem consequências significativas no desenvolvimento e no bem-estar da criança, e pode contrariar as disposições do ordenamento jurídico quanto à proteção integral dos infantes. A pesquisa traz aspectos conceituais, humanitários e comparativos do instituto, mas objetiva precisamente verificar se a mãe encarcerada

¹ Mestre em Direito das Relações Internacionais e Integração da América Latina pela Universidad de La Empresa, UDE – Montevideu, Uruguai (Revalidado no Brasil pela Universidade Estácio de Sá – UNESA – do Rio de Janeiro). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE. Pós-Graduado Estrito Sensu em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional UNINTER, em Direito Público pela Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais, FEAD, e em Metodologias Ativas de Aprendizagem pela UNYLEYA. Serventuário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professor do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Paranaense (Unipar). E-mail: adrianobelle@gmail.com.

deve provar que seus cuidados são imprescindíveis para seu filho, ou este requisito é presumido e só pode ser afastado com prova em sentido oposto. Qual seria, então, a melhor prática com vistas a proteger os vínculos familiares e o bem-estar das crianças, e, ao mesmo tempo fornecer, na seara penal, resposta adequada ao crime cometido? É o que se busca analisar a partir do diálogo entre os posicionamentos existentes e com circunstâncias que permeiam essa complexa discussão.

Palavras-chave: prisão domiciliar; requisitos; cuidados maternos; presunção de imprescindibilidade; primeira infância.

THE PRESUMPTION OF THE ESSENTIALITY OF MATERNAL CARE FOR THE GRANTING OF HOUSE ARREST

The article discusses the importance of house arrest, precautionary or criminal execution, for mothers of children under twelve years of age. The separation of a mother from her child usually has significant consequences for the child's development and well-being, and may contravene the provisions of the legal system regarding the full protection of infants. The research brings conceptual, humanitarian and comparative aspects of the institute, but aims precisely to verify whether the incarcerated mother must prove that her care is essential for her child, or this requirement is presumed and can only be ruled out with proof to the contrary. What, then, would be the best practice with a view to protecting family ties and the well-being of children, and, at the same time, providing, in the criminal field, an adequate response to the crime committed? This is what we seek to analyze based on the dialogue between existing positions and circumstances that permeate this complex discussion.

Keywords: house arrest; requirements; maternal care; presumption of indispensability; early childhood.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa parte do pressuposto essencial de que a presença materna é fundamental para garantir o direito da criança de ser criado e educado porque a mãe, em regra, é a principal responsável pela criação dos filhos, sendo decisiva para garantir que as crianças recebam proteção e cuidados adequados, pois em regra a genitora é a principal provedora de apoio emocional e educacional. Essa ideia deve ser exposta desde logo e orientará as discussões posteriores, com enfoque essencial nas crianças, assim entendidas aqueles menores de doze anos de idade, foco essencial da pesquisa.

Naturalmente, contudo, estas primeiras observações por si só não justificariam a confecção de um trabalho, com o desenvolvimento de um estudo mais aprofundado ou mesmo uma discussão entre correntes de pensamento porque isso provavelmente constitui uma compreensão coletiva praticamente unânime. O problema reside, então, na discussão acerca das consequências que podem advir de um contexto em que a mãe se encontra privada de liberdade, seja em decorrência de custódia cautelar, seja devido ao cumprimento de pena aplicada em sentença penal condenatória.

A dicotomia consiste, assim, na coexistência da figura materna, de filhos menores de idade – mormente crianças – e da existência de acusação ou de condenação criminal pela prática de uma infração penal, com a privação da liberdade da ré/sentenciada. Logo, de um lado existe a perspectiva inicialmente trazida acerca da importância da mãe para a proteção dos infantes; e, de outro, a persecução penal e suas inarredáveis consequências, aqui especificamente relacionadas à prisão.

Adiante na análise da problemática proposta, uma breve revisão do ordenamento jurídico atual teria o condão de pôr termo a esta discussão porque, à luz da Constituição Federal (Brasil, 1988), e com o advento do Marco Legal da Primeira Infância, instituído pela Lei nº 13.257 (BRASIL, 2016), promoveu-se alteração no Código de Processo Penal (Brasil, 1941) para inserir três hipóteses adicionais de concessão de prisão domiciliar. Dentre estas previsões, ponderadas com maior atenção no corpo deste artigo, encontra-se a possibilidade de concessão de prisão domiciliar à mulher que tenha filho com menos de doze anos de idade. Com efeito, em função desta disposição legal, a controvérsia proposta teria solução com a concessão do benefício à mãe, uma vez comprovados os requisitos.

No entanto, a discussão ganha ainda outro contorno quando se passa a ventilar a necessidade – ou a desnecessidade – de comprovação, pela mulher privada de liberdade e que seja mãe de filho menor de doze anos de idade, de que seus cuidados são

imprescindíveis para a criança. Significa, pois, indagar: ao requerer o benefício em juízo, deve-se comprovar que não há outra pessoa apta a fornecer os cuidados necessários aos filhos menores de doze anos de idade? Ou, por que não, comprovar que nem ao Estado seria prover tais cuidados sem prejuízo ao desenvolvimento adequado a que têm direito as crianças?

Chega-se, com isso, ao cerne do debate que se pretende apresentar aqui. A questão controvertida vem sendo objeto de decisões judiciais não necessariamente unânimes, e parece oportuno discutir, também na perspectiva acadêmica, os posicionamentos, levando-se em consideração fatores que orbitam a discussão central da dita demonstração de imprescindibilidade dos cuidados maternos para que se defira o benefício da prisão domiciliar. Por razões de síntese, ao menos por ora não serão desenvolvidos estudos casuísticos específicos, senão apresentados embasamentos teóricos com objetivo de enriquecer o debate, nunca de esgotá-lo.

Premissas fixadas, problema central delineado, convém agora tratar da estrutura do trabalho que se apresenta nas páginas ulteriores. O capítulo inaugural traz uma abordagem do instituto jurídico da prisão domiciliar, seus antecedentes legislativos mais relevantes e algumas perspectivas práticas de sua aplicabilidade enquanto claro benefício àqueles que se encontram custodiados em casas de detenção, penitenciárias e afins. É o necessário marco teórico-conceitual do trabalho.

Na sequência, faz-se uma abordagem técnica do instituto e as previsões legais existentes atualmente para sua aplicação. Sem aprofundamento em nenhuma das hipóteses específicas, seja na conjuntura cautelar – durante a persecução penal – ou na execução penal, busca-se delimitar o cenário e observar o ponto de contato entre as hipóteses, verificando-se se existe e qual é o elo entre elas. É um estudo teórico e preparatório de grande importância para o que vem pela frente, notadamente porque permite a compreensão da finalidade central da prisão domiciliar.

Então, no capítulo final, o foco é a inevitável apreciação do questionamento já apresentado: deve-se ou não exigir que a mãe comprove que seus cuidados são imprescindíveis para o filho menor para que lhe seja concedida a prisão domiciliar? Quais são os possíveis entendimentos e as potenciais consequências da adoção destas posturas pelo Poder Judiciário? É possível concluir pela correção ou incorreção de algum entendimento?

Esta estruturação parece permitir que os temas mais relevantes correlatos à matéria em estudo sejam trazidos de forma sequencial e com a clareza de raciocínio apta a permitir ao leitor a imersão necessária para compressão e formação do desejável juízo crítico sobre o tema exposto.

A técnica de pesquisa principal é a documentação indireta, com análise de textos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais – estes últimos com especial relevância para o trabalho – voltados ao estabelecimento e à interpretação das regras voltadas ao instituto da prisão domiciliar. Já metodologia de trabalho centra-se na pesquisa bibliográfica, que permite trilhar as vertentes conceituais, estabelecer parâmetros comparativos e estudar de maneira assertiva as nuances e perspectivas de aplicabilidade do instituto em estudo, com direcionamento para a situação fática proposta.

Como já exposto, o problema central desta investigação consiste na obrigatoriedade ou não de que se demonstre que a presença e os cuidados maternos são imprescindíveis para a criança, filha da mulher presa, para a concessão da prisão domiciliar. De seu turno, estas são as duas hipóteses de pesquisa: a) sim, é necessário que a requerente demonstre que sua presença e seus cuidados são imprescindíveis para que seu filho tenha acesso aos cuidados que lhe garantam a dignidade assegurada pelo ordenamento jurídico, sob pena de indeferimento do pedido; ou b) não se faz necessária a demonstração da imprescindibilidade dos cuidados maternos, representando verdadeira presunção legal de que a criança menor de doze anos de idade tem o direito de acompanhamento materno, independentemente de qualquer outra prova.

Após esta visão geral do conteúdo estruturante do trabalho, passa-se ao estudo de cada uma das etapas propostas, a seguir, a fim de observar os possíveis desdobramentos e as potenciais soluções para esta controvérsia.

1 A PRISÃO DOMICILIAR E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A prisão domiciliar é uma modalidade de cumprimento de reprimenda de caráter penal prevista no ordenamento jurídico, que consiste na restrição da liberdade de uma pessoa, mas com a possibilidade de cumprimento em sua própria residência (Senju; Perez Filho, 2022), de modo que “esta espécie de privação de liberdade pode tanto ser de natureza cautelar quanto pode representar uma forma de cumprimento da pena” (Santos, 2018, p. 17). Durante o cumprimento da prisão domiciliar, o indivíduo fica sujeito a diversas obrigações decorrentes da limitação do espaço de locomoção, como a monitoração eletrônica, o cumprimento de horários determinados, entre outras medidas eventualmente adequadas à situação fática.

Tal instituto está diretamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, matriz capital do Estado Democrático de Direito, e pode ser vislumbrada como alternativa adequada a casos em que a pessoa investigada/condenada possui filhos menores,

que necessitam de cuidados e proteção, sob o fundamento de garantir que a pena não ultrapasse a pessoa do condenado, respeitando o princípio da pessoalidade da pena, insculpido no Art. 5º, inciso XLV da Constituição Federal (Brasil, 1988). Nesses casos, a prisão domiciliar pode permitir que a pessoa presa continue a exercer o papel de cuidador dos filhos menores, com o objetivo de preservar os laços familiares e garantir o bem-estar das crianças.

Logo, constitui-se verdadeira “[...]” forma de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana, além do melhor interesse da criança e o direito a convivência familiar. Destarte, quem goza principalmente dessa substituição é a criança que vai crescer com a presença maternal” (Silva, 2018, p. 45).

Especificamente no que tange à prisão domiciliar para mães de filhos menores de doze anos, pode-se registrar que uma base importante é a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pelas Nações Unidas em 1989 e promulgada no Brasil no ano seguinte (Brasil, 1990), pois reconhece a importância dos laços familiares e da proteção à maternidade. O artigo 9 da Convenção estabelece que as crianças têm direito a não serem separadas de seus pais contra a sua vontade, exceto quando as autoridades competentes decidirem, sujeitas a revisão judicial e em conformidade com a lei e os procedimentos aplicáveis, que tal separação é necessária no interesse superior da criança (Brasil, 1990).

De seu turno, a Lei de Execução Penal (Brasil, 1984) regulamenta o direito de prisão domiciliar para mães de filhos menores de doze anos, com foco direcional ao cumprimento de pena, estabelecendo que é dever do Estado proporcionar às presas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. Já o Código de Processo Penal (Brasil, 1941) prevê que a prisão preventiva pode ser substituída pela prisão domiciliar quando a mulher for gestante ou mãe de criança menor de doze anos, dentre outras hipóteses previstas nos artigos 318 e seguintes do referido diploma (Santos, 2018).

Essas legislações refletem a preocupação em garantir a proteção dos direitos das mães e dos filhos em contexto de prisão, reconhecendo a importância da convivência e compreendendo que a separação da mãe pode ter impactos significativos no desenvolvimento e bem-estar das crianças. A prisão domiciliar, nesse contexto, pode ser uma alternativa que permita que as mães cumpram suas penas/medidas cautelares sem a necessidade de se separarem de seus filhos e pode ajudar a garantir o direito das crianças à educação e à saúde, ou seja, uma verdadeira aplicação prática do princípio do melhor interesse da criança (Senju; Perez Filho, 2022).

Compreende-se, a propósito, que a aplicação do melhor interesse da criança, no caso da situação em estudo, tem por objetivo assegurar o direito da criança à convivência familiar e comunitária, bem como à proteção integral, pois, como bem observa Colucci (2014), tal princípio deve guiar as políticas públicas e praticamente toda a atuação – estatal ou não – quando se trata de menores de idade.

Logo, quando a mãe é detida pode haver um prejuízo irreparável para a criança, que, por sua vez, pode se ver privada de cuidados essenciais, como alimentação, higiene e afeto e é justamente nesse contexto que a prisão domiciliar pode permitir que a mãe continue a exercer o papel de cuidadora, ainda que de forma restrita, em um ambiente familiar e seguro para a criança. "Logo, a impossibilidade de substituição para prisão domiciliar causaria prejuízo direto às crianças, as quais não podem ser punidas por atos praticados por suas mães" (Senju; Perez Filho, 2022, p. 414).

Cabe aqui formular um juízo crítico que pode dialogar com os preceitos até então apresentados, no sentido de trabalhar sob a perspectiva que pode cobrar das mães certa responsabilidade pela prática da infração penal e sua correlação com o caráter preventivo da reprimenda penal. Sabe-se que o mencionado caráter preventivo da pena é uma das finalidades do sistema penal, ao lado da retribuição e da ressocialização, e tem como objetivo evitar a prática de novos crimes, seja por meio da intimidação do agente, seja pela neutralização de sua periculosidade (Lucas; Brito; Machado, 2022)

Esta perspectiva de prevenção pode ser geral, quando visa a dissuadir a sociedade como um todo de cometer crimes, ou especial, quando busca evitar que o condenado volte a delinquir. Tal finalidade da pena pode ser alcançada por meio de diversas medidas, não devendo constituir "[...] apenas um instrumento utilizado pelo Estado em forma de vingança, assim utilizando a coação psicológica para se ter uma boa razão para não se praticar atos criminais (Lucas; Brito; Machado, 2022, p. 578).

Retomando o raciocínio, pode-se argumentar, em uma interpretação menos garantista do ordenamento jurídico, que as mães deveriam ter se atentado para as possíveis consequências negativas antes da prática da infração penal. Logo, invocar-se-ia a Teoria Preventiva (Rossetto, 2014) para afirmar-se que uma vez que a mulher – genitora – opta por praticar algum ilícito penal, estaria abdicando dos direitos até aqui abordados e, portanto, assumindo o risco de se ver separada de seus filhos em uma eventual prisão. Eis a primeira dicotomia de entendimentos do presente trabalho.

Pois bem, esta perspectiva ainda será retomada em momento oportuno adiante, mas o que já

se pode fixar como elemento interpretativo central é a concepção de que o titular dos direitos tutelados não é, propriamente, a mãe, senão as crianças, que dependem dos cuidados – aliás, já se tratou desta abordagem acima. Ora, por um breve e lógico raciocínio, não parece correto admitir que a mãe – ora presa, imagine-se – renuncie a um direito que, ao fim e ao cabo, não lhe pertence – é do filho. Com efeito, cairia por terra esta primeira oposição, admitindo-se a prisão domiciliar – ainda que se aceite a hipótese de a genitora ter assumido o risco de ser presa em função da prática de infração penal –, desde que seja medida correta e adequada para a situação fática e, obviamente, ao melhor interesse da criança.

Como mencionado, estas são considerações preliminares que adiante serão retomadas e aprofundadas. Mas fazia-se necessário já tratar deste raciocínio porque na sequência serão analisadas as diversas hipóteses de cabimento da prisão domiciliar, sempre destacando que o preenchimento dos requisitos e a compatibilidade da medida devem ser elementos norteadores em qualquer caso.

2 A PRISÃO DOMICILIAR NO BRASIL: ESPÉCIES, CRITÉRIOS E ELEMENTOS CENTRAIS

Apesar de o tema central do trabalho ora proposto ter seu foco voltado a uma específica espécie de prisão domiciliar, já trabalhada inicialmente, reitere-se que o ordenamento jurídico brasileiro traz diversas hipóteses de cabimento do instituto, de modo que parece oportuno abordar sumariamente cada uma delas, sobretudo para buscar um ponto de contato ou algo que possa relacionar como fundamento comum e auxiliar na compreensão do foco central do trabalho.

Adiante, portanto, serão exploradas as demais hipóteses de cabimento previstas no Código de Processo Penal (Brasil, 1941), casos estes que embora inseridos no capítulo voltado à aplicação de medidas cautelares também serve de parâmetro para a concessão de prisão domiciliar em fase de execução penal, dado o alinhamento entre as referidas disposições. Ressalte-se, por oportuno, que esta hipótese de custódia cautelar não consiste em uma possibilidade à prisão em estabelecimento comum porque traz consigo a adjetivação de substitutiva (Gomes Filho; Toron; Badaró, 2021).

A propósito, convém observar que elas foram inseridas gradativamente na legislação e por meio de normas não necessariamente voltadas à persecução penal, mas que inegavelmente representam a expressão da proteção de interesses e direitos tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Esta característica parece conferir maior atualização ao instituto e suas respectivas hipóteses, por isso o cabimento em ambos os contextos.

Inicia-se pela possibilidade – Gomes Filho, Toron e Badaró (2021) ressaltam o aspecto facultativo ao julgador – de concessão de prisão domiciliar a maiores de 80 anos de idade, que tem como objetivo garantir o direito fundamental à dignidade da pessoa humana, já que a idade avançada pode ser um fator que compromete a saúde física e mental do condenado, tornando a prisão mais gravosa e difícil de suportar. Além disso, em muitos casos, a pessoa idosa já não apresenta riscos de reincidência; logo, representa uma medida que busca conciliar a punição do delito com a proteção dos direitos humanos e da dignidade do condenado.

No que toca à prisão domiciliar a alguém preso que se encontre extremamente debilitado por motivo de doença grave, entende-se que a doença grave pode comprometer seriamente a saúde e o bem-estar da pessoa prisão, tornando a prisão uma condição incompatível com a sua condição física, entendendo-se imprescindível a demonstração de falta de estrutura do estabelecimento prisional para atender às necessidades da pessoa presa (Barbosa, 2017). Trata-se, pois, de outra medida de natureza humanitária, que busca conciliar a necessidade de punição com a proteção da integridade física e mental do condenado, podendo-se invocar aqui, também, o direito fundamento previsto no inciso III do art. 5º da Constituição Federal (Brasil, 1988), segundo o qual “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

A prisão domiciliar também representa uma alternativa prevista na legislação brasileira para substituir a prisão em estabelecimento penal quando o preso é indispensável aos cuidados de uma pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência. Aqui, o cumprimento da decisão de prisão ocorre no domicílio, desde que fique comprovado que o indivíduo é responsável pelos cuidados essenciais dessa criança ou pessoa com deficiência que requer atenção especial (Barbosa, 2017).

Já a possibilidade de concessão da benesse para gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou em caso de gravidez de alto risco trata da proteção da saúde física e emocional da gestante, levando em consideração as particularidades da gravidez avançada ou de risco, bem como do nascituro, cujos interesses também se encontram tutelados pela legislação referente a proteção de menores (Barbosa, 2017).

Reconhecendo que o ambiente prisional pode apresentar riscos à saúde da gestante e do feto, bem como dificuldades na assistência médica adequada, a legislação brasileira estabelece a prisão domiciliar como uma alternativa que busca conciliar a necessidade de custódia com a preservação dos direitos e da dignidade da gestante, além de resguardar a saúde e o bem-estar do nascituro, restando

suficiente, em regra, a prova adequada da gravidez (Gomes Filho; Toron; Badaró, 2021).

Os requisitos previstos em lei para a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar no caso de mulheres gestantes, mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência são estabelecidos nos artigos 318-A e 318-B do Código de Processo Penal (Brasil, 1941). Conforme o artigo 318-A, para que ocorra a substituição, a mulher em questão não deve ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa e também não deve ter cometido o crime contra seu filho ou dependente, indicando ao julgador que leve em conta o caso concreto e suas especificidades, sobretudo elementos acerca da gravidade do delito (Gomes Filho; Toron; Badaró, 2021).

De seu turno, o artigo 318-B estabelece que a substituição da prisão domiciliar pode ocorrer concomitantemente com a aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941), proporcionando uma maior gama de possibilidades de controle e acompanhamento da pessoa em prisão domiciliar, sem prejudicar o devido processo legal e a efetividade da medida cautelar. Esses requisitos têm como objetivo equilibrar a necessidade de punição do infrator com a proteção dos interesses das crianças, garantindo uma solução adequada dentro do contexto jurídico-penal.

No mais, a permissão de concessão para homem que seja o único responsável pelos cuidados do filho de até doze anos de idade incompletos (Barbosa, 2017) igualmente tem foco capital na proteção dos direitos do infante. Reconhecendo uma vez mais que a privação do convívio familiar pode ser prejudicial ao desenvolvimento emocional e psicológico da criança, a legislação brasileira permite que, em casos excepcionais, o homem possa cumprir a pena em regime de prisão domiciliar, desde que comprovada a sua responsabilidade exclusiva pelos cuidados do filho menor.

Partindo-se desta constatação final, insere no parágrafo anterior, pede-se especial licença ao leitor para suspender momentaneamente o estudo até então engendrado para observar uma minúcia crucial para a interpretação proposta. É que a diferença essencial do texto legal do Código de Processo Penal (Brasil, 1941) quando o assunto é o cuidado de filhos menores de doze anos é exatamente a exigência literal, para o pai, da comprovação da necessidade de que seus cuidados são essenciais ao infante; quando se refere à mãe, há um verdadeiro silêncio eloquente do mencionado dispositivo legal, ou seja, o legislador se absteve de inserir essa exigência às mulheres. E isso não pode ser ignorado.

Em comum, todos estes dispositivos legais parecem englobar a atenção às necessidades de outras pessoas, não necessariamente as características daqueles privados de liberdade. Logo, à exceção do

critério etário – oitenta anos de idade – e daquele que trata da debilidade física da pessoa presa, os demais casos voltam-se para a tutela de direitos e interesses de outrem, notadamente o nascituro, a criança e a pessoa com deficiência (Gomes Filho; Toron; Badaró, 2021).

À vista disso, o ponto comum de todas as perspectivas de concessão da prisão domiciliar parece ser uma expressão prática do princípio da dignidade da pessoa humana, com o fito de evitar, por exemplo, a exposição da pessoa presa – ou de alguém que dela dependa – a situações degradantes decorrentes, direta ou indiretamente, do cumprimento de uma reprimenda penal de privação da liberdade, o que é expressamente vedado pela legislação. Essa tutela, assim, sobressai a punição para aplicar, na prática, o direito fundamental – já tratado aqui – que salvaguarda a pessoa destas circunstâncias incompatíveis.

3 A PRESUNÇÃO DA NECESSIDADE DOS CUIDADOS MATERNOS NA PRISÃO DOMICILIAR

A esta altura do trabalho, algumas premissas já parecem consolidadas o bastante para que se possa conferir o devido aprofundamento ao debate, direcionando-se ao elemento central da proposta. Logo, compreende-se que a proteção dos direitos humanos das mães e filhos em contexto de prisão é uma questão complexa e multifacetada, que requer análise cuidadosa e abrangente, haja vista que a convivência familiar decorre do melhor interesse da criança (Silva, 2018) e constitui um direito fundamental – a ser protegido em todas as circunstâncias, inclusive durante a prisão –, ou seja, inegavelmente mães que estão presas devem ter acesso a meios de manter contato regular com seus filhos, e a legislação deve garantir que as famílias sejam mantidas juntas, sempre que possível (Colucci, 2014).

Além do mais, a saúde (Santos, 2018) e a educação são outros fatores importantes a se sopesar na proteção dos direitos humanos de filhos com as mães em contexto de prisão, razão pela qual a custódia domiciliar pode representar uma solução viável para a proteção correta das crianças envolvidas (Gomes Filho; Toron; Badaró, 2021).

Como visto, a legislação estabelece critérios específicos para a concessão da prisão domiciliar, e um desses critérios é justamente a idade dos filhos, que deve ser menor que doze anos, para que a mãe possa se pleitear tal direito. Ademais, faz-se necessário demonstrar que o crime que ocasionou a custódia foi praticado sem violência ou grave ameaça, bem como que não foi praticado contra os próprios filhos (Brasil, 2022). Até aqui, parece não haver maiores controvérsias.

Todavia, a pergunta elementar é: além dos requisitos acima mencionados, também deve-se exigir que a mãe não tenha outro familiar capaz de cuidar das crianças durante a sua ausência? É dizer: deve a genitora privada de liberdade provar que sua presença em cárcere prejudica sensivelmente a prestação de cuidados a seus filhos porque não há outra pessoa que possa lhe substituir excepcionalmente durante o período de cárcere? Ou, então, esta necessidade do infante seria presumida, de modo que a análise judicial não perpassaria por esta etapa, já superada de antemão?

Em uma primeira observação, o ordenamento jurídico não é necessariamente claro ao tratar da questão em estudo, visto que nem o art. 117 da Lei de Execução Penal (Brasil, 1984), nem o Art. 318 e seguintes do Código de Processo Penal (Brasil, 1941) trazem previsão literal em algum sentido. Cabe, então, ao aplicador conferir a interpretação da norma.

Eis que, então, em decisão de notória importância, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento sob a relatoria da Ministra Rosa Weber (Brasil, 2021), ressaltou a retirada da exigência de comprovação de imprescindibilidade da genitora para os cuidados dos filhos menores de doze anos, enfatizando a preocupação do legislador e do Poder Judiciário em assegurar a proteção dos direitos da criança e a manutenção dos vínculos familiares. A presunção de imprescindibilidade é um elemento fundamental nessa discussão, e foi estabelecida pelo legislador de forma intencional ao retirar a necessidade de comprovação nesse sentido no artigo 318, inciso V, do Código de Processo Penal, sobretudo se comparado ao disposto no inciso VI do mesmo dispositivo (Brasil, 1941), como já aventado no final do capítulo anterior.

Essa presunção reconhece a importância do papel materno no cuidado e na criação dos filhos menores de doze anos, considerando que a convivência e a atenção da mãe são essenciais para o desenvolvimento saudável e adequado das crianças nessa faixa etária. Ao presumir a imprescindibilidade, o legislador busca proteger os direitos e interesses dos menores, reconhecendo que a separação forçada da mãe em virtude de uma prisão poderia acarretar prejuízos emocionais, psicológicos e sociais para as crianças.

Logo, seguindo-se este entendimento, certamente ainda resta necessário demonstrar no caso posto em juízo os demais requisitos autorizadores para a concessão da prisão domiciliar, seja ela de natureza cautelar ou mesmo já em sede de cumprimento da pena. Outrossim, o que restou estabelecido neste importante julgamento foi justamente a presunção de que a presença física da mãe é sobremaneira importante para o desenvolvimento da criança, sem que tal circunstância deva ser comprovada pela requerente. A propósito, convém trazer para este trabalho as

constatações da Ministra Relatora Rosa Weber (Brasil, 2021, p. 7-8):

A ratio da prisão domiciliar nessas hipóteses é a proteção integral das crianças, no sentido de bem estar e ênfase na valorização da família (art. 226 da CF). A imprescindibilidade da mãe para com os cuidados de filho na idade e condições apontadas no presente caso – notadamente quando em cena criança com apenas 03 anos de idade – decorre do próprio poder familiar. Desconstituir essa presunção, para efeitos processuais penais, passa pelas balizas do artigo 318-A do CPP que, no caso, não se concretizam: A lei, em verdade, presume a necessidade e importância do acompanhamento materno ao infante menor de 12 (doze) anos, tanto que propositalmente o legislador retirou da redação do art. 312[8],V do CPP, a comprovação de que seria ela imprescindível aos cuidados do menor, a qual se faz necessária em outros casos do mesmo artigo (HC 187.070, Rel. Min. Edson Fachin).

Dessa forma, a presunção de imprescindibilidade da genitora ao cuidado dos filhos menores de doze anos no contexto da prisão domiciliar reflete a compreensão de que a separação forçada entre mãe e filho pode acarretar prejuízos significativos para o desenvolvimento e o bem-estar da criança, reforçando a importância de se buscar alternativas que conciliem a punição do infrator com a proteção dos interesses das crianças envolvidas. Em contraponto, esta presunção obriga que se demonstre – mediante conjunto probatório – que a presença da mãe não é recomendável para o bem-estar do filho, invertendo-se sensivelmente a sistemática de análise jurisdicional e, claro, privilegiando a requerente genitora.

Todavia, embora haja uma tendência por esta linha de entendimento, não é possível tratar do tema atualmente sob o prisma da total pacificação jurisprudencial, senão porque há eloquentes vozes também em sentido contrário, ou seja, sustentando que ainda se mantém a necessidade de demonstração

fática da necessidade de cuidados, sem a presunção ora aventada.

A propósito, esta divergência consta do próprio julgamento já mencionado linhas acima, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (Brasil, 2022), no qual o voto vencido foi do Ministro Joel Ilan Paciornik, no sentido de que

[...] a Terceira Seção desta Corte estabeleceu que, para a concessão excepcional, no caso de apenada que seja mãe, exige-se que "tal medida seja proporcional, adequada e necessária e que a presença da mãe seja imprescindível para os cuidados da criança ou pessoa com deficiência" (RHC 145.931/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 16/3/2022).

Na hipótese, as instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam pela negativa do pedido de prisão domiciliar, ao fundamento, sobretudo, de que não fora comprovado que a presença da apenada é imprescindível aos cuidados dos seus filhos menores de 12 anos. Para se afastar essa conclusão, é cogente o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus (Brasil, 2022, p. 5, grifos no original).

Ressalte-se que a decisão neste julgamento foi, por maioria, pela concessão da ordem de Habeas Corpus, acompaando dia qunhando o voto do Relator, o Ministro João Otávio de Noronha. Em qualquer caso, vale o registro justamente para que se faça possível dialogar com a perspectiva de que ainda seria exigível a demonstração do critério da necessidade de cuidados – o que, aliás, já havia sido decidido neste mesmo caso nas instâncias anteriores.

O pano de fundo para este contraponto à presunção trazida nesta pesquisa parece se fundamentar no fato de que a concessão da prisão domiciliar para mães de filhos menores de doze anos poderia transmitir a mensagem de que a gravidade do crime é menos relevante quando envolve uma mãe com crianças, ou seja, poderia conduzir a uma interpretação leniente em relação à punição, minando a confiança no sistema de justiça.

Ademais, concessão de prisão domiciliar para mães de filhos menores de doze anos poderia criar precedentes para outros casos limítrofes, ampliando em demasia a demanda por critérios mais amplos de elegibilidade para a prisão domiciliar, pondo em risco a própria credibilidade do instituto, além de poder constituir um estímulo à reincidência.

Embora válidos e reflexivos, estes argumentos foram considerados na decisão do Supremo Tribunal Federal ora em estudo, na qual a Relatora Ministra Rosa Weber concede a ordem de Habeas Corpus à paciente que, diga-se, era reincidente. Todavia, preenchidos os requisitos estudados anteriormente e levando em conta princípios constitucionais do melhor interesse da criança, a ordem foi concedida (Brasil, 2021). A este propósito, é crucial aqui novamente citar o referido julgado, porque outra vez é cirúrgico no diálogo com argumentos contrários, por deixar muito claro o fundamento estruturante da decisão,

[...] assegurando, com absoluta primazia, o direito à convivência familiar.

Além disso, o Brasil é signatário de importantes documentos internacionais voltados à proteção das crianças, de que se pode citar, p. ex., a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança – promulgada, no território nacional, pelo Decreto nº 99.710/1990 –, que consagrou, em seu Artigo 3º, I, o princípio do melhor interesse da criança, além de impor aos Estados partes o compromisso geral de “zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança” (Artigo 9, I) (Brasil, 2021, p. 6, grifos no original).

Portanto, o prisma interpretativo não se volta ao delito ou à acusada/condenada, senão ao infante e aos direitos assegurados por textos supranacionais e de ordem constitucional. Esta conjectura, apta a conferir a pertinência necessária para dar segurança e legitimidade às decisões que enfrentam tal temática, tende a resolver os questionamentos apresentados, sobretudo se constatada a existência de análise casuística criteriosa mesmo em se aplicando a presunção aqui retratada. Não parece plausível imaginar que tal concessão implicaria na mensagem de que o crime compensa para mães, ou que o benefício da prisão domiciliar estaria banalizado a ponto de abrir-se um leque grande demais.

Ademais, notadamente este artigo caminha para sustentar que os cuidados maternos são presumidamente necessários para crianças, devendo ser afastada esta presunção apenas em casos em que houver demonstração fática da incompatibilidade da

medida. Todavia, a par destas perspectiva jurídico-normativa, é igualmente relevante observar que devem desenvolvidas políticas públicas que atuem de forma efetiva no sentido de mitigar essas limitações e desafios enfrentados pelas mulheres em prisão domiciliar, tais como a oferta de assistência social e psicológica, para as mães em prisão domiciliar, a fim de proporcionar um ambiente acolhedor e garantir o bem-estar físico e emocional de todos os envolvidos.

Hodiernamente, as políticas públicas e o sistema jurídico ainda apresentam lacunas e falhas no que tange à proteção dos direitos humanos das mães e filhos em contexto de prisão (Senju; Perez Filho, 2022). Urge, portanto, a implementação de medidas que visem minimizar os impactos negativos desse cenário e garantir a proteção integral dos direitos envolvidos.

Ao fim e ao cabo, é necessário ampliar o diálogo e a cooperação entre os diversos órgãos responsáveis pela implementação dessas políticas, como o sistema de justiça criminal, o sistema de proteção à criança e ao adolescente e as áreas de saúde e assistência social. Somente com uma atuação integrada e coordenada será possível superar os desafios e limitações enfrentados pelas mães em prisão domiciliar e garantir a proteção integral dos direitos humanos envolvidos, em especial o direito da criança a um desenvolvimento pleno e compatível com os preceitos constitucionais já estudados nesta pesquisa.

CONCLUSÃO

Feitas as observações anteriores sobre a temática em estudo, convém neste momento ressaltar desde logo a total despreensão do presente trabalho em formar juízo conclusivo por qualquer das hipóteses da pesquisa, tratados introdutoriamente, ou de quaisquer constatações aventadas no decorrer das linhas anteriores. Ainda que se olvidasse ser o Direito uma ciência social inevitavelmente sujeita a constantes – e ora rápidas – transformações, a própria peculiaridade da temática central abordada tem a eminentemente adjetivação casuística, cuja análise contempla a reserva de jurisdição e a ponderação individual para que se chegue a uma decisão alinhada ao que o ordenamento jurídico brasileiro prevê.

Tanto é assim que os dois julgados que serviram de inspiração para este trabalho – notadamente aquele do Supremo Tribunal Federal sob relatoria da Ministra Rosa Weber, ora homenageada –, não obstante asseverem pela presunção de necessidade de cuidados maternos na análise da possibilidade de concessão da prisão domiciliar a mães encarceradas, trazem em seu bojo a inarredável necessidade de análise dos requisitos legais previstos em Lei para concessão do benefício. Não bastasse isso,

no julgamento do Superior Tribunal de Justiça houve voto divergente, devidamente analisado.

Assim, para além de formar conceitos e encerrar debates, a presente pesquisa buscou fixar marcos conceituais e interpretativos acerca do instituto da prisão domiciliar e de sua função de viés humanístico à seara penal e processual penal. Suas origens, como visto, transcendem os limites brasileiros – não são criações nacionais, como alguém desavisado poderia supor – e ganham contornos ainda mais definidos quando se afunila a discussão para menores de doze anos de idade com mães encarceradas, seja por prisão de natureza cautelar ou já na fase de execução penal.

Nota-se que prisão domiciliar para mães de filhos menores de doze anos pode ter várias vantagens significativas em comparação com a prisão tradicional, sobretudo pela preservação dos laços familiares, aspecto fundamental para o bem-estar emocional e psicológico das crianças. Neste contexto, ao permitir que as mães fiquem em casa com seus filhos, a prisão domiciliar pode ajudar a manter esses laços e minimizar o impacto negativo da prisão na vida das crianças.

Ademais, reputou-se relevante retratar as demais hipóteses previstas para o benefício da prisão domiciliar, com vistas a traçar um perfil comparativo e buscar algo como um denominador comum entre as diversas facetas do instituto. Isso poderia auxiliar na análise e na decisão em casos limítrofes, assim entendidos aqueles em que não há absoluta clareza quanto à possibilidade de deferimento ou indeferimento de pedido, mas no qual se demande uma busca mais profunda pelas origens, pelos objetivos e, em especial, pela razão da existência do instituto.

É com estas referências que se chega, finalmente, ao debate específico que intitula o artigo: afinal, a mulher que se encontra presa e que tem filho menor de doze anos de idade deve demonstrar que seus cuidados são necessários e indispensáveis à sua prole, ou, ao contrário, esta dita imprescindibilidade tem presunção legal e somente pode ser afastada quando demonstrada alguma incompatibilidade? Como tratado na introdução do trabalho, estas são as hipóteses dialógicas da pesquisa.

Assim, foram analisados dois importantes precedentes jurisprudenciais dos Tribunais Superiores da jurisdição brasileira, interligados em sua essência – por discutirem a mesma matéria –, com objetivo máximo de apresentar os pontos fundamentais do debate, aquilo cuja análise incumbe ao Poder Judiciário em sua essência. E como não poderia deixar de ser, a matéria é controvertida, sujeita a posicionamentos divergentes tanto em instâncias jurisdicionais inferiores, quanto no próprio julgamento do Superior Tribunal de Justiça (Brasil, 2022).

Com efeito, restaram analisados os requisitos existentes e os argumentos de ambos as vertentes para observar-se que parece haver um maior alinhamento com o ordenamento jurídico da corrente que defende estar presumida a necessidade de cuidados maternos a filhos menores de doze anos de idade, presunção esta que não é absoluta e, por consequência, admite prova em sentido contrário. Significa, pois, admitir que embora haja necessidade de reprimenda estatal em relação à mulher acusada ou condenada, sobressai o princípio do melhor interesse da criança e a consequente proteção integral assegurada pela Legislação.

Confirma-se, desta maneira, a hipótese de pesquisa segundo a qual existe a presunção de preenchimento deste requisito, alinhada aos já mencionados princípios e disposições legais produzidos pelo legislador brasileiro, além de adequação a normas internacionais das quais o país é signatário. Esta coerência também encontra guarida na interpretação do Código de Processo Penal (Brasil, 1941), pois em outra previsão para prisão domiciliar – pai com filho menor de doze anos de idade, art. 318, inciso VI – existe a previsão expressa de que os cuidados do genitor encarcerado devem ser imprescindíveis à criança, o que não está previsto no inciso V do referido dispositivo.

Observa-se, ainda, que a metodologia de elaboração do trabalho, engajando tanto a problemática norteadora quanto os objetivos do estudo, bem assim as técnicas de pesquisa permitiram a organização e a concatenação da exposição das ideias. Este contexto permitiu a apresentação de conceitos, o estudo do tema sob o prisma dos direitos humanos e das características pertinentes da reprimenda penal, a verificação das demais situações em que a prisão domiciliar é cabível e, finalmente, da discussão do tema central ora proposto.

Por oportuno, já encaminhando para o encerramento destas breves digressões, é necessário observar que embora muito significativa, apenas a concessão da prisão domiciliar à genitora não resolve a problemática porque há uma parcela considerável de famílias vivendo e situação de vulnerabilidade social, de modo que a análise das limitações e desafios enfrentados pelas mães em prisão domiciliar se revela uma tarefa complexa, que envolve múltiplos aspectos e variáveis e que vão além da seara processual. Entre os principais obstáculos encontrados pelas mulheres nessa situação, pode-se mencionar a falta de assistência social e psicológica, que se traduz em uma carência de apoio e orientação para lidar com as dificuldades inerentes à situação de prisão domiciliar, o que tende a agravar ainda mais a sua condição de vulnerabilidade.

Em resumo, a presença materna é essencial para garantir o direito da criança de se desenvolver em

um ambiente saudável e seguro no seio de sua família, sendo determinante que a convivência familiar e comunitária seja assegurada, no contexto que proporcione o desenvolvimento integral do infante. Por isso, é necessário que as políticas públicas e as instituições envolvidas com a proteção da criança trabalhem juntas para garantir que esses direitos sejam respeitados e promovidos, e a concessão do instituto da prisão domiciliar nos casos em estudo, com a presunção de necessidade de cuidados maternos, parece estar alinhada a este contexto de proteção.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Gabriela Urbano. Das novas hipóteses de prisão domiciliar com o advento da Lei nº 13.257 de 2016. 2017. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília – UniCeub – Faculdade de Ciências Jurídicas Sociais. Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11321/1/21253976.pdf>. Acesso em: 26 maio 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 11 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 9 maio 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 maio 2023.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 2 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm. Acesso em: 11 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 169.406 – Minas Gerais. Crimes de furto qualificado e de associação criminosa. Prisão preventiva. Paciente mãe de filho menor de 12 anos. Flagrante ilegalidade evidenciada. Prisão domiciliar. Substituição. Acusada reincidente. Inexistência de óbice. Imprescindibilidade da mãe. Presunção não desconstituída. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2021]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcorao?num_registro=202200855291&dt_publicacao=23/06/2022. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 731.648 – Santa Catarina. Prisão domiciliar. art. 318, V, do CPP. Mãe com filhos de até 12 anos incompletos. Crime sem violência ou grave ameaça. Não cometimento contra os próprios filhos. Imprescindibilidade de cuidados maternos presumida. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2022]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346238238&ext=.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2023.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: doi: 10.11606/D.2.2014.tde-25022015-083746. Acesso em: 26 maio 2023.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gusvato Henrique (coord). Código de processo penal comentado [livro eletrônico] / -- 4. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

LUCAS, Ana Paula Pereira; BRITO, Italo Lucas; MACHADO, Marcos Paulo Goulart. A (in) eficácia do caráter preventivo da pena no Brasil. *Facit Business and Technology Journal*, v. 3, n. 39, 2022. Disponível em: <https://jnt1.websiteseuro.com/index.php/JNT/article/view/1918>. Acesso em: 26 maio 2023.

ROSSETTO, Enio Luiz. Teoria e Aplicação da Pena. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

SANTOS, Fabiane Alexandria. Sistema carcerário feminino: presidiárias gestantes. 2018. Disponível em: <http://45.4.96.19/handle/aee/822>. Acesso em: 7 maio 2023.

SENJU, Maria Eduarda Peppe; PEREZ FILHO, Augusto Martinez. Mulheres encarceradas e Direitos Humanos: breves reflexões acerca dos princípios da isonomia e melhor interesse do menor na concessão de prisão domiciliar. In: Anais do Congresso Brasileiro de

Processo Coletivo e Cidadania. 2022. p. 403-421.
Disponível em:
<https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2836>.
Acesso em 30 abr. 2023.

SILVA, Júlia Estrela de Oliveira Lobo et al. Análise acerca da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar nos casos de gestantes e mães de menores como forma de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana. 2018. Disponível em:
<http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/handle/riufcg/15261>. Acesso em: 26 maio 2023.

O COMPLIANCE PENAL: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS



Agenor de Lima Bento¹

O estudo tem por objetivo apresentar os aspectos introdutórios sobre o compliance criminal no contexto do Brasil. A problemática reside na compreensão geral do instituto e suas principais polêmicas. Termo recente, o compliance refere-se a estar em conformidade com as regras e leis do país e, também, a criação de políticas e regras de governança dentro das empresas. O trabalho faz uso do método lógico dedutivo combinado à pesquisa bibliográfica e documental como precedente, abordando as legislações e decretos que possibilitaram a inauguração do compliance. Como principal contribuição, verifica-se o instituto como medida de prevenção e mitigação de riscos das companhias. O estudo conclui que houve um crescimento do compliance no Brasil e a adoção de uma cultura de conformidade das companhias

¹ Mestre em Direito Empresarial pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Professor universitário na Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3203315724168162>. E-mail: genordelima@msn.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-8984-4843>

brasileiras, públicas e privadas, bem como do próprio brasileiro que, agora, adota critérios mais claros nos seus atos.

Palavras-chave: compliance criminal; governança; mitigação e prevenção de riscos.

CRIMINAL COMPLIANCE: INTRODUCTION ASPECTS



Demetrius Nichele Macei²

The study aims to present the introductory aspects of criminal compliance in the context of Brazil. The problem lies in the general understanding of the institute and its main controversies. A recent term, compliance refers to being in compliance with the rules and laws of the country and also the creation of governance policies and rules within companies. The work makes use of the deductive logic method combined with bibliographic and documentary research as a precedent, addressing the legislations and decrees that enabled the inauguration of compliance. The institute is the main contribution as a measure for the prevention and mitigation of risks by companies. The study concludes that there has been a growth in compliance in Brazil and the adoption of a culture of compliance by Brazilian companies, both public and private, as well as by Brazilians themselves, who now adopt clearer criteria in their acts.

Keywords: criminal compliance; governance; risk mitigation and prevention.

² Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, com Pós-Doutorado na Universidade de São Paulo – USP. Advogado e professor no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do PPGD/UNICURITIBA. E-mail: demetriusmacei@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8913796337992460>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7635-3668>

INTRODUÇÃO

Instituto há pouco conhecido no Brasil, o compliance ganhou atenção nos últimos anos, notadamente, pela grande repercussão havida com as recentes crises, quebras societárias e escândalos empresariais, cenário que levou a edição de diversas leis e regulamentos para impedir e disciplinar as atividades sociais.

O termo, compliance vem do inglês *to comply*, ou seja, estar em conformidade, adequado com regras e regulamentos nacionais e, até mesmo, internacionais.

De acordo com a Associação Brasileira de Bancos Internacionais (ABBI, 2009), o termo compliance "vem do verbo em inglês '*to comply*', que significa 'cumprir, executar, satisfazer, realizar o que lhe foi imposto', ou seja, compliance é o dever de cumprir, estar em conformidade e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades da instituição".

Por isso que, uma estrutura de compliance é aquela pela "[...] qual uma organização consiga prevenir e detectar condutas criminosas/ilegais e, também, promover uma cultura que encoraje o cumprimento das leis e uma conduta ética" (Serpa, 2016, p. 59).

A criação e implementação de programas de conformidade deve ser um passo dado pela alta gestão da sociedade, fortalecendo as empresas e criando padrões de tomada de decisões. Contudo, a governança corporativa se vincula a como as decisões de gestão são tomadas.

Neste sentido, o presente estudo tem por objetivo apresentar os aspectos introdutórios do compliance criminal no contexto do Brasil. A problemática reside na compreensão geral do instituto e suas principais polêmicas.

Para atender aos objetivos gerais e específicos, o trabalho se desenvolverá ao longo do segundo tópico, que abordará o compliance em termos gerais e seus principais desmembramentos. Além disso, irá fazer uso do método lógico dedutivo combinado à pesquisa bibliográfica e documental, abordando as legislações e decretos que possibilitaram a inauguração do compliance.

O estudo do tema se justifica considerando que o instituto do compliance é recente e vem ganhando cada vez mais proeminência no cenário atual.

1 DESENVOLVIMENTO

O termo governança corporativa foi criado, no Brasil, no final da década de 1990 e, no mundo, na década de 1980 (Carvalho, 2021, p. 144). Nos Estados Unidos, na década de 1980, surgiu um movimento de engrandecimento dos acionistas, da abertura de

capital, de criação de fundos de investimentos e de pensão e o pedido de transparência nos negócios públicos.

Vários escândalos em termos mundiais mexeram com o mercado global, tais como o caso da General Motors e uma grande pressão de conselhos sobre gigantes do mercado, como IBM, American Express etc.

O final da década de 1990 e o início da década de 2000 foram marcados por uma série de códigos de melhores práticas, tais como a revisão do Cadbury Report, o OECD Principles of Corporate Governance e a lei Sarbanes-Oxley Act.

O Cadbury Report foi criado, em 1991, pelo inglês Adrian Cadbury e traz uma série de recomendações do The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, objetivando criar regras claras e básicas para evitar e mitigar riscos e falhas na governança corporativa, seu texto serviu de base para a criação de outras regras de governança, como o da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), da União Europeia e dos Estados Unidos. Carvalho (2021, p. 564) ensina que:

O principal objetivo da comissão de notáveis liderado por Sir Adrian Cadbury foi recomendar práticas capazes de resgatar a confiança dos investidores na honestidade e na *accountability* das companhias listadas, ou seja, das companhias de capital aberto, e seus trabalhos estavam focados nas demonstrações financeiras. A criação da comissão teve como grandes motivadores os escândalos envolvendo o grupo Coloroll, o consórcio Asil Nadir's Polly Peck, e o grupo Maxwell. O produto dos trabalhos da comissão foi um relatório: Report of the committee on the financial aspects of corporate governance. O relatório ficou conhecido como o primeiro código de boas práticas e governança corporativa no mundo e influenciou profundamente as práticas brasileiras na medida em que o IBGC desenvolveu código similar e, inclusive, recebeu a visita do Sir Adrian Cadbury para esclarecer o conceito de boa governança¹⁸. O relatório da comissão parte da visão de governança corporativa como o sistema pelo qual as companhias são dirigidas e controladas. Além disso, propõe o estabelecimento das funções dos acionistas, do conselho de administração, dos diretores e

dos auditores, ressaltando os deveres da alta direção na composição de ações estratégicas para supervisionar o desenvolvimento do negócio e reportar aos acionistas as suas ações. Os conselhos de administração estão sujeitos às leis, regulações e às deliberações dos acionistas nas assembleias gerais.

No âmbito da OCDE, criaram-se princípios com diversos objetivos, tais como:

[...] auxiliar os decisores políticos a avaliar e melhorar o enquadramento jurídico, regulamentar e institucional para o governo das sociedades, de modo a apoiar a eficiência económica, o crescimento sustentável e a estabilidade financeira. Tal é conseguido, principalmente, através dos incentivos aos acionistas, aos membros do conselho e aos executivos, bem como aos intermediários financeiros e aos prestadores de serviços, adequados ao desempenho das suas funções dentro de um quadro de controlo e equilíbrio. Pretende-se que os Princípios sejam concisos, compreensíveis e acessíveis à comunidade internacional. Com base nos Princípios caberá às iniciativas governamentais, semigovernamentais ou do sector privado avaliar a qualidade do enquadramento de governo das sociedades e desenvolver disposições imperativas ou voluntárias mais detalhadas que possam ter em conta as diferenças económicas, jurídicas e culturais, específicas de cada país.

Os Princípios da OCDE foram aprovados pelos ministros representantes dos países em 1999 e, então, tornaram-se uma referência internacional para decisões de políticos, investidores, sociedades e outros sujeitos com interesses em negócios. Ensina Carvalho (2021, p. 444):

Após sete anos, a OCDE também contribuiu significativamente com o tema. Com a primeira manifestação de uma entidade internacional e intergovernamental sobre a governança corporativa, em 1999 oferece uma publicação gratuita: OECD Principles of

Corporate Governance. Essa publicação é um grande marco na medida do seu pioneirismo, riqueza de análise e fortíssima influência que exerce até os correntes dias. Ela propõe uma primeira contribuição a ser construída a partir das profundas alterações económicas e sociais da década de 1990, da necessidade de que as corporações utilizem o seu capital de modo eficiente, e de uma visão contextualizada da governança corporativa, ou seja, a governança corporativa como uma parte de um contexto económico muito maior, incluído e dependente de políticas macroeconómicas e do grau de competitividade dos produtos e dos fatores de mercado. Também ressalta a sua dependência da produção de normas, de aspectos regulatórios, institucionais e de meio ambiente, sem perder de vista uma responsabilidade social abrangendo a ética empresarial, observando o cuidado com o meio ambiente e com os interesses sociais de cada comunidade na qual as operações ocorram e, ressaltando, ainda, a importância do impacto reputacional na longevidade da empresa.

Houve, também, a revisão dos princípios, que nas palavras de Carvalho (2021, p. 578):

A revisão realizada não foi simplesmente uma revisão gramatical ou uma expressão diversa para representar o conceito anterior. Ocorreu o reconhecimento de uma ampliação do campo de atuação da governança corporativa, especialmente em razão de fatos e escândalos que ocorreram após 1999.

Após verem falir a sociedade Enron e uma série de outras empresas, em 2001 e diante, os Estados Unidos criaram a Lei Sarbanes-Oxley Act, que foi sancionada em 2002, objetivando proteger investidores e outros stakeholders de maquiagens e erros contábeis das sociedades empresárias. Criou, assim, uma regra de prestação de contas e tem por finalidade combater e prevenir fraudes que possam impactar o desempenho financeiro das organizações. Ainda, de Carvalho (2021, p. 598), colhe-se interessante explicação, dizendo:

Outro documento extremamente relevante para a compreensão da governança corporativa é a norte americana Sarbanes-Oxley Act of 2002, ou simplesmente: SOx. A sua elaboração se deu como rápida reação a graves casos de fraudes contábeis ocorridos principalmente na Enron e na Worldcom. A importância da SOx é tamanha que o estudo da governança corporativa nos Estados Unidos pode ser didaticamente dividido em dois momentos: antes e pós 2003²⁸. A divisão ocorre em razão do forte marco normativo que foi inaugurado com a SOx, especialmente em razão da tentativa do governo Bush em resgatar a confiança dos investidores nos líderes empresariais. Ela regula, de modo geral, a responsabilidade corporativa e introduz obrigações de implementar mecanismos de controles internos²⁹, porém, em seus 11 títulos, também há disposições sobre crimes do colarinho branco, fraudes corporativas, crimes envolvendo práticas corporativas e contábeis, a responsabilidade do presidente (Chief Executive Officer – CEO) e do diretor financeiro (Chief Financial Officer – CFO) pelas demonstrações financeiras, entre outras.

No Brasil, houve a criação do Instituto Brasileiro de Conselheiros de Administração (IBCA), que, depois, mudaria o nome para Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC). Em 2009, o IBGC também criou um código de melhores práticas para a governança corporativa, tendo em vista as crises financeiras que assolavam (e assolam) o mundo.

Estoura no Brasil o caso Sadia (com a condenação de membros do conselho de administração por descumprimento do dever de diligência), vem a público o caso do “Mensalão” e a “Operação Lava-Jato”. Com estes fatos históricos, a Comissão de Valores Mobiliário (CVM) editou diversos atos envolvendo a governança corporativa e o legislador pátrio criou uma Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).

Com tudo o que asseverado até aqui, percebe-se um processo de amadurecimento da governança corporativa, notadamente para a solução de conflitos havidos nas sociedades empresárias. Não é demais lembrar que o investidor deseja a maximização dos seus ativos, buscando, com seu investimento, o lucro.

Tamanho o sucesso da governança corporativa que, atualmente, até mesmo sociedades empresárias que não possuem ações listadas na bolsa de valores possuem sistemas anticorrupção ou departamentos de compliance e governança, objetivando evitar seu nome ligado a algum escândalo.

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) (apud Entenda [...], 2022) possui, como dito acima, um Código de Melhores Práticas, criando um sistema de relações e boas práticas na sociedade brasileira, dizendo:

Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum.

Com a publicação da Lei Anticorrupção (ou Lei da Empresa Limpa), o legislador brasileiro objetivou diagnosticar, identificar e corrigir comportamentos considerados antiéticos e socialmente inapropriados. A lei visa punir o corruptor, trazendo dupla responsabilização, civil e administrativa, quando praticados atos contra a administração pública nacional e - veja o alcance - estrangeira também.

O grande objetivo da governança e do compliance é evitar a corrupção, de modo a se criar ciclos que impeçam o corruptor a alcançar o seu objetivo, que é corromper alguém.

Segundo Kleindienst (2019, p. 45), os primeiros registros de corrupção são imemoráveis. Diz a referida autora:

Na bíblia constam inúmeras advertências contra lucros desonestos e passagens sobre a aceitação de suborno: “que cega aos olhos dos sábios e falseia a causa dos justos” (Deuteronômio, 16:19) e “também suborno não aceitarás, pois o suborno cega os que têm vista, e perverte as palavras dos justos” (Êxodo 23:8). Há uma vasta literatura sobre a história da corrupção mundial, que sempre esteve presente na sociedade. No dicionário, o termo corrupção deriva do latim *corruptio onis*, que significa: corromper algo ou alguém com a finalidade de

obter vantagens, quebrar algo em pedaços, deteriorar, ação ou resultado de subornar indivíduos em benefício próprio, desvirtuamento de hábitos.

Vale ressaltar que o conceito de transgressão de regras tem significado distinto em cada sociedade. O que é considerado corrupto num lugar, pode não ser assim considerado em outro.

Quanto ao Brasil, assinala Kleindienst (2019, p. 67), dizendo:

Segundo os estudiosos, é evidente que o problema da corrupção no Brasil deriva da herança de colonização portuguesa, que culturalmente confundia patrimônio público (Estado) com o particular. Enquanto o Estado obrigava e reprimia o particular a ceder aos seus caprichos, este reproduzia o mesmo modelo, ou seja, ao seu redor estabelecia um sistema de honrarias e privilégios de forma corriqueira, sem comprometimento com ideais éticos, religiosos ou interesses coletivos. Tudo estava baseado na ideia de que a coisa pública não tinha dono, por isso servia para atender aos interesses de quem estava no poder. Ocorre que, fortemente influenciado por outros países, o Brasil passou ao longo dos últimos anos a interpretar o problema da corrupção como uma questão política, com sérias consequências ao desenvolvimento do país, principalmente porque este problema pressiona negativamente a efetividade das práticas governamentais.

É o tal do "jeitinho brasileiro", que tanto se fala por aqui. Para se ter eficácia no combate à corrupção, é necessário que as regras legislativas sejam aplicadas com seriedade e severidade. Fato é que, no Brasil, os governos pouco conseguem combater a corrupção, basta analisar os fatos trazidos nas notícias divulgadas pelos jornais no cotidiano.

Poder-se-ia falar que a própria sociedade brasileira é de um certo modo corrupta, pois, na primeira oportunidade que tem, tenta lograr um ganho ainda que não seja merecedora.

No panorama da legislação brasileira, percebe-se que a vinda da Constituição Federal de 1988 foi um marco importante para o combate à corrupção, pois o constituinte trabalhou e trouxe princípios como a moralidade e a improbidade administrativa, passando pela impessoalidade e pela publicidade dos atos

públicos. Por isso, desde 1988, diversas normas, atos e acordos têm sido realizados pela República Federativa do Brasil para aprimoramento do combate à corrupção.

Cabe destacar que o Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção desde 2003, em que o texto obriga os aderentes a adotarem medidas de prevenção e punição de atos corruptos, melhorar as práticas contábeis, administrativas, de auditoria e a criar sanções eficazes de punições civis, penais e administrativas. Quanto a sua finalidade, a Convenção estabelece:

A finalidade da presente Convenção é: a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; b) Promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; c) Promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.

Em 1992, o legislador pátrio editou a Lei Nacional nº 8429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, como forma de punir os agentes públicos causadores de danos ao Erário.

Fato é que a responsabilidade das pessoas jurídicas, até então, era pouco provável, notadamente nas esferas administrativa e civil.

Mais recentemente, em 2013, o Brasil editou a Lei Nacional nº 12.846/2013, que trouxe a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas ímprias no sistema nacional. Explicam Marinella, Paiva e Ramalho (2015, p. 453):

Porém, ainda que ambas tratem do mesmo tema, a nova lei demonstra uma diferente vertente pela qual pretende enfrentar o problema da corrupção: enquanto a Lei n. 8.429 busca a responsabilização do agente público que efetuou ou favoreceu o ato ilegal, a nova Lei n. 12.846 atua na responsabilização da pessoa jurídica que solicitou a vantagem ilícita ou, de outra forma, foi beneficiada pelo ato ímprobo. Saliente-se que a nova lei amplia consideravelmente seu campo de atuação ao autorizar a punição mediante a responsabilidade objetiva, o que significa dizer que basta o envolvimento de uma pessoa jurídica em ato supostamente lesivo à administração pública,

independentemente de culpa ou dolo, que já é possível incidir sobre ela as severas sanções previstas.

Com a publicação e vigência da Lei Anticorrupção Empresarial, o Poder Executivo federal realizou a sua regulamentação por meio do Decreto nº 8420/2015, atualmente revogado pelo Decreto nº 11.129/2022, que tomou seu lugar. Outros órgãos da União também efetivaram a regulamentação, tal como a Controladoria-Geral da União (CGU), por meio de Portarias nº 909/2015 e nº 910/2015 e Instruções Normativas nº 1/2015 e nº 2/2015. As normas trazem regulamentações acessórias para a aplicação da Lei Anticorrupção no Brasil.

Segundo informações do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), a publicação e vigência da Lei da Empresa Limpa foi responsável pela melhora no ambiente empresarial brasileiro, transparência das empresas, melhora na relação de confiança dos stakeholders e investidores e aplicação de sanção aos infratores, dentre outros.

Importante ressaltar que, conforme decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, "compliance é um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores".

A necessidade de uma estrutura de compliance e governança na companhia, ainda que não possua capital aberto, se explica pela análise que o departamento faz não só da legalidade das ações internas, mas também para verificar se os atos estão de acordo com os valores e princípios da companhia, de forma a estabelecer um padrão lícito de conduta interna (Franco, 2019).

O departamento de compliance pode, inclusive, criar padrões de comportamentos ainda mais severos que àqueles dispostos na própria legislação, tais como, proibições de recebimento de presentes, viagens, entre outros que podem ser aplicados internamente na sociedade.

A cultura do compliance e da conformidade deve ser criada e mantida pela sociedade empresarial, com apoio incondicional da estrutura de gestão e da alta administração, que devem não só apoiar, mas incentivar e disseminar a cultura da governança interna na companhia. O exemplo deve vir de cima.

Com a implantação da cultura da governança, cada profissional poderá ser capaz de identificar o que pode e deve ser feito (ou não) no exercício de seu mister e quais cuidados, princípios ou valores deve observar.

Da mesma forma que regras são necessárias, elas não podem ser tantas a ponto de inviabilizar o conhecimento interno dos funcionários, colaboradores e fornecedores, prestadores de serviço e stakeholders,

já que o excesso de regras para conhecimento pode desestimular o aprimoramento interno das pessoas responsáveis.

A área de compliance deve ser independente para evitar conflitos de interesse entre a companhia e seus próprios colaboradores e/ou pessoas externas. Casos há em que a função de compliance é exercida por funcionários do financeiro/controladoria, jurídico e outros.

Estudo da KPMG (2021, p. 10) demonstra a maturidade do comportamento da governança no Brasil, indicando quem executa a área ou departamento de compliance dentro das companhias. Em 2021, 64% das áreas ou departamentos era comandada por alguém do compliance e 15% por colaborador da auditoria interna. Em 2015, apenas 40% eram comandadas por uma área específica do compliance (KPMG, 2021, p. 10).

Referida pesquisa também consultou as empresas sobre o reforço dado pelos executivos seniores para a cultura de compliance e governança da companhia. O resultado demonstrou que em 2021 houve expressivo aumento sobre a cultura do compliance dentro das organizações (KPMG, 2021, p. 7).

No quesito quem "preside o comitê de ética e compliance", vimos que é de extrema importância a independência do referido departamento, para evitar conflitos de interesses entre as decisões do departamento de compliance e governança e outros departamentos da companhia.

A KPMG também estudou esse quesito e chegou ao resultado de que quem preside o Comitê de Ética e Compliance das companhias é, normalmente, o CEO, seguido pelo Compliance Officer e pela auditoria interna. Depois, vem o Jurídico e o CFO. Importante destacar que neste estudo da KPMG demonstrou-se grande evolução no atual estágio dos comitês de ética internos (KPMG, 2021, p. 6).

Esse movimento de luta contra a corrupção que o mundo passa, fez com que o compliance crescesse e, notadamente, as disposições do compliance criminal, área focada na prevenção de crimes e contravenções dentro e fora da companhia.

Fato é que a necessidade de um departamento de compliance bem estruturado e organizado, evita sobremaneira ilícitos civis, administrativos e, claro, penais entre os atores empresariais.

Anselmo (2017, p. 142) define o conceito de compliance criminal, dizendo que "o sistema de contínua avaliação das condutas praticadas na atividade da empresa, tendo como objetivo evitar a violação de normas criminais, a prática de crimes contra a empresa ou mesmo práticas danosas sob a perspectiva criminal".

Desta forma, o compliance criminal surge como forma de evitar que o empresário, no seu dia a dia, atue de forma criminosa, autorizando,

responsabilizando ou praticando atos que, considerados tais como realizados, possam ser criminosos ou até mesmo lesivos ao patrimônio da sociedade.

Uma das grandes diferenças entre o advogado criminalista cotidiano e o de compliance criminal está no momento de atuação. Enquanto aquele atua após o cometimento eventual do delito, este atua na prevenção, ou seja, antes do cometimento do possível ilícito criminal, atuando, então, de forma preventiva.

No Brasil, um dos grandes marcos históricos do compliance criminal é a publicação da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei Nacional nº 9613/1998), já que referida lei obrigou diversas entidades, inclusive os bancos, a criarem um sistema preventivo de fraudes e de desvios de dinheiro para evitar punições no âmbito penal/administrativo e, com isso, trazer maior garantia em seus negócios.

O conceito de programa de integridade está disciplinado no Decreto nº 11.129/2022, que diz:

Art. 56. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com objetivo de: I - prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e II - fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional. Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual, por sua vez, deve garantir o constante aprimoramento e a adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Por isso que, a criação de um programa de integridade e conformidade, de forma independente, sendo este um dos requisitos do programa de compliance, a independência, conforme art. 57 do Decreto 11.129/2022, que diz:

Art. 57. Para fins do disposto no inciso VIII do caput do art. 7º da Lei nº 12.846, de 2013, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência

e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e pela fiscalização de seu cumprimento;

Desta forma, a criação de uma estrutura de compliance pode ser considerada como uma atenuante em caso de cometimento de ilícito penal ou administrativo, conforme estabelece o referido Decreto.

No que tange do Direito Penal, a complexidade do cotidiano e a globalização trouxeram diversos desafios ao administrador da sociedade, que pode cometer, mesmo sem saber exatamente como, ilícitos que possam prejudicar a reputação e atuação da empresa.

Casos no Brasil não faltam de ilícitos cometidos por empresas e sociedades empresárias. O rumoroso caso do "Mensalão" demonstrou uma orquestração de sociedades que se utilizavam do Poder Público para corromper servidores e parlamentares.

Da mesma forma, a "Operação Lava Jato" mostrou ao Brasil um esquema de organização criminosa entre as maiores empreiteiras nacionais, que utilizavam uma espécie de cartel para vencerem licitações e contratos com a Petrobras e, com isso, aumentar seus lucros e recebimentos.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo analisar o compliance criminal na perspectiva da legislação brasileira. Notadamente, àquelas utilizadas pelas companhias para evitar a criminalização por atos advindos dos seus funcionários, ou colaboradores.

A prevenção foi constatada como uma das principais características do instituto que, de modo prévio, passou a evitar a prática, pelos principais funcionários da empresa, de delitos que comprometam a atividade social e coloquem o nome da companhia, ou de seus diretores, dentre os investigados, com uma série de riscos para a sociedade – pedidos de recuperação judicial, falência e até mesmo o fechamento da empresa.

Em virtude dos grandes e rumorosos casos de corrupção, constatou-se que a legislação brasileira evoluiu muito em relação ao que existia antes.

Estudos realizados por consultorias especializadas demonstraram o crescimento do compliance no Brasil e a adoção de uma cultura de conformidade pelas companhias brasileiras, públicas e privadas, bem como pelo próprio brasileiro, que, agora, adota critérios mais claros nos seus atos.

REFERÊNCIAS

AMERICAN INSTITUTE OF CERTIFIED PUBLIC ACCOUNTANTS. Lei Sarbanes-Oxley, 2003. Disponível em: <http://www.aicpa.gov>. Acesso em: 18 fev. 2004

ANSELMO, Márcio Adriano. Criminal compliance e a investigação de crimes contra a empresa. [S. l.], 8 fev. 2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS INTERNACIONAIS. Função de Compliance. Disponível em http://www.abbi.com.br/download/funcaoodecomplianc e_09.pdf. Acesso em 01 ago. 2022.

BRASIL. Decreto Lei nº 11.129, de 11 de julho de 2022. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2022. Disponível em: D11129 (planalto.gov.br). Acesso em: 26 jan. 2023.

BRASIL. Decreto Lei nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2015. Disponível em: Decreto nº 8420 (planalto.gov.br). Acesso em: 26 jan. 2023.

BRASIL. Decreto Lei nº 11.129, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D11129.htm. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. Lei 9613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613compilado.htm. Acesso em: 31 jul. 2022.

BRASIL. Lei 8429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2021. Disponível em: L8429 (planalto.gov.br). Acesso em: 31 jul. 2022.

CARMARGO, Renata Freitas de. Lei Sarbanes-Oxley: aprimorando a prestação de contas com a SOx. Treasy, 22 mai. 2017. Disponível em: <https://www.treasy.com.br/blog/sox-lei-sarbanes-oxley/>. Acesso em: 02 ago. 2022.

CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio. *Manual de Compliance*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Portaria nº 909, de 7 de abril de 2015. Dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 66, p. 3, 8 abr. 2015. Disponível em: Repositório de Conhecimento da CGU: Portaria n. 909, de 7 de abril de 2015. Acesso em: 20 jan. 2024.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Portaria nº 910, de 7 de abril de 2015. Define os procedimentos para apuração da responsabilidade administrativa e para celebração do acordo de leniência de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 66, 8 abr. 2015. Disponível em: Repositório de Conhecimento da CGU: Portaria n. 910, de 7 de abril de 2015 [alterada]. Acesso em: 26 jan. 2024.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 31 jul. 2022.

FRANCO, Isabel (org.). Guia Prático de Compliance. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Guia de Compliance. Publicação em Foco, n. 66, ago./set. 2013. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf. Acesso em: 31 jul. 2022.

JENSEN, Michael; MECKLING, William H. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. Journal of Financial Economics, Cambridge, v. 3, n. 4, p. 305 – 360, out. 1976. Disponível em: <http://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/jensen-meckling.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2022.

KLEINDIENST, Ana Cristina Kleindienst (cord.). Grandes Temas do Direito Brasileiro: Compliance. 1. ed. Portugal: Almedina, 2019.

KPMG. Pesquisa maturidade do Compliance no Brasil. 4. ed. E-book. Disponível em: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2021/07/KPMG-pesquisa-maturidade-compliance-2021.pdf>. Acesso em 02 ago. 2022.

MARINELA, Fernanda. PAIVA, Fernando. RAMALHO, Tatiany. Lei Anticorrupção: Lei. 12.846, de 01 de agosto de 2013. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em 31 jul. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Princípios de Governo das Sociedades do G20 e da OCDE. Disponível em <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264259195-pt.pdf?expires=1659373325&id=id&accname=guest&checksum=C6F1E9C8F2EC4297429E313616DE0E05>. Acesso em: 01 ago. 2022.

SERPA, Alexandre da Cunha. Compliance descomplicado: um guia simples direto sobre programas de compliance. 1. ed. [S. l.: s.n.]: Createspace Independent Publishing Platform, 2016.

JURIMETRIA E PRINCIPAIS INDICADORES DO JUDICIÁRIO PARANAENSE



Ramon de Medeiros Nogueira¹

O artigo tem por objetivo compreender a jurimetria como metodologia aplicável a busca pela efetividade no contexto do Judiciário paranaense. A problemática reside no diagnóstico da aplicação da metodologia qualitativa ao Direito, no cenário atual, como ferramenta de análise e gestão da jurisdição. O estudo faz uso do método lógico dedutivo combinado com a análise de dados estatísticos levantados pelos principais indicadores.

¹ Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Foi professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Curitiba no período de 1999/2009, chefe de Departamento de Direito Privado da mesma instituição no período de 2003/2005 e professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná, entre 2001 e 2003. Formador de Formadores reconhecido pela Enfam. Atuou como Procurador-Geral do Tribunal de Justiça Desportiva, Diretor Jurídico da Sanepar e Procurador-Geral da Assembleia Legislativa do Paraná. Atualmente é Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná. Diretor-Geral da Escola Judicial do Paraná - EJUD-PR. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/9197999980079503>



Rodrigo Luís Kanayama²

Como principal contribuição, verificou-se a jurimetria como metodologia inovadora que permite uma avaliação muito mais precisa dos fenômenos jurídicos, com aprimoramento das políticas judiciárias em um contexto de escassez de recursos e maior demanda por justiça. O método quantitativo permite a parametrização da justiça, com a instituição de metas e adoção de medidas realísticas para alcançá-las. No âmbito do Judiciário paranaense, os principais indicadores apontam para uma melhoria significativa em aspectos estratégicos, combinada a imposição de aprimoramento constante que contemple o cenário emergente.

Palavras-chave: estatística e probabilidade no direito; parametrização da justiça; gestão estratégica e racional; eficiência; principais indicadores.

² Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (2012). Advogado em Curitiba (2002). Professor Associado do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, da Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado). Ministra as disciplinas de: Direito Financeiro, Direito Administrativo, Direito Notarial e Registral, e Política e Políticas Públicas. Conselheiro Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná (2010-2012, 2013-2015, 2016-2018, 2019-2021, 2022-2024). Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais (2016-2018, 2019-2021, 2022-2024) da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/6130548557084828>

JURISDICTION AND MAIN INDICATORS OF THE JUDICIARY OF PARANA



Adriane Garcel Chueire Calixto³

The article aims to understand jurimetrics as a methodology applicable to the search for effectiveness in the context of the Paraná Judiciary. The problem lies in the analysis of the application of qualitative methodology in Law, in the current scenario, as a tool for diagnosis and jurisdiction management. The study uses the logical deductive

³ Doutoranda e Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Advogada licenciada na OAB/PR. Mediadora Judicial. Possui graduação em Letras com licenciatura Plena em Português e Inglês pelo Centro Universitário Campos de Andrade (2005) e Graduação em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná (2012). Pós-graduada em Direito Público Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP (2014). Pós-graduada em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho da 9ª Região - EMATRA vinculada ao Centro Universitário UNIBRASIL (2015). Pós-Graduada em Ministério Público, especialista em Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público - FEMPAR em parceria com a UNIVERSIDADE POSITIVO (2019). É Assessora da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Coordenadora Editorial da Revista Gralha Azul, Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná. Professora de Ciência Política e Teoria Geral do Estado no Curso de Direito do Centro Universitário do Paraná - UNIFAESP. Registro ORCID 0000-0002-5096-9982. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/3684019694966209>

method combined with the analysis of statistical data collected by the main indicators. As the main contribution, jurimetrics was found to be an innovative methodology that allows a much more precise assessment of legal phenomena, improving judicial policies in a context of scarcity of resources and greater demand for justice. Jurimetrics allows the parameterization of justice, with the establishment of goals and the adoption of realistic measures to achieve them. Within the scope of the Paraná Judiciary, the main indicators point to a significant improvement in strategic aspects, combined with the imposition of constant improvement that takes into account the emerging scenario.

Keywords: statistics and probability in law; parameterization of justice; strategic and rational management; efficiency; main indicators.

INTRODUÇÃO

A trajetória de busca pela eficiência e melhoria nos serviços Judiciários não é nenhuma novidade.

Antes mesmo da Emenda Constitucional nº 45/2004, os pesquisadores, gestores, e Tribunais de um modo geral, já buscam saídas para o fenômeno da crise da jurisdição na tentativa de conseguir realizar o dever de eficiência em um cenário no qual, cada vez mais, a Justiça é demandada.

No entanto, a grande imensa maioria das pesquisas no contexto do Judiciário seguem o padrão tradicional de aplicação da metodologia qualitativa de análise, que perde de vista questões fundamentais.

Um grande passo foi dado pelo Conselho Nacional de Justiça, que passou a elaborar o Relatório Justiça em Números para traçar o panorama anual do Judiciário.

No entanto, o panorama desafiador oriundo do Estado de Direito e da era do Big Data, como também as grandes mudanças provocadas pelo contexto de excepcionalidade, causado pela crise sanitária, impõe a adoção de mudanças drásticas nos parâmetros necessários à gestão eficiente dos tribunais.

Em 2009, a Resolução nº 76/2009, do Conselho Nacional de Justiça, passou a dispor sobre os princípios do Sistema de Estatística do Poder Judiciário, estabelecer indicadores, fixar prazos e determinar penalidades.

Em 2020, a Resolução CNJ no 331/2020, instituiu a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário (DataJud) como fonte primária de dados do Sistema de Estatística do Poder Judiciário (SIESPJ) para os tribunais.

Ato contínuo, atenta às mudanças no cenário jurídico, a Resolução nº 462/2022, do Conselho Nacional de Justiça, deu um salto importante ao dispor sobre a gestão de dados estatísticos e criar a chamada Rede de Pesquisas Judiciárias (RPJ), com mecanismos de colaboração, comunicação e divulgação dos estudos e diagnósticos entre os grupos de pesquisas judiciárias dos tribunais.

A resolução reconhece a importância da utilização da base de dados do DataJud, que fornece informações críticas e dados dos serviços prestados, como fonte de diagnóstico do Judiciário – um caminho para acompanhar e aperfeiçoar as políticas judiciárias. Como também, a relevância da pesquisa contínua e colaborativa para a evolução das cortes de Justiça no país. Não é possível aprimorar os serviços, senão, por meio da investigação científica de qualidade.

Ao passo que a Resolução nº 325/2020 traça a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026, a Resolução nº 462/2022 sistematiza o caminho a ser trilhado para a superação dos macrodesafios. O aperfeiçoamento da gestão administrativa e de governança do Judiciário dependerá eminentemente da

atividade constante de pesquisa integrada dos tribunais.

Por isso, é importante que se incentive, cada vez mais, a investigação científica por parte dos operadores do direito, inclusive, os magistrados, uma vez que vivenciam o dia a dia da jurisdição.

A história do Direito bem demonstra a importância da pesquisa contínua para a evolução do pensamento jurídico e estruturas do Estado. Em tempos de crise judiciária, caberá aos pesquisadores definir os novos contornos da Administração Pública. A produção científica é fundamental para que se proponham melhorias e mudanças nos serviços, com mais eficiência, adequação e alinhamento com a realidade social.

As modificações imprescindíveis para a otimização da administração judiciária resultarão, necessariamente, das pesquisas, vez que permitem um diagnóstico dos gargalos para que, a partir daí, se pensem proposições e estratégias – em especial, em termos de gestão estratégica, daquelas que se utilizam de dados estatísticos confiáveis.

A resolução, neste segmento, enfatiza a importância da produção científica, sobretudo, pelos magistrados e gestores das cortes, como processo necessário para a melhoria dos serviços prestados, nos termos do que exige o artigo 37 da Constituição Federal, que trata do princípio da eficiência administrativa.

Neste cenário, o estudo busca compreender a jurimetria como metodologia auxiliar na busca pela efetividade no contexto do Judiciário paranaense.

Para tanto, utiliza-se do método lógico dedutivo combinado com a análise de dados estatísticos levantados pelos principais indicadores, desenvolvendo-se ao longo de três capítulos principais.

Em um primeiro momento, como ponto de partida, o estudo irá investigar a jurimetria em termos gerais. Na sequência, analisar a questão da efetividade da jurisdição e o papel da metodologia como ferramenta de gestão. Por fim, analisar os principais indicadores do Judiciário paranaense de modo a compreender a aplicação prática da jurimetria.

1 JURIMETRIA: CONCEITO, SURGIMENTO E REFERENCIAL TEÓRICO

De modo usual, o estudo do direito fundamenta-se no mecanicismo clássico, abstratismo, que se firma na mera revisão bibliográfica com base no tripé, doutrina, lei e jurisprudência.

Conforme destacam Juliana Cristina Luvizzoto e Gilson Piqueras Garcia (2020, p. 47):

Desde a referida época romana, era comum que as opiniões de célebres juristas gozassem de autoridade e força obrigatória de lei, o que culmina, ainda hoje, numa estratégia profissional de utilização daquilo que se convencionou denominar de "argumentos de autoridade". O mesmo se pode afirmar quanto à técnica de realização de pesquisas jurídicas, as quais, basicamente, consistem na revisão bibliográfica de obras clássicas, com alguma citação exemplificativa ou de reforço da jurisprudência. Contudo, hoje, a atividade jurídica profissional e acadêmica reflete a aspiração de examinar as consequências da aplicação da lei ao caso concreto, do impacto de decisões judiciais ou de outras instâncias julgadoras no contexto da sociedade.

A investigação meramente qualitativa, com análise não numérica, com vistas a compreensão dos fenômenos jurídicos, gestão e adequada entrega da prestação jurisdicional pelos tribunais, vem se mostrando insuficiente em um cenário em que se busca a materialização dos direitos e efetiva realização da justiça.

Nos últimos anos tem se tornado cada vez mais frequente o estudo empírico, com aplicação do campo da econometria e aproximação da estatística e probabilidade do universo jurídico para melhor compreensão do escopo investigativo.

A metodologia usual acaba por impossibilitar a adequada análise do fenômeno jurídico, que alinhado às mudanças sociais e exigências constitucionais, carece de uma investigação mais realística e precisa da realidade social.

A análise quantitativa, com aporte numérico na estatística, é trazida pelo método jurimétrico como giro epistêmico racionalizador.

Atualmente, no entanto, ainda não existe um conceito exato e aprofundado acerca do que viria a ser jurimetria.

Na doutrina, ainda busca-se definir com exatidão o método e seu âmbito de abrangência, o que segundo Adilson Pereira, Sandra Vieira, Maicon Rodrigo, Wilson Cabral, Hildeglan Carneiro, Mariana de Alcântara (2022, p. 67) "é uma missão desafiadora".

Em termos conceituais, Mulder, Noortwijk e Combrink-Kuiters (2010) explicam que a jurimetria é metodologia que aplica a matemática para analisar "[...] sentenças que possuam alguma relação entre processos com cenários". Paulo Roberto Colombo Arnoldi (2010, p. 93 – 94), em contrapartida, destaca que a jurimetria é área do conhecimento originada pela "aplicação dos métodos da Estatística e da Probabilidade ao estudo e elucidação dos fenômenos jurídicos".

A partir da análise interpretativa dos conceitos trazidos por Loevinger e Mulder, Filipe Zabala e Fabiano Silveira (2014, p. 76) definem a jurimetria de modo semelhante aos demais autores, como "a aplicação de métodos quantitativos no Direito".

Conforme destaca Hippertt (2023, p. 144) a jurimetria compreende "[...] a aplicação de técnicas próprias do ramo da estatística para o contexto do Judiciário, predição, descrição e diagnósticos.

A metodologia proposta pela jurimetria é inovadora e permite uma avaliação muito mais concreta dos fenômenos jurídicos, o que resulta no aprimoramento das políticas públicas judiciais e ampliação do acesso à justiça em um cenário de escassez de recursos e maior demanda por justiça. Conforme destacam Daniel Francisco Nagao Menezes e Cássio Modenesi Barbosa (2015, p. 286):

A Jurimetria é uma metodologia que quebra o paradigma do conhecimento científico que vem se firmando nos últimos 20 anos no ensino dogmático. Nos últimos 40 anos o conhecimento jurídico está pautado na reprodução das "lições" jurídicas contidas nos livros de direito direcionados à graduação, obras estas que não passam da simplificação de conceitos jurídicos pensados em outros países a um século atrás.[...] A estratégia metodológica para organizar os dados assim coligidos se dá pelo uso da Estatística, ciência que possui como objeto de estudo os dados empíricos quantitativamente organizados para possibilitar a identificação de comportamento em um dado conjunto de elementos concretos, como o número de demandas relativas, por exemplo, aos contratos de prestação de serviços de telefonia, objeto deste artigo. Outro efeito importante é o de

deslocar o foco do estudo do Direito da pesquisa qualitativa para a quantitativa e, apenas após compreender, interpretar e modelar os dados fornecidos projetar conclusões qualitativas com relação à natureza da prestação jurisdicional. Assim, a eleição desta ou aquela natureza de demanda – considerada em seu conjunto e não em uma unidade isolada – como a mais relevante para determinado grupo social e quais as políticas públicas necessárias para solucionar os conflitos produzidos nas suas relações materiais e não mais em modelos arbitrariamente estabelecidos.

Filipi Zabala e Fabiano Silveira (2014, p. 76) explicam que, no Direito, a jurimetria é aplicável ao exercício de cada um dos três poderes do Estado, embasando a tomada de decisão pelo magistrado, a elaboração legislativa, a gestão pública e, inclusive, a advocacia no âmbito da instrução probatória. Em qualquer um dos casos a metodologia, quando aplicada, traria um maior rigor metodológico na avaliação das informações.

No contexto do legislativo, a tomada de decisão política é substituída por um maior rigor e embasamento na criação e manutenção da legislação, o que agrega em termos de eficiência e coerência, com diminuição da distância entre a criação da lei e a realidade, conforme explicam os autores (Zabala; Silveira, 2014, p. 77):

Uma das mais destacadas atuações da Jurimetria é a análise de informações organizadas em bancos de dados públicos, fundamentais para o entendimento da situação socioeconômica vigente. A organização e análise de dados proporcionam um ambiente favorável para a produção de leis coerentes, criando um alicerce comum para discussões políticas.

No contexto da gestão, a jurimetria permite a tomada de decisão mais assertiva pelo gestor, enquanto, na seara da atividade jurisdicional, confere

aporte técnico de informações para uma análise inteligente dos dados pelo magistrado.

Neste contexto, Pinto e Mendes (2015, p. 10) destacam que, mesmo com a aplicação da metodologia, ainda sim, a figura do magistrado se fará presente na tomada de decisão, de modo que não se defende a substituição do julgador, mas uma somatória de esforços para otimizar a prestação.

Na advocacia, as métricas permitem uma análise mais segura dos caminhos a tomar, com avaliação da chance de sucesso pelo advogado, como também servem de evidências que fundamentam a argumentação em sede de instrução probatória.¹

A estatística aplicada ao direito é ferramenta técnica que agrega substancialidade a informação que, quantificada, resulta em declarações mais precisas. A análise estatística "oferece ferramentas para analisar informações, medir incertezas e auxiliar na tomada de decisão" (Zabala; Silveira, 2014, p. 76). Isto é, confere cientificismo à mera opinião a partir da quantificação da informação.

Apesar do ceticismo no cenário nacional, no contexto internacional o estudo jurimétrico não é tão recente e a primeira alusão foi feita, em 1949, por Lee Loevinger, criador e referência no estudo do método.

O advogado aplicou a estatística às palavras-chave na tentativa de compreender os padrões da decisão judicial (Loevinger, 1949), com o estudo "no artigo intitulado "Jurimetrics: the next step forward", publicados no Minnesota Law Review.

Segundo Ricardo Haddad (2010, p. 3927), Loevinger demonstrou como as decisões judiciais podem ser "experimentadas (como ocorre com os experimentos das ciências exatas) e não somente" comentadas.

Em 1961 e 1963, Loevinger publicou os artigos "Jurimetrics: science and prediction in the field of law" e "Jurimetrics: the methodology of legal inquiry".

Na década de 70, Mario Losano cria o termo "juscibernética" para definir a aplicação do computador como ferramenta do direito, quando o termo jurimetria cai no esquecimento.

Em um momento inicial, a jurimetria não foi bem aceita porque na concepção da doutrina o método lógico matemático destoava da lógica da atividade jurisdicional (Haddad, 2010, p. 3920).

Ao longo do século XX, o movimento da Law and Economics desenvolveu-se, cindindo o estudo compartmentado e interpenetrando a Economia no

julgadores que, atualmente, para além da exigência legal constante no artigo 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), necessitam identificar prováveis consequências fáticas decorrentes da aplicação de atos normativos, até para que suas decisões se tornem efetivas e equânimes" (Luvizotto; Garcia, 2020, p. 49).

¹"A atividade jurídica tem cada vez mais inclinado o seu olhar para a matemática. Conhecer os números para discernir qual é a jurisprudência majoritária virou uma estratégia processual para um bom advogado, que não pode mais ficar alheio à identificação de tendências para montar seu plano de atuação e argumentação. Do mesmo modo, o recurso à matemática para avaliar o impacto de determinadas decisões apresenta fundamental importância para

Direito, o que contribuiu com o desenvolvimento da jurimetria.

O grande destaque da corrente deu-se na década de 60, somando estudos de diversos autores com o passar do tempo, Ronald Coase, Oliver Williamson e Elinor Ostron, Douglas North, Richard Posner, Guido Calabresi, Gary Becher, Henry Mainne, George Stigler, Armen Alchian, Steven Medema e Trimarcchi.

Conforme destaca Paulo Roberto Colombo Arnoldi (2010, p. 91), a cisão entre as disciplinas é superada pela percepção de que os estudos empíricos da economia maximizam os resultados alcançados e são muito úteis para o direito. A conjugação entre Direito e Economia enriquece e traz eficiência para o sistema jurídico.

Para o autor (Arnoldi, 2010, p. 93), a jurimetria é a nova tendência incorporada ao Direito no país, e origina-se da busca por elucidar os fenômenos jurídicos recorrendo-se a metodologia usual da probabilidade e estatística, "ciência que permite recolher, resumir, interpretar e modelar dados da realidade, esclarecendo como uma determinada população de eventos se comporta".

Neste sentido, Adilson Pereira, Sandra Vieira, Maicon Rodrigo, Wilson Oliveira, Hildeglan Carneiro e Maria de Alcântara (2022, p. 63), explicam que a aplicação da jurimetria resulta na expressão gráfica e estatística dos fatos jurídicos, que podem ser observados quantitativamente, o que resulta em "uma justiça mais sensível e próxima da realidade".

No Brasil, a jurimetria remonta ao ano de 2008, utilizada por advogados paulistas em um estudo que buscava compreender os padrões de comportamento em decisões judiciais. No entanto, apenas ganhou destaque em 2011, quando passou a ser tratada cientificamente na universidade Mackenzie (Macaípe; Valença; Tauchert; Cabral Júnior; Brito; Alencar, 2022, p. 65).

Nos dias atuais, a jurimetria tem sido aplicada, principalmente, para a otimizar a prestação jurisdicional.

No entanto, Paulo Roberto Colómbio Arnoldi (2010, p. 89) adverte que ela é "uma metodologia de estudo do Direito em geral, dentro e fora dos tribunais, capaz de oferecer contribuições relevantes em todas as áreas de especialidade do direito, tanto na pesquisa acadêmica como no exercício privado das profissões jurídicas".

O salto evolutivo provocado pela pandemia do COVID-19, por sua vez, resultou em um segundo nível de associação da jurimetria aos modelos preditivos, "[...]

funções matemáticas que aplicadas a certo volume de dados, identificam não apenas padrões como oferecem previsões do que pode ocorrer".

2 JURIMETRIA: EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO

Com o processo de redemocratização e a ampliação dos direitos, o Judiciário migrou para o centro em uma sociedade eminentemente litigante.

Questões sociais, relacionais e, até mesmo, políticas, passaram a ser trazidas para resolução pela justiça com multiplicação ascendente no número de conflitos.

A importância de que foi dotada a jurisdição no Estado de Direito, como a última instância para a tutela dos direitos e resolução dos conflitos sociais, como também os contornos expressivos da crise do excesso de judicialização, como outra face da ampliação do acesso, encontram-se refletidos no relatório Justiça em Números de 2023.

Em 2022, o Relatório Justiça em Números apontou para um total de 81,4 milhões de processos em tramitação, o equivalente a 7,5% a mais de ações do que no ano anterior (Brasil, 2023).

Ao passo que a justiça se desdobra na sociedade do litígio na tentativa de dar conta do ônus processual elevado, dela exige-se cada vez mais efetividade, em uma crise sem precedentes.

Em contrapartida, o excesso de demandas não afasta a obrigatoriedade do cumprimento pelo Judiciário do dever constitucional da eficiência, muito pelo contrário.

Conforme a sociedade se complexifica e os litígios tornam-se mais frequentes exige-se mais do Judiciário, que é frequentemente provocado a atuar nos momentos de tensão democrática e violação de direitos.

Mesmo em um cenário de litigiosidade ascendente, a jurisdição deve cumprir com a missão constitucional de realizar os direitos fundamentais e consagrar uma sociedade mais justa e solidária, com desenvolvimento econômico e social.²

Como órgão da Administração Pública que é, ao lado do Executivo e Legislativo, cabe ao Judiciário desempenhar satisfatoriamente suas funções, com uma administração racional e eficiente.

Conforme destaca Didier (2016, p. 100), "O processo, para ser devido, há de ser eficiente. O princípio da eficiência, aplicado ao processo, é um dos corolários da cláusula geral do devido processo legal".

A aplicação da eficiência ao Judiciário é extraída da leitura conjunta do artigo 37 da Constituição Federal e artigo 8º do Código de Processo Civil.

² Cf. HIPPERTT, 2023.

Neste sentido, Nieto (2005 p. 69), destaca que a ineficácia da jurisdição compreende a síndrome do desgoverno judicial, "um fato indiscutível que sufoca os juízes, oprime o cidadão e regozija os delinquentes".

Por sua vez, Ivo Gigo Jr (2014) refere-se a uma tragédia sem precedentes, a partir da terminologia tragédia dos comuns, para dizer que a crise é trágica, porque não desejada, mas é inevitável diante do contexto criado.

Cássio Mondenesi Barbosa e Daniel Francisco Nagão Menezes (2013, p. 164) apontam que a crise da justiça é a crise da efetividade estrutural do Judiciário e destacam como uma das causas a "má administração judicial embaraçada pelo arcaísmo de seus métodos gerenciais".

Conforme destaca Karen Paiva Hippertt (2023, p. 13), o fenômeno impulsiona a adoção de mudanças para superação dos obstáculos e melhoria contínua para que, mesmo em um cenário de judicialização demasiada, com limitação orçamentária e de pessoal, o sistema de justiça mostre-se cada vez mais eficiente:

A crise da jurisdição como um fenômeno que se agravou no Estado de Direito precisa ser objeto de debates constantes, porque dos níveis inadequados de acesso à justiça no país resultam reflexos extrajurídicos significativos. A escalada da crise veio a dar lugar ao repensar dos paradigmas até então vigentes, que foram colocados em xeque. Quando o país se recuperou da crise sanitária e as portas do Judiciário reabriram para o presencial, a sociedade e os jurisdicionados depararam-se com um novo normal cada vez mais disruptivo e tecnológico. Por outro lado, é cada vez mais árdua a missão imposta à Justiça brasileira de assegurar acesso à justiça célere, efetivo, satisfativo em um Judiciário com crescimento exponencial de demandas com limitação orçamentária e de pessoal. Desafios de grande magnitude que requerem mudanças sistêmicas e estratégicas (Hippertt, 2023, p. 13).

Quando lida à luz da imposição do dever de eficiência, a crise exige da administração pública, na figura do Judiciário, a melhoria constante da prestação jurisdicional, com alinhamento às exigências impostas, conforme adverte a autora (Hippertt, 2023, p. 139).

A jurimetria se coloca, justamente, neste momento em que os árduos desafios enfrentados para a melhoria da prestação jurisdicional e o cumprimento

do dever de eficiência impõe a intersecção do Direito com outras disciplinas capazes de agregar estrategicamente.

A pesquisa quantitativa, com aplicação da estatística, permite uma gestão racional e a tomada de decisão mais acertada pelo gestor público.

De acordo com destaca Fernando Correa (2019): "Quando se faz jurimetria, enxerga-se o Judiciário como um grande gerador de dados que descrevem o funcionamento completo do sistema. Quando se faz jurimetria, estuda-se o Direito através das marcas que ele deixa na sociedade".

Para Karen Paiva Hippertt (2023, p. 144) "A aplicação da estatística [...] propicia a obtenção de informações qualitativas como espécie de diagnóstico da prestação jurisdicional, da efetividade de algumas medidas e a assertividade quanto as práticas de gestão a serem adotadas".

Tem-se, portanto, que jurimetria é método que possibilita uma gestão estratégica, racional e técnica, muito mais eficiente e assertiva, que foge ao abstrativismo do método qualitativo.

Não é possível gerir adequadamente e de forma eficiente, muito menos, guiar a tomada de decisão estratégica, senão, munindo-se de informações qualificadas, precisas, da realidade que se coloca; e sem gestão adequada, não há eficiência.

Por isso, a jurimetria se apresenta como método inovador, já que confere uma perspectiva de análise diferenciada, com mapeamento do fenômeno jurídico, englobando a realidade, os efeitos práticos e a probabilidade de ocorrência, o que fundamenta eventuais interferências e modificações pelo gestor em um contexto prático.

A superação da síndrome do desgoverno judicial citada por Nieto (2005, p. 69), com ganhos em efetividade, nesta perspectiva, precede o alinhamento do Direito com a realidade e o distanciamento da investigação abstrata.

Como pontua Hippertt (2023, p. 140), enquanto a eficiência "tem por enfoque a análise custo-benefício, a moderna teoria da Administração traz a eficácia que se centra na análise dos objetivos e métodos e a efetividade, uma somatória entre as duas e que resulta no alcance dos objetivos e métodos da melhor maneira possível". Neste sentido, dá-se a aplicação da jurimetria no contexto da administração da justiça.

A Resolução do Conselho Nacional de Justiça n. 325/2020, dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e elegeu como macrodesafios do Judiciário para o período de 2021-2026, dentre outros, a agilidade e produtividade na prestação jurisdicional; a garantia dos direitos fundamentais; enfrentamento à corrupção, à improbidade administrativa e aos ilícitos eleitorais; prevenção de litígios e adoção de soluções consensuais

para os conflitos; consolidação do sistema de precedentes obrigatórios; impulso às execuções fiscais, cíveis e trabalhistas; aperfeiçoamento da gestão da justiça criminal; fortalecimento do processo eleitoral; fortalecimento da Política Nacional de Gestão de Pessoas; aperfeiçoamento da gestão orçamentária e financeira; aperfeiçoamento da administração e governança judiciária; fortalecimento da Estratégia Nacional de Tecnologia da Informação e de Proteção de dados; e aperfeiçoamento da Política de Sustentabilidade.

Os macrodesafios compreendem problemas-chave e grandes temas objetos da atuação conjunta dos tribunais e conselhos de justiça visando o aprimoramento da prestação jurisdicional. O seu enfrentamento somente será possível por meio de uma gestão estratégica conjunta do Judiciário.

A importância da jurimetria para aperfeiçoar a gestão administrativa e de governança é tamanha que a Resolução nº 462/2022, do Conselho Nacional de Justiça passou a dispor sobre a gestão de dados estatísticos, criação de Rede de Pesquisas Judiciárias (RPJ) e dos Grupos de Pesquisas Judiciárias (GPJ) no âmbito do Poder Judiciário.

Para além, destaca Arnoldi (2010, p. 94), de um modo geral, tanto o judiciário como o Conselho Nacional de Justiça "estão cientes da necessidade de estudos quantitativos-empíricos para aperfeiçoar a sua gestão e iniciaram esforços na promoção de pesquisas desse gênero". Por isso, atualmente, não existe corte que não possa ter o desempenho acompanhado em tempo real e de forma precisa, sobretudo, em se considerando que, paralelamente a aplicação da pesquisa jurimétrica, o Judiciário brasileiro migrou 100% para o digital.

Por possibilitar a análise e gestão estatística dos dados, no contexto do Judiciário, o método quantitativo-empírico alinha-se a meta de aperfeiçoar a gestão administrativa e de governança, com uso dos dados qualificados como diagnóstico do judiciário e da eficiência das políticas judiciárias.

Por sua vez, sem uma governança adequada, em um cenário de crise, a justiça afastar-se-á cada vez mais da realização das demais metas, inclusive, dos fins constitucionalmente eleitos.

Antes de fazer bem-feito, é preciso saber se "as coisas bem-feitas são as que realmente deveriam ser feitas" (Chiavenato, 1994, p. 70) e a escolha do que deve ser feito, o modo de realização e a análise dos impactos para alcance dos objetivos e métodos carece da investigação realística e precisa do fenômeno jurídico que se sucede no contexto da jurisdição, o que só a jurimetria pode fornecer.

Importante esclarecer, como bem pontua, Marcelo Guedes Nunes (2024):

o Direito não é inteiramente mensurável. Mensuráveis são

apenas suas manifestações concretas. Ideais, abstrações e valores não podem ser medidos por serem desprovidos de extensão e de concretude. Além disso, toda a problemática em torno das propostas políticas de transformação e dos ideais de justiça social são contrafactuais e, portanto, não podem ser detectados pela pesquisa empírica, seja ela qualitativa ou quantitativa. E a persuasão da sociedade a respeito dos ideais a serem perseguidos é, sem dúvida, um problema de relevância absoluta, que ultrapassa o escopo da Jurimetria e entra nos limites da filosofia do Direito.

Neste sentido, premente esclarecer três equívocos associados à terminologia Jurimetria:

Primeiro, a Jurimetria não é uma disciplina resultante da aplicação da informática ao Direito. A informática é uma ferramenta acidental e a Jurimetria existiria, ainda que à custa de um esforço maior, independentemente de qualquer computador. A metodologia da Jurimetria é a inferência estatística e seu objeto é o funcionamento da ordem jurídica, sendo o computador apenas um instrumento capaz de acumular dados e ampliar o poder de cálculo dos pesquisadores. É inegável que os avanços da computação permitiram um crescimento nos estudos jurimétricos em consequência da facilidade de acesso a dados e a um maior poder de cálculo. No entanto, estas facilidades não são a essência da Jurimetria. Segundo, a Jurimetria não é uma tentativa de automatizar o Direito e reduzir as decisões judiciais a um cálculo matemático exato. Ao contrário, ela parte da premissa de que a gênese de uma decisão jurídica

concreta é um ato de vontade, cuja complexidade impede a sua redução a um modelo determinístico e que, portanto, a automatização do processo de decisão é não só indesejável, mas inviável. Para que a Jurimetria exista enquanto aplicação de métodos estatísticos em pesquisas jurídicas, é essencial que o Direito seja uma manifestação da liberdade humana, com suas incertezas e variações. Terceiro, a Jurimetria não pretende substituir outras áreas do conhecimento jurídico, como, por exemplo, a filosofia do Direito e a dogmática. A Jurimetria é uma disciplina positiva que pretende descrever as características de uma ordem jurídica. A avaliação da conveniência política e axiológica de uma dada ordem jurídica não está na pauta de trabalho da Jurimetria pelo simples fato de tais juízos não serem passíveis de confirmação através de testes estatísticos (Nunes, 2024).

Isto posto, é inegável que a jurimetria auxilia a formulação de políticas públicas, e também na previsão de consequências de decisões. Contudo, a implementação de decisões é uma questão de precedência política, e em última análise, ultrapassa o âmbito da ciência empírica.

3 JUSTIÇA EM NÚMEROS E PRINCIPAIS INDICADORES DO JUDICIÁRIO PARANAENSE

Realizado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, desde o ano de 2004, o Relatório Justiça em Números tem servido como um dos principais indicadores do Judiciário e se aperfeiçoa ano a ano, graças ao avanço da tecnologia.

De acordo com Schwartz e Guilherme, o relatório:

“Justiça em Números 2023” revela que o Poder Judiciário brasileiro possuía, ao final de 2022, 81,4 milhões de processos em tramitação (CNJ, 2023, p. 92). Apesar dos grandes avanços do sistema de justiça nos últimos anos, ainda existe um problema relacionado ao acesso à justiça e à morosidade, questão concernente ao sistema de justiça mundial.³

Os dados levantados auxiliam a que se trace um verdadeiro diagnóstico atualizado, com uma gestão racional e precisa dos Tribunais.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), escopo do presente estudo, é retratado no relatório, data-base 2022, compondo a lista dos tribunais de grande porte do país, ao lado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), São Paulo (TJSP), Minas Gerais (TJMG) e Rio de Janeiro (TJRJ). Segundo o Estudo, o TJSP é o maior deles, antecedido pelo TJMG, TJRJ, TJRS e TJPR.

Em termos orçamentários, o relatório aponta que as despesas totais do Poder Judiciário no ano de 2022 somaram R\$ 116 bilhões. O aumento de 5,5%, em relação ao último ano, é atribuído a inflação e acréscimo de 4% nos gastos com pessoal.

O Justiça em Números (2023) indica que a despesa da Justiça Estadual representa 61% da despesa total do Judiciário. Isso porque, o segmento abrange 78% dos processos em tramitação, em comparação à Justiça Federal que corresponde a 15% dos processos para 11% das despesas, como também a Justiça do Trabalho com 6% dos processos e 19% das despesas.

Em 2022, o custo total do serviço de Justiça por habitante do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná foi de R\$ 266,7, valor este que é inferior a grande parcela dos custos por habitante nos demais tribunais estaduais.

O Painel de Estatísticas do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (DataJud) também permite o acompanhamento atualizado, em termo real, dos dados da justiça brasileira. Ele é utilizado na produção anual do Justiça em Números pelo Conselho Nacional de Justiça.

Em média, o relatório aponta que a cada grupo de mil habitantes, 127 ingressaram com uma ação judicial em 2022, um aumento de 7,4% no número de casos novos por habitante em relação ao ano anterior.

³SCHWARTZ, Hamilton Rafael Marins; GUILHERME, Gustavo Chueire Calixto. Matemática aplicada ao Direito: A “Calculadora Judicial Eletrônica AGNESI” em prol da celeridade e da eficiência. Revista

Judiciária do Paraná. ISSN: 2316-4212 Ano XVII Dez 23-Jan-fev 2024. Disponível em: <https://www.revistajudiciaria.com.br/>, p. 108. Acesso em: 10 dez.2023.

No Tribunal de Justiça do estado do Paraná, foram 10.103 casos novos por cem mil habitantes.

O Justiça em Número também calcula o índice de carga de trabalho de magistrados e servidores no âmbito nacional, com variação positiva entre 10,7% e 10,5% no país. No caso dos magistrados, no ano de 2022, o volume médio bruto de processos para gestão foi de 6.747 (aumento de 4,7%) e para os servidores a carga foi de 566 processos por pessoa (aumento de 4,4%). No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o índice foi de 1.618 processos por magistrados.

Já, o índice de produtividade por servidor, apenas para a área judiciária, sofreu um aumento de 10,5% no período, com uma média de 150 processos por servidor, sendo que na Justiça Estadual o aumento foi de 12,3%. No Paraná, o índice de produtividade foi de 178 processos por servidor.

A taxa de congestionamento do Judiciário como um todo tem caído gradativamente chegando 72,9% no ano de 2022. Na Justiça Estadual a queda foi de 1,9 ponto percentual. No Paraná, a taxa líquida de congestionamento, com a exclusão dos processos suspensos, sobrestados ou provisoriamente arquivados, foi de 64,8% e a total de 71,1%, abaixo da média nacional.

O Índice de Atendimento à Demanda (IAD), por seu turno, alcançou o patamar de 96,1%, isto é, menos de 100%, contribuindo para a elevação do estoque em 1,8 milhão de processos. No TJPR, o índice de atendimento a demanda chegou ao patamar de 104,1%, um resultado extremamente positivo.

Com relação ao cumprimento da Política Nacional de Priorização do Primeiro Grau, estabelecida nas resoluções nº 194/2014, nº 19/2014 e 219/2016, todas do Conselho Nacional de Justiça, criou-se o Painel de Acompanhamento para monitoramento em termo real por Tribunal.

O painel descreve informações do número de servidores, como também dos valores dos cargos e funções. Segundo o relatório, nenhum dos tribunais do país conseguiu cumprir com a política atingindo a equivalência de despesas destinadas a cargos em comissão entre os dois graus de jurisdição; quanto as funções comissionadas, os avanços também não foram significativos mantendo-se a disparidade. No Paraná, o percentual de servidores na área judiciária de primeiro grau é de 83%, em cargos em comissão e funções comissionadas é de 76% e na área administrativa é de 10%.

Os indicadores de casos novos por servidor e magistrado, excluindo as execuções judiciais iniciadas, do segundo grau supera o do primeiro grau em 68,3%. São 41 casos novos em comparação com 60 no segundo grau. No TJPR, o número é de 1.385 e 1.374, no segundo e primeiro graus respectivamente.

Em contrapartida, a carga de trabalho de primeiro grau dos magistrados é quase que o dobro do

que a do segundo grau, isto é, 3.783 ações em comparação às 7.163 de primeiro grau. No Paraná, os valores são de 3.161 no primeiro grau e 6.333 no segundo. Por sua vez, a carga de trabalho por servidor é de 294 no segundo grau e 722 no primeiro.

Os indicadores de produtividade de magistrados e servidores da área judiciária, mensurado com base no total dos casos baixados e pessoas atuantes durante o ano, aumentou em comparação aos anos anteriores, apontando para uma produtividade crescente no primeiro grau e decrescente no segundo. No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o padrão se manteve, com Índice de Produtividade (IMP) de 1.318 no segundo grau e 1.670 no primeiro, como também o Índice de Produtividade dos(as) Servidores(as) da Área Judiciária (IPS-Jud) de 123 e 190, no segundo e primeiro grau respectivamente.

Na corte paranaense, o Índice de Atendimento a Demanda comparativamente entre primeiro e segundo grau foi de 105% e 95%, respectivamente. A taxa de congestionamento, por outro lado, foi maior no primeiro do que no segundo grau, 51% e 73%, respectivamente.

Os processos em fase de execução, por seu turno, apresentam uma tendência de crescimento, após um período de queda, com estoque similar ao de sete anos atrás e destaque para as execuções fiscais. No Paraná, o percentual de casos pendentes de execução com relação ao estoque de processos é de 51,6%; na primeira instância, a taxa de congestionamento é de 65% na fase de conhecimento e 81% na de execução; além disso, há um total de 808.117 execuções fiscais pendentes, uma proporção de 25% a mais em relação ao total de processos pendentes no primeiro grau, com taxa de congestionamento de 85% e tempo médio de tramitação do processo baixado de 4 anos e 4 meses.

Ato contínuo, o índice de produtividade por magistrados na fase de execução e conhecimento, compreende um total de 600 e 1.106 processos, respectivamente. No TJPR, o número de processos é de 591 e 1.028, respectivamente. No que diz respeito a produtividade por servidor, é de 65 e 117, na fase de execução e conhecimento respectivamente, superior à média nacional de 50 para 94 em cada uma das fases.

O índice de atendimento à demanda comparando as fases de execução e conhecimento no Paraná é de 106%, em ambas as fases, relativamente ao índice geral do Judiciário de 93% e 98%, respectivamente. Já, a Taxa de Congestionamento no Estado, é de 81% e 65%, contra a média nacional de 84% e 67%, nas fases de execução e conhecimento, respectivamente.

Em termos de produtividade, o Índice de Produtividade Comparada (IPC-Jus) e, portanto, de eficiência, do TJPR, incluindo a área administrativa, é de 96, sendo superior à média dos demais Tribunais.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, o índice de produtividade dos magistrados do TJPR é de 1.618 processos baixados (IPM realizado), sendo que para que alcançassem a eficiência máxima, com IPC-Jus de 100%, deveriam ter baixado 61 processos a mais. No caso dos servidores, precisariam ter baixado cinco processos a mais, totalizando, 155 processos, para uma eficiência máxima. Fazendo um paralelo, a taxa de congestionamento líquida (TCL) reduziria em 1%, passando para 64%.

Quanto a transformação digital e atuação inovadora, o TJPR possui um percentual 68,4% de adesão das unidades judiciárias ao Juízo 100% Digital, 2 núcleos da Justiça 4.0, não possui Balcões Virtuais e possui 100% de casos novos com ingresso eletrônico.

O relatório, ainda, aponta que o tempo médio de duração dos processos eletrônicos na corte é de 3 anos e 3 meses.

Em termos de conciliação, o TJPR encontra-se nas primeiras posições nos últimos cinco anos consecutivos quanto ao uso dos métodos adequados de resolução de conflitos. Compreende o segundo tribunal com o maior índice de conciliação (14,3%), com destaque para o 1º grau e para a fase de execução, e com o maior número de Centros Judiciários de Solução de Conflitos, no total são 145 CEJUSC's, em comparação ao TJMG que possui 299.

O tempo médio de tramitação dos processos é de 2 anos e 3 meses para os processos baixados e 3 anos e 3 meses para os pendentes. Comparativamente, a média nacional do Poder Judiciário é de 2 anos e 5 meses, e 4 anos e 5 meses, respectivamente. Ainda, o tempo médio da inicial até a sentença no segundo grau é de 5 meses e no primeiro de 2 anos e 1 mês, inferior à média nacional de 7 meses, e 2 anos e 5 meses, respectivamente.

Por fases, o tempo médio de tramitação é de 2 anos e 11 meses na fase de execução, e 1 ano e 6 meses na fase de conhecimento, tempo inferior à média nacional de 4 anos, e 1 ano e 6 meses, respectivamente.

Em complementação, a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário (Datajud) armazena dados e metadados em âmbito nacional de todos os processos, físicos e eletrônicos, mesmo que sigilosos, dos tribunais do país.

O sistema conta com diversos filtros que permitem uma busca extremamente detalhada e que é atualizada constantemente. Com uso da plataforma, é possível acompanhar em tempo real as estatísticas ligadas a gestão de pessoal, produtividade, indicadores, classes, assuntos, mapas e metas; despesa de pessoal, por ramo, tribunal e período específico; os grandes litigantes.

O Datajud foi instituído, em 2020, pela Resolução nº 331 do Conselho Nacional de Justiça e

passou a servir como fonte primária de dados do Sistema de Estatística do Poder Judiciário – SIESPJ.

Segundo o painel, que conta com dados posteriores àqueles publicados pelo Relatório Justiça em Números, cuja data-base compreende o ano de 2022, em termos de gestão judiciária, o tempo de giro do acervo do Tribunal de Justiça do Paraná é de 2 anos e 5 meses, abaixo da média nacional da Justiça Estadual, que é de 2 anos e 8 meses.

No âmbito da justiça paranaense, até a data de 30/09/2023, havia um total de 3.449.629 processos em andamento, dos quais 679.721 encontram-se arquivados, 2.769.908 pendentes, 400.461 conclusos, 54.893 prontos para julgamento e 24.648 com mais de 100 dias. No ano de 2023, houve um ingresso de 1.167.654 novas ações, 1.215.337 casos julgados e 1.215.337 baixados.

No que diz respeito a produtividade, até setembro de 2023, a corte proferiu cerca de 3.481.553 decisões, 2.530.769 despachos, realizou um total de 420.272 audiências, sendo 218.291 audiências de conciliação e mediação (art. 334, CPC). O primeiro grau foi o que teve a maior produtividade, com um total de 2.762.924 decisões, sendo que, na série histórica da quantidade de decisões por mês, o de maior produtividade foi o mês de agosto com 456.705 decisões e o de menor produtividade foi o de janeiro, com 293.379 decisões.

No que se refere às despesas e receitas, no ano de 2022, houve um gasto de R\$ 116.003.297.535,00, sendo que, do total, 94,72% contemplam recursos humanos e um total de R\$ 34.933.151 com informática.

Como 20 maiores litigantes da Justiça Estadual paranaense, no polo passivo, a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário, aponta, em primeiro lugar, para o Estado do Paraná, que é responsável por 5,30% dos casos, seguido da Companhia de Saneamento do Paraná (SANEPAR), Oi S.A – Em Recuperação Judicial, Município de Curitiba, Instituto Nacional do Seguro Social, Tim Celular S.A, ParanaPrevidência, Copel Distribuição S.A, Itaú Unibanco S.A, Banco Bradesco S.A, Tribunal de Justiça do Paraná, Município de Paranaguá, Companhia Paranaense de Energia, Município de Maringá e Telefônica Brasil S.A. No polo ativo, Município de Curitiba, sendo responsável por 8,97% dos casos, seguido do Ministério Público do Paraná (8,56%), Município de Londrina, Estado do Paraná, Ministério da Fazenda, Município de Maringá, Município de Matinhos, Município de Paranaguá, Município de Ponta Grossa, Município de Cascavel, Banco Bradesco S.A, Governo do Paraná – Secretaria de Estado da Fazenda, Município de Colombo, Município de São José dos Pinhais, Município de Guaratuba e Banco do Brasil S.A.

Quanto ao cumprimento das Metas do Poder Judiciário, o Datajud aponta o seguinte no que se refere ao Tribunal de Justiça do Paraná: 1) meta 1 (julgar quantidade maior de processos de conhecimento do que os distribuídos, excluídos os suspensos e

sobrestados no ano corrente): foi cumprida na proporção de 103,64% no 2º grau, 100,23% no Juizado Especial, 99,17% no 1º grau e 92,13% nas Turmas Recursais; de um modo geral, foram julgados mais processos de conhecimento do que distribuídos, com cumprimento da meta; 2) meta 2 (identificar e julgar até 31/12/2023 na Justiça Estadual, pelo menos, 80% dos processos distribuídos até 31/12/2019 no 1º grau, 90% dos processos distribuídos até 31/12/2020 no 2º grau, e 90% dos processos distribuídos até 31/12/2020 nos Juizados Especiais e Turmas Recursais): 102,39% de cumprimento no 1º grau, 97,03% no 2º grau e 91,39% nos Juizados Especiais e Turmas Recursais; 3) meta 3 (aumentar na Justiça Estadual o indicador de Índice de Conciliação do Justiça em Números em 1 ponto percentual com relação a 2022. Cláusula de barreira: 15% de índice de conciliação): ainda inexistem dados cadastrados no sistema; 4) meta 4 (65% das ações de improbidade administrativa e das ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública, distribuídas até 31/12/2019, em especial a corrupção ativa e passiva, peculato em geral e concussão): inexistem dados cadastrados no sistema.

A análise dos principais indicadores do judiciário paranaense, que foi utilizado como parâmetro da pesquisa, permite concluir por um avanço significativo em pontos estratégicos nos últimos anos que, no entanto, deve continuar a ser buscado.

É preciso ter em mente que a eficiência como meta a ser alcançada requer uma melhoria e adequação constantes, alinhadas ao diagnóstico fornecido pelos dados que sinaliza o que precisa ser feito. No entanto, o mais importante já foi feito, adotar a jurimetria para uma maior racionalização da tomada de decisão viabilizando, de fato, a busca pelo aprimoramento constante a partir de decisões e políticas estratégicas.

CONCLUSÃO

A jurimetria é metodologia inovadora que adiciona compreensão qualitativa à investigação dos fenômenos jurídicos.

Embora, de início, não tivesse sido bem recepcionada pela comunidade jurídica científica brasileira, na atualidade, o método quantitativo-empírico trazido pela jurimetria encontra-se refletido em diversas pesquisas que servem de verdadeiro diagnóstico do judiciário brasileiro e, como consequência, da efetividade das políticas e práticas adotadas para realização da gestão ótima das cortes, até então.

Os dados coordenados qualificam a análise, que se torna mais precisa, e servem para que o gestor, e os gestores de forma conjunta, possam elaborar e reajustar o plano de gestão estratégica das cortes.

Com eles, é possível traçar um panorama muito mais realístico e perceber em que medida as metas estão sendo alcançadas.

Em contrapartida, torna-se mais viável a prestação de um serviço público de excelência, capaz de efetivamente trazer satisfação, compor os conflitos e gerar pacificação social, realizando os direitos fundamentais.

Em um paralelo com o mito da caverna de Platão, é como se a pesquisa qualitativa evidenciasse os fatos e fenômenos do cotidiano da jurisdição que, antes, apenas eram analisados sobre a ótica das sombras, tidas como verdades em razão da dissonância dos resultados obtidos com o método qualitativo de análise.

O alinhamento com a realidade e consequência práticas resulta na maior assertividade das medidas adotadas, com isso, na eficiência.

No contexto do Judiciário paranaense, a análise das estatísticas trazida pelos principais indicadores do Judiciário, Relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça e a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário, permitiu concluir por um significativo avanço com cumprimento das metas traçadas para o Judiciário brasileiro. Sobretudo, a justiça paranaense tem uma produtividade acima da média e o maior índice de conciliação do país.

No entanto, é certo que ainda há muito que avançar e a melhoria precisa ser contínua buscando sempre contemplar as demandas do cenário emergente.

Os primeiros passos já foram dados, já que a parametrização da justiça brasileira conta com todos os indicadores fundamentais para possibilitar a instituição de metas e adoção de medidas realísticas para alcançá-las. Agora, a melhoria precisa continuar e acompanhar cada vez mais as exigências do contexto social.

REFERÊNCIAS

- ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. Novas perspectivas para o direito concursal brasileiro com os estudos interdisciplinares da economia e da estatística. *Revista Estudos Jurídicos UNESP*, São Paulo, v. 14, n. 19, p. 89 – 98, jan./jun 2010. Disponível em: <https://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/222>. Acesso em: 20 nov. 20223.
- BARBOSA, Cássio Modenesi; MENEZES, Daniel Francisco Nagao. Jurimetria e gerenciamento cartorial. *Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça*, Brasília, n. 1, v. 2, p. 280 – 295, jan./jun. 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/dell/Downloads/567-1138-2-PB.pdf>. Acesso em: 20. nov. 2023.
- BARBOSA, Cássio Mondenesi; MENEZES, Daniel Francisco Nagao Menezes. Jurimetria – Buscando um Referencial Teórico. *Revista Intellectus*, n. 24, p. 161-186, 2013. Disponível em: <http://www.revistaintellectus.com.br/artigos/24.257.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2023.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Organizado por Cláudio Brandão de Oliveira. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2002.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Datajud, base nacional de dados do poder judiciário. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistemas/datajud/>. Acesso em: 26 nov. 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2023: ano-base 2022. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20 nov. 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Macrodesafios do Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/estrategia-nacional-do-poder-judiciario-2021-2026/processo-de-formulacao/macrodesafios-2021-2026/>. Acesso em: 1 out. 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Painel de acompanhamento da Política Nacional de Priorização do Primeiro Grau – Resolução CNJ nº 219/2016. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=5903cd99-fb51-4e0a-902c-69a1ccc927f2&sheet=66ff6851-b32f-4090-bf18-9c5da3933787&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currrel>. Acesso em: 30 nov. 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 194, de 26 de maio de 2014. Institui Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2020>. Acesso em: 30 nov. 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 325, de 29 de julho de 2020. Dispõe sobre a Estratégica Nacional do Poder Judiciário 2021-2026 e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2029>. Acesso em: 30 nov. 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 219, de 26 de abril de 2016. Dispõe sobre a distribuição de servidores, de cargos em comissão e de funções de confiança nos órgãos do Poder Judiciário de primeiro e segundo graus e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2274>. Acesso em: 30 nov. 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 331, de 20 de agosto de 2020. Institui a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário – DataJud como fonte primária de dados do Sistema de Estatística do Poder Judiciário – SIESPJ para os tribunais indicados nos incisos II a VII do art. 92 da Constituição Federal. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3428>. Acesso em: 30 nov. 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 462, de 6 de junho de 2022. Dispõe sobre a gestão de dados e estatística, cria a Rede de Pesquisas Judiciárias (RPJ) e os Grupos de Pesquisas Judiciárias (GPI) no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4577>. Acesso em: 30 nov. 2023.
- CHIAVENATO, Idalberto. Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistemas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- CORRÊA, Fernando. Mas, afinal, o que é jurimetria?. Associação Brasileira de Jurimetria, out. 2019. Disponível em: <https://lab.abj.org.br/posts/2019-10-15-mas-afinal-o-que-jurimetria/>. Acesso em: 30 nov. 2023.
- DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 18. ed. Salvador: Juspodivum, 2016.

GICO JR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. Revista de Direito Administrativo, v. 267, p. 163 - 198, 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46462>. Acesso em: 17 jun. 2023.

HADDAD, Ricardo Nussrala. A motivação das decisões judiciais e a jurimetria: contribuições possíveis. In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI - CE, Fortaleza, p. 3927 - 3935, 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/fortaleza/3389.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2023.

HIPPERTT, Karen Paiva. Jurisdição humanista, a ordem econômica do capitalismo e a atividade empresarial - os impactos da crise do Judiciário na empresa: uma interlocução com a sexta onda do acesso à justiça. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) - Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2023.

LOEVINGER, Lee. Jurimetrics: The Next Step Forward. Minnesota Law Review, Minnesota, v. 33, n. 5, p. 455 - 493, abr./ 1949. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/1796/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

LUVIZOTTO, Juliana Cristina; GARCIA, Gilson Piqueras. A jurimetria e sua aplicação nos tribunais de contas: análise de estudo sobre o Tribunal de Contas da União (TCU). Revista Controle, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 46 - 73, jan./jun. 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/dell/Downloads/Dialnet-AJurimetriaESuaAplicacaoNosTribunaisDeContas-7671524.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2023.

MACÁIPE, Adilson Pereira; VALENÇA, Sandra Vieira; TAUCHERT, Maicon Rodrigo; JÚNIOR, Wilson Oliveira Cabral; BRITO, Hildeglan Carneiro de; ALENCAR, Marina de Alcântara. Jurimetria no Direito. JNT- Facit Business and Technology Journal, v.1, n. 33, p. 62 - 68, abr./ 2022. Disponível em: <https://jnt1.websiteseuro.com/index.php/JNT/article/view/1390>. Acesso em: 20 nov. 2023.

MENEZES, Daniel Francisco Nagao; BARBOSA, Cássio Modenesi. A jurimetria como método autônomo de pesquisa. In: VIII Congresso Latinoamericano de Ciência Política, Universidad Católica del Perú, 2015. Disponível em: <https://docplayer.com.br/61742284-A-jurimetria-como-metodo-autonomo-de-pesquisa.html>. Acesso em: 20 nov. 2023.

MULDER, Richard; Mulder; NOORTWIJK, Kees Van; COMBRINK-KUITERS, Lia. Jurimetrics Please. European

Journal of Law and Technology, v 1, n. 1, p. 135 - 165, 2010. Disponível em: <https://ejlt.org/index.php/ejlt/article/view/13>. Acesso em: 20 nov. 2023.

NIETO, Alejandro. El Desgobierno Judicial. 3. ed. Madrid: Ediciones Trotta, 2005.

NUNES, Marcelo Guedes. Jurimetria [livro eletrônico]: estatística, tecnologia e direito / Marcelo Guedes Nunes. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

ORSINI, Adriana Goulart de. Jurimetria e predição: notas sobre uso dos algoritmos e o poder judiciário. Revista RD Uno, Unochapecó, v. 3, n. 4, p. 33 - 50, jan./dez. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.46699/rduno.v3i4.6032>. Acesso em: 30 nov. 2023.

PINTO, Felipe Chiarello de Souza; MENEZES, Daniel Francisco Nagao. Jurimetria: Construindo a Teoria. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=90797bef9ef6175e>. Acesso em: 30 nov. 2023.

SCHWARTZ, Hamilton Rafael Marins; GUILHERME, Gustavo Chueire Calixto. Matemática aplicada ao Direito: A "Calculadora Judicial Eletrônica AGNESI" em prol da celeridade e da eficiência. Revista Judiciária do Paraná. ISSN: 2316-4212 Ano XVII Dez 23-Jan-fev 2024. Disponível em: <https://www.revistajudiciaria.com.br/>

ZABALA, Filipe Jaeger Zabala; SILVEIRA, Fabiano Feijó. Jurimetria: estatística aplicada ao direito. Revista Direito e Liberdade - RDL, Rio Grande do Norte, v. 16, n. 1, p. 73 - 86, jan./abr. 2014. Disponível em: http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/732. Acesso em: 20 nov. 2023.