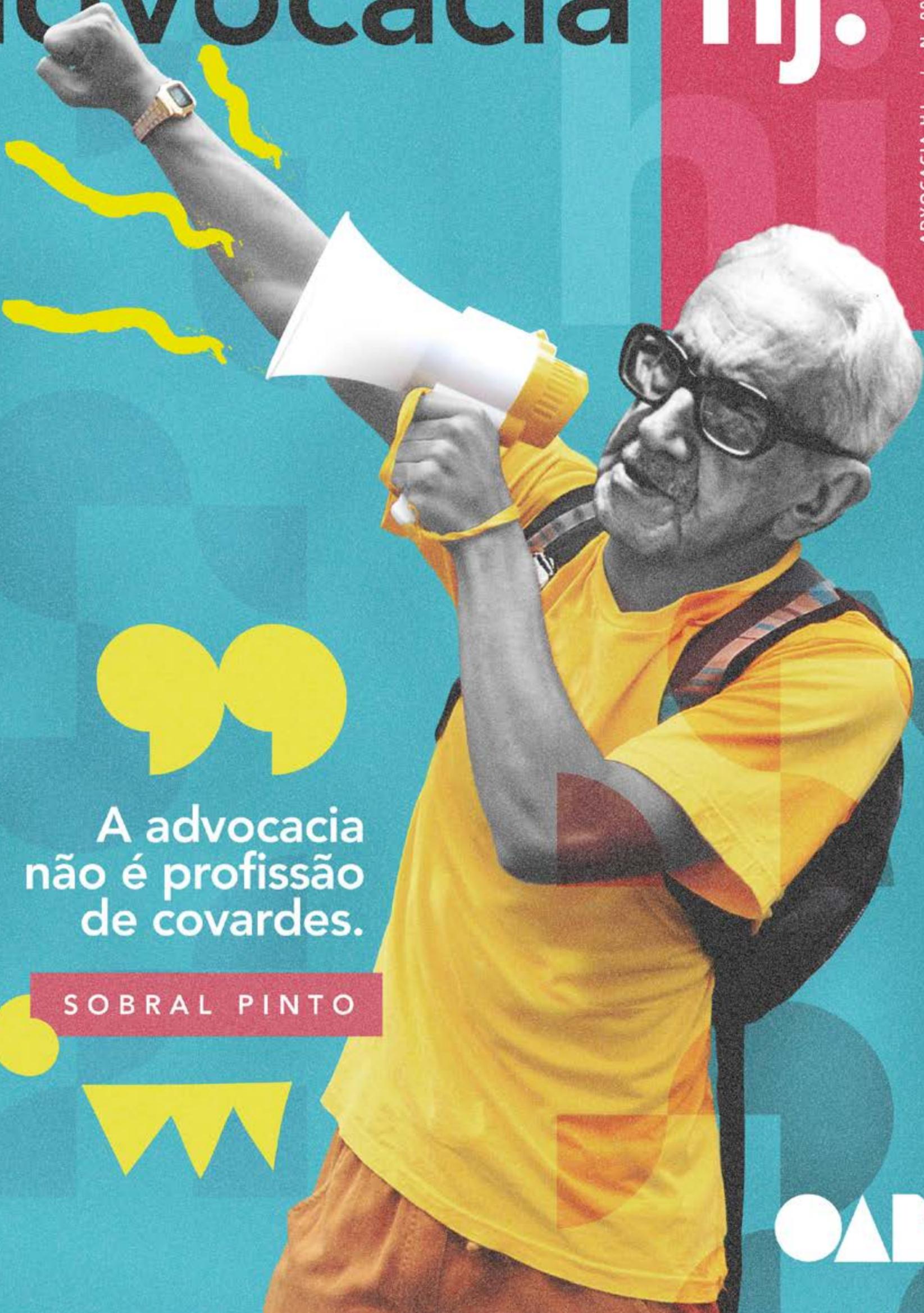


advocacia

hj.

ADVOCACIA HJ. | N. 002 | SET. 2019



A advocacia
não é profissão
de covardes.

SOBRAL PINTO

OAB

Caro Colega,

Você está recebendo a segunda edição da **Advocacia hj**. Um serviço da OAB para levar informação aos seus milhares de filiados em todo Brasil, com edições trimestrais.

Direito Constitucional, Direito do Trabalho, Direito Civil, Direito Penal, Processo, ... Grandes nomes da nossa advocacia e da sociedade brasileira vão contribuir, sempre com textos atuais e de interesse prático sobre tópicos com que convivemos diariamente.

Os temas desta edição se encontram expostos no índice abaixo. Para acessá-los, basta clicar.

Nesta edição, prestamos uma homenagem a um grande ícone da advocacia nacional: Sobral Pinto. Nascido na mineira Barbacena, em 1893, e oriundo de uma família humilde, católica praticante, Sobral Pinto, até o fim de sua vida, aos 98 anos, ia à Igreja todos os dias. Dizia ser adepto ao conceito cristão de que se deveria odiar o pecado, porém amar o pecador. Apesar de sua posição conservadora, Sobral Pinto defendeu líderes da esquerda como Luis Carlos Prestes e o comunista alemão Arthur Ernest Ewert, que adotara o nome falso de Harry Berger. Para proteger este último, Sobral Pinto suscita um artigo da Lei de Proteção aos Animais, a fim de coibir os maus-tratos a que era submetido seu cliente. Os presos políticos não poderiam receber um tratamento pior do que era garantido a um animal. O argumento expunha o abuso.

Sobral, por sua postura, passa a ser visto como um grande defensor das liberdades. Em 1955, diante da ameaça de tomada de poder dos militares, Sobral funda a Liga de Defesa da Legalidade, alertando aos riscos da tirania. Busca, dessa forma, garantir a democracia no Brasil. Esse movimento, em última análise, acaba por permitir a posse de Juscelino à presidência.

Pouco depois, em 1956, Sobral Pinto recusa um convite do Presidente Juscelino Kubitschek para compor o Supremo Tribunal Federal. Alega que sua recusa se deu para evitar a alegação que teria defendido a posse



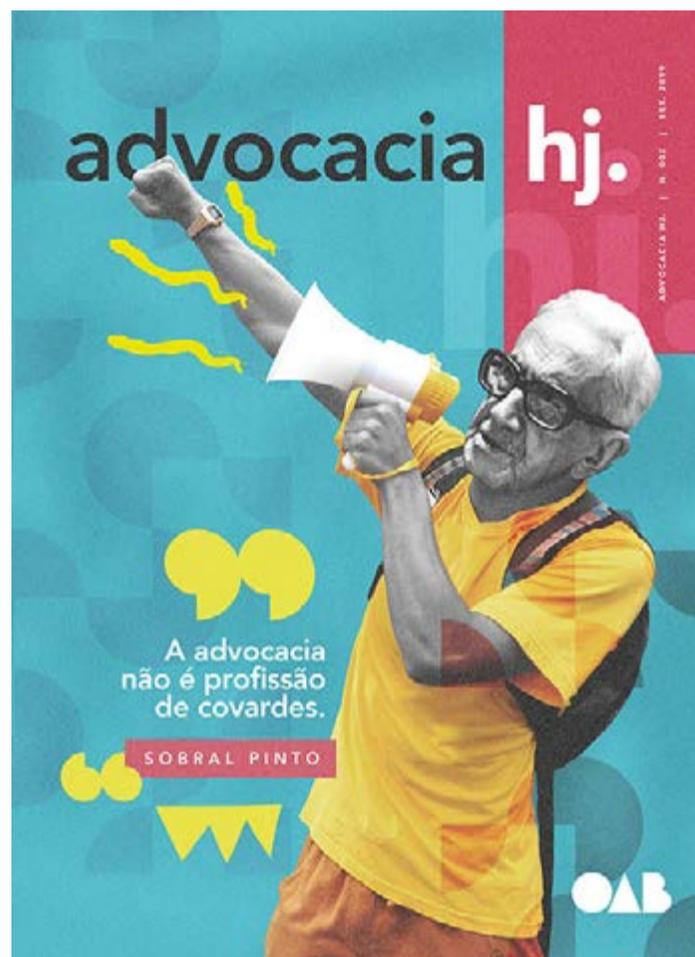
de Juscelino por algum motivo pessoal. O advogado não queria conviver com qualquer suspeita aos propósitos de seus atos.

Inicialmente, Sobral Pinto apoiou a tomada de poder dos militares em 1964, por temer a onda comunista. Depois, dizendo-se enganado, notadamente quando esse movimento revelou sua feição perversa e sombria, chegou a enviar carta ao presidente Castelo Branco, que era também chefe das forças armadas, repudiando atos de seu governo. Sobral migrou para a oposição. Foi preso por suas opiniões, mas, diante da comoção na classe dos advogados, foi solto. A sua envergadura moral e sua história o protegiam.

No século passado, o Brasil viveu muitos momentos nos quais as liberdades e garantias mínimas da dignidade humana foram radicalmente desprezadas. Isso se deu de forma mais crônica no Estado Novo (1937-1945) e durante a ditadura militar (1964-1985). Naqueles momentos, advogar era arriscado. Mais ainda, defender quem se colocasse contra o poder, como por meio da proteção de presos políticos, fazia do causídico um alvo. Nesses dois períodos sombrios da história nacional, Sobral Pinto não se acovardou. Homem pequeno, magro, de aparência frágil, surgia como a personificação dos direitos humanos, valendo-se apenas da palavra como espada e sua integridade como poderoso escudo.



José Roberto de Castro Neves é
Presidente Executivo da OAB Editora



PERSONALIDADE DA CAPA

SOBRAL PINTO



05

MENSAGEM DO PRESIDENTE
ADVOCACIA HOJE
Felipe Santa Cruz

06

DIREITO CONSTITUCIONAL
O SUPREMO, AFINAL, REPRESENTA O POVO? UM DIÁLOGO COM O MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO
Gustavo Binenbojm

10

DIREITO ADMINISTRATIVO
ACORDO SUBSTITUTIVO DE MULTA EM CONTRATO ADMINISTRATIVO
Vera Monteiro e Conrado Tristão

13

DIREITO DO TRABALHO
O PROJETO DE LEI 17 DE CONVERSÃO DA MP SOBRE LIBERDADE ECONÔMICA E SEUS REFLEXOS NA LEGISLAÇÃO DO TRABALHO
Rita Cortez

17

DIREITO CIVIL
HERANÇA COMO UNIVERSITAS JURIS: A REVELADORA HISTÓRIA MISÓGINA DE ALGUMAS RESSALVAS SUCESSÓRIAS NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO
Torquato Castro Jr.

20

DIREITO PENAL
A CRIMINALIZAÇÃO DA PUBLICIDADE OPRESSIVA É COMPATÍVEL COM O NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL
A. Nabor A. Bulhões

25

DIREITO PROCESSUAL
NOTAS SOBRE O CUMPRIMENTO ESPONTÂNEO DA OBRIGAÇÃO ANTES DA INTIMAÇÃO (ART. 526, CPC)
Fredie Didier Jr.

28

DIREITO TRIBUTÁRIO
REFORMA TRIBUTÁRIA: O IBS COLOCA O BRASIL EM ROL DE SISTEMAS MODERNOS DE TRIBUTAÇÃO
Eduardo Maneira

31

DIREITO COMERCIAL/SOCIETÁRIO
FUSÕES E AQUISIÇÕES: DIRETAMENTE DAS TRINCHEIRAS
Paulo Cezar Aragão

34

ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO
ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
José Emílio Nunes Pinto

38

DIREITO EM EXPANSÃO
JURISPRUDÊNCIA MARÍTIMA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES — MAIS DE UM SÉCULO DE “LEADING CASES”
Camila Mendes Vianna Cardoso e Godofredo Mendes Vianna

42

DIREITO, LITERATURA E FILOSOFIA
AS CAMADAS GEOLÓGICAS DA SEGURANÇA JURÍDICA
Joaquim Falcão

45

UM ADVOGADO NO
GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Wilson Witzel

47

“NÓS, OS ADVOGADOS, POR ELES, OS JUÍZES”
O PAPEL DA ADVOCACIA E SEUS DESAFIOS NA ATUALIDADE
Luis Felipe Salomão

52

“OS OLHOS DOS OUTROS”
A VOZ DO OUTRO
Pedro Bial

54

INDICAÇÃO
LITERATURA



Advocacia hoje

Ao longo de quase nove décadas, a Ordem dos Advogados do Brasil protagonizou momentos marcantes da história nacional: duas Constituintes, o combate à Ditadura Militar, as Diretas Já, entre outras grandes questões. Demos voz aos anseios da sociedade pela redemocratização e por uma nova Constituição Federal. Aprendemos a duras penas, com o custo de vidas, que nenhum direito está imune a violações abusivas e a práticas de arbítrio.

Hoje enfrentamos novos desafios. Vivemos um momento em que o direito de defesa tem sido constantemente violado e flexibilizado, inclusive por aqueles que têm o dever funcional de tutelá-lo, como magistrados e promotores. Dito isto, não por um acaso, este volume presta homenagem ao grande advogado Sobral Pinto.

Sua atuação, durante os anos de chumbo, nos ensinou que a garantia da defesa é o primeiro escudo no combate às arbitrariedades estatais e abusos, das mais diversas formas, contra os direitos e a dignidade humana e, por sua posição de elevada centralidade, é um dos fundamentos do Estado de Direito. Sem defesa não há justiça, tampouco respeito ao cidadão.

Sobral Pinto declarou que “A advocacia não é profissão de covardes”. Parafraseando-o, afirmo que, em tempos de crise, acomodar-se não é uma opção. A advocacia deve caminhar cada vez mais fortalecida, independente e aguerrida. Estamos cotidianamente sendo desafiados por novas realidades, cujas demandas devemos responder com eficiência. Não enxergar a complexidade da solução dos problemas que assolam nosso País é contribuir para o esvaziamento do nosso papel de advogados.

Portanto, esta Revista apresenta artigos que contribuem para criar, no mundo do Direito, um ambiente capaz de produzir discussões técnicas que garantam o exercício livre da defesa, a proteção das minorias e a evolução democrática da nossa pátria.

O Supremo, afinal, representa o povo? Um diálogo com o Ministro Luís Roberto Barroso

Gustavo Binenbojm

1 Introdução

No belo e corajoso artigo intitulado “A razão sem voto”, o Ministro Luís Roberto Barroso apresenta uma síntese de sua visão sobre os papéis institucionais exercidos pelo Supremo Tribunal Federal no arcabouço da democracia brasileira. Fruto certamente de uma combinação de suas reflexões teóricas como scholar e de sua experiência prática como jurista, advogado e, mais recentemente, juiz da própria Corte, o texto refaz o itinerário histórico do constitucionalismo no Brasil, descreve com precisão a emergência do Judiciário como Poder político independente após a promulgação da Constituição de 1988, e culmina com a apresentação, tanto em termos descritivos como prescritivos, das funções que, segundo o autor, deveriam caber à jurisdição constitucional.

De parte o seu já tradicional papel contramajoritário, consistente na fiscalização e anulação de leis e demais atos normativos contrários à Constituição, Barroso atribui ainda ao Supremo dois outros papéis menos ortodoxos: o papel representativo, entendido como a função de captar o sentimento ou a vontade popular majoritária que haja sido negligenciada pelos canais de representação política, traduzindo-a de forma argumentativa; e o papel de vanguarda iluminista, em cujo exercício a Corte assumiria a tarefa de empurrar a história e impulsionar o progresso social.

A razão subjacente a justificar e legitimar tais funções mais heterodoxas, ao menos à luz da doutrina tradicional, parece ser a crise da representação, a natureza falha do processo político eleitoral para expressar os anseios e preferências da maioria da população e a sua maior permeabilidade à captura por grupos de interesses políticos, econômicos e corporativos. Da menor suscetibilidade dos juízes às influências da política partidária e eleitoral, de sua vitaliciedade e recrutamento predominantemente por concursos públicos, do dever de fundamentação das decisões e da abertura do processo constitucional à participação da sociedade civil, Barroso extrai esse duplo encargo da Justiça Constitucional: vocalizar a voz das ruas, elaborada sob a forma de argumentos jurídicos, diante da indiferença das instâncias representativas (uma espécie de papel representativo subsidiário); e fazer ecoar a sua própria voz, para “empurrar a história quando ela emperra” (papel de vanguarda iluminista).

Tenho por objetivo neste artigo discorrer, de forma abreviada, sobre as fontes de legitimação democrática dos Tribunais Constitucionais e discutir os possíveis impactos, em termos de incentivos políticos, dos papéis de instância representativa e de vanguarda iluminista inovadoramente sugeridos pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

2 Jurisdição Constitucional, democracia e o problema contramajoritário

Quando, há pouco mais de dois séculos, John Marshall proferiu a sua célebre decisão no caso *Marbury v. Madison*, havia mais em jogo do que apenas a supremacia da constituição escrita e a autoridade do Poder Judiciário para determinar seu sentido em caráter definitivo. De fato, essa decisão histórica inaugurou uma nova era nas relações entre a política e o direito: um experimento que propôs a combinação da noção liberal de governo limitado com a ideia democrática de soberania popular.

Embora esses dois ideais contenham aspirações humanas ancestrais, eles sempre conviveram em uma relação delicada e conflituosa. Assim, o controle judicial da constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos da América como a voz da razão – “desprovida de força ou vontade, e dotada apenas de discernimento” (“having neither force nor will, but merely judgment”, v. Alexander Hamilton, *Federalist* n° 78, p. 523, 1961) – e invocando sua aptidão para, de forma racional e isenta, delinear as fronteiras entre os valores básicos da sociedade (os limites constitucionais) e a vontade da maioria (as leis e programas de governo). Desde então, e por razões mais pragmáticas que teóricas, a modernidade tem tentado realizar seu projeto de racionalização da política mundo afora por meio do discurso constitucional.

Nada obstante, o exercício da jurisdição constitucional é marcado, desde suas origens remotas, por um dilema: entregar a tarefa de interpretar a Constituição, em caráter definitivo, aos legisladores, e com isso consagrar a supremacia do Parlamento, e não propriamente das ideias contidas na Lei fundamental; ou confiá-la a um Tribunal em moldes judiciais, e com isso conferir a última palavra jurídica da Nação a um colegiado de juízes não eleitos e não submetidos à forma mais tradicional de accountability democrática, que são as eleições periódicas.

A tendência inquestionável à opção pelo modelo de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis – e que se expandiu até para redutos de resistência histórica a sua influência, como a França, a partir da reforma constitucional de 2008, com a inserção no ordenamento jurídico francês da chamada “questão prioritária de constitucionalidade” (*question prioritaire de constitutionnalité*) – revela a ascensão dos Tribunais Constitucionais no mundo ocidental, desde pelo menos o segundo pós-guerra, como estratégia institucional de moderação à soberania popular e de proteção das minorias. Com efeito, a experiência histórica recente demonstra que as Cortes constitucionais têm cumprido um importante papel de salvaguarda de direitos fundamentais e árbitro dos conflitos entre os Poderes, servindo de maneira satisfatória à causa da democracia.

Essa constatação, entretanto, não resolve o dilema. Antes, ao contrário, torna-o ainda mais problemático. Isso porque as intervenções da jurisdição constitucional em decisões dos demais Poderes não são mais apenas pontuais e episódicas – como o foram, no século XIX, as da Suprema Corte norte-americana, limitadas a duas – mas passaram a constituir o cotidiano dos regimes democráticos. Como as Constituições não são documentos claros e objetivos, a tarefa de interpretá-las e aplicá-las envolve sempre uma margem, maior ou menor, de subjetividade do intérprete. É dizer, os Tribunais Constitucionais atuam criativamente na suposta revelação do sentido dos textos que interpretam. Qual a fonte de legitimidade democrática desse enorme poder, que anula leis votadas pela maioria dos representantes eleitos pelo povo? Mais ainda, o que legitima decisões integrativas das Cortes, que passam a desempenhar um papel verdadeiramente normativo, em muito desbordante da tradicional alegoria do legislador negativo kelseniano?

Robert Alexy sustenta que o Tribunal Constitucional se legitima quando a coletividade o aceita como instância de reflexão racional do processo político. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e Tribunal Constitucional se estabiliza duradouramente – isto é, quando a Corte Constitucional adquire credibilidade política e social –, pode-se afirmar que a institucionalização dos direitos do homem deu certo, no âmbito do Estado Democrático de Direito (Robert Alexy, *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a Relação entre Direitos do Homem, Direitos Fundamentais, Democracia e Jurisdição Constitucional*, in *Revista de Direito Administrativo* n° 217, jul./set. 1999, p. 66). Neste sentido é que Alexy faz alusão à função de representação argumentativa do Tribunal Constitucional, segundo a qual a sua legitimidade depende da sua capacidade de produzir argumentos válidos e corretos, que obtenham a aceitação e adesão da sociedade (Robert Alexy, *Ponderação, jurisdição constitucional e representação*, in *Constitucionalismo Discursivo*, 2007, pp. 155-166).

A atribuição de uma função de representação ao Tribunal Constitucional, como propõem Alexy e Barroso, desperta algumas perplexidades. O caráter democrático de uma instituição não decorre apenas da investidura popular. A legitimidade pode decorrer de sua funcionalidade para o regime democrático, isto é, da capacidade que tenha de contribuir para a continuidade e o aprimoramento da democracia. Assim, ao preservar direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, anulando leis aprovadas pela maioria parlamentar, a atuação da jurisdição constitucional se dá a favor, e não contra a democracia. De igual modo, quando a Corte adota procedimentos decisórios abertos, transparentes e racionais, de forma permitir uma participação ativa dos cidadãos na construção de suas deliberações.

Isto, no entanto, não me parece autorizar que o Tribunal Constitucional se arrogue um papel propriamente de representação popular.

3 Objeções e possíveis disfunções decorrentes da atribuição de um papel representativo e de vanguarda iluminista ao Supremo Tribunal Federal

Em primeiro lugar, entendo que a ideia de representação política é modernamente associada ao exercício de mandatos livres, sem deferência formal à vontade dos representados. Tal liberdade é relativizada pela temporariedade do mandato e pelo seu caráter eletivo, o que assegura algum nível de accountability democrática. Tal regime cria, assim, uma estrutura de incentivos políticos que direcionam os representantes, mediatamente, à busca da satisfação das aspirações dos representados, dentro da lógica da política eleitoral. Neste contexto, a possibilidade de responsabilização política dos agentes políticos pelo povo é a mola-mestra da democracia representativa.

Ora, a ideia de representação não parece refletir a relação entre o povo e o Poder Judiciário – ou entre aquele e o Supremo Tribunal Federal. Vivemos sob um regime em que os juízes não devem sua investidura à escolha popular e são vitalícios, não estando, portanto, sujeitos aos mecanismos temporários de responsabilização política. Ademais, não existe entre nós a figura do recall, nem tampouco temos tradição de impeachment de Ministros da Suprema Corte. Por fim, não custa lembrar que os juízes constitucionais não são politicamente livres, mas encontram-se jungidos a procedimentos e deveres de fundamentação técnica de suas decisões.

Qual o sentido, então, de atribuir-se ao Tribunal Constitucional um papel de representação política? Sua invocação, ademais, oferece o risco de alguma legitimação



a priori, com a liberação dos ônus de fundamentação, transparência e permeabilidade à participação dos cidadãos. Embora não seja evidentemente este o caso de Barroso e Alexy, a ideia da função representativa pode se prestar, em contextos de embate institucional, como argumento retórico para a usurpação de poderes conferidos pelo povo a seus representantes políticos.

Veja-se ainda que a atribuição de função representativa às Cortes Constitucionais cria, potencialmente, uma alteração da estrutura de incentivos políticos no regime democrático. Preocupados em buscar apoio popular, juízes constitucionais sentir-se-iam intimidados pelo risco de reprovação de sua atuação em pesquisas de opinião ou em críticas jornalísticas, o que poderia inibir a prolação de decisões impopulares. Surgiria, assim, um fator dificultador ao cumprimento do papel contramajoritário pelo Tribunal, o qual invariavelmente exige posturas impopulares. Pessoas respondem a incentivos. Agentes públicos são pessoas e tendem a mover-se consoante o sinal dos incentivos produzidos por determinada estrutura institucional.

Por outro prisma, o argumento da representação política oferece o risco de uma artificial imputação do fundamento de algumas decisões do Tribunal à vontade popular. Nesses casos, a ausência de mandatos e de eleições periódicas para os cargos de juízes constitucionais impede qualquer tipo de responsabilização política na hipótese de insatisfação popular. Ao contrário do que ocorre nos postos eletivos, juízes não são removíveis de seus cargos pela vontade popular. Ao contrário do que ocorre com uma decisão legislativa equivocada, algumas decisões do Tribunal Constitucional – sobretudo aquelas que envolvem a aplicação de cláusulas pétreas – exibem o risco de se cristalizarem no tempo, tendo em vista a impossibilidade (ou a imensa dificuldade) de aprovação de providência legislativa superadora.

Por fim, no que se refere à função de vanguarda iluminista da Corte, vislumbro o risco de que tal argumento possa legitimar posturas solipsistas, elitistas ou paternalistas por parte de alguns juízes constitucionais. Ainda quando movido pelas melhores intenções, o Tribunal corre o risco de tornar-se uma instância de poder aristocrática e desvinculada dos fundamentos jurídicos que conferem legitimidade técnica a suas decisões. Ainda, arrogar-se a condição de agente propulsor do processo histórico é tarefa que pressupõe um sentido de progresso social historicista, potencialmente incompatível com a ideia de autogoverno democrático.

O velho Francisco Campos dizia, numa de suas tiradas cortantes, que o STF, sendo o juiz último da autoridade dos demais poderes, acabava por se tornar o juiz único de sua própria autoridade. A tentação de juízes constitucionais por emplacar suas visões de mundo, de processo civilizatório ou da própria história em decisões criativas é enorme. A tal tentação, no entanto, deve-se procurar resistir, em nome tanto do ideal liberal de autodeterminação individual, como do ideal democrático de autodeterminação coletiva. Mas esse amadurecimento institucional depende da consciência dos magistrados sobre os limites de seu próprio poder, do trabalho arguto e esclarecedor da Academia, da maior representatividade social dos poderes eleitos e de uma cidadania mais participativa.



Gustavo Binenbojm é Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Master of Laws pela Yale Law School (EUA).

Acordo substitutivo de multa em contrato administrativo

Vera Monteiro
Conrado Tristão

O descumprimento de cláusula contratual em contrato administrativo pode gerar a aplicação de multa, típica sanção administrativa. Porém, ao invés de arrecadar o valor da multa, o gestor do contrato e o contratado podem acordar em transformar a obrigação de pagar em novas prestações materiais.

O fundamento legal está no art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que é permissivo genérico para toda a administração pública celebrar acordos substitutivos de sanção (“Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público ... a autoridade administrativa poderá ... celebrar compromisso com os interessados”).

Significa dizer que o ente público contratante pode formalizar acordo com o particular contratado, estando em causa créditos públicos decorrentes da aplicação de sanção contratual.

A imposição de sanções administrativas, por descumprimento de obrigação contratual, constitui, sem dúvida, relevante instrumento estatal para persuadir particulares a cumprirem o acordado. Além de induzir condutas, a sanção também cumpre o papel de punir quem desrespeita o contrato. Mas a consensualidade também é um valor, além de ser uma tendência no direito administrativo contemporâneo. Assim, ao invés de impor decisões e soluções unilaterais (tal como é o ato sancionatório), a administração pública pode interagir com administrados a fim de identificar mecanismos consensuais em prol do interesse público. Parece fazer sentido, já que a multa não tem função meramente arrecadatória.

Noutras palavras, a adoção de uma solução consensual pode conferir maior eficácia à sanção pecuniária imposta por descumprimento contratual. Acordos substitutivos, como diz o próprio nome, substituem a decisão unilateral e imperativa, levando ao fim consensual do processo sancionatório.

Para tanto, é preciso que o poder público tenha vantagem clara no acordo, cujos termos devem ser justos. A LINDB trouxe requisitos de validade para a efetividade e

garantia de interesses gerais. O compromisso deve buscar a “solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais”.

A obrigação veiculada via compromisso não pode conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecido por orientação geral, e preverá as obrigações das partes; o prazo e o modo para seu cumprimento; a forma de fiscalização quanto a sua observância; os fundamentos de fato e de direito; a sua eficácia de título executivo extrajudicial; e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Em decorrência do art. 26 da LINDB, antes da celebração do acordo, deve ser ouvido o órgão jurídico, realizada consulta pública (se for o caso) e deve estar explícita a motivação da decisão. O compromisso firmado somente produzirá efeitos a partir de sua publicação.

Haveria, porém, algum outro requisito em se tratando de acordo substitutivo de multa em contrato administrativo?

Em se tratando de contrato de parceria, como são os de concessão, cuja estrutura jurídica é voltada para viabilizar volume de investimento, a resposta é afirmativa. Deve haver sempre correlação entre o objeto contratado e as novas obrigações assumidas em substituição à multa contratual.

Esse parece ser o entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU), que analisando a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) por agência reguladora sustentou que “[o] instrumento consensual não pode ... ser utilizado indiscriminadamente, a ponto de desvirtuar o contrato de concessão pela alteração de metas pactuadas no termo de ajuste, sob pena de frustrar o certame licitatório que deu origem à outorga do objeto” (acórdão 2533/17 – plenário).

Nesse sentido, antes mesmo da introdução do art. 26 na LIDNB, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) já celebrava TACs com concessionárias de rodovias federais prevendo a suspensão de processos administrativos em troca da assunção, pelas concessionárias, de obrigações não previstas originariamente nos contratos de concessão. As novas obrigações guardam relação com o objeto dos contratos de concessão, consistindo em obras de melhoria das rodovias, como a construção de passarelas, barreiras e áreas de escape nas pistas.

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) chegou a positivar a necessidade de conexão entre as novas obrigações assumidas por meio do TAC e a atividade regulada: “os compromissos objeto do termo ... deverão, no seu conjunto, ser compatíveis com as obrigações previstas nos regulamentos e contratos regedores da prestação de serviços de energia elétrica descumpridas” (Resolução Normativa nº 63/2004, art. 21, § 2º).

Nesses acordos, os valores que seriam arrecadados, a título de multa, são reconduzidos à realização de novos investimentos ainda não previstos. A lógica é que o

gestor público, diante da incerteza da arrecadação do valor da multa, opte por reverter, de imediato, para o adimplemento de obrigações de investimento.

Tal prática parece ser respaldada pela jurisprudência do TCU, que novamente analisando a celebração de TACs por agência reguladora sustentou que “exatamente pelo fato de a multa ser primariamente um instrumento regulatório, e não meramente arrecadatário, acaso essa se mostre ineficaz e o ordenamento permita seja convertida em obrigação de fazer, existe aí um espaço de decisão discricionária do regulador para alcançar os objetivos do setor” (acórdão 2121/2017 – plenário).

Mas e para os contratos da lei 8.666/93, cujas características são distintas dos contratos de parceria?

Vale lembrar que a própria lei 8.666 já autoriza um tipo de acordo envolvendo multas administrativas. Trata-se da possibilidade de descontar a multa dos pagamentos eventualmente devidos pela administração contratante (art. 87, § 3º).

E se o órgão contratante estiver em dia com os pagamentos de que trata o contrato?

A proposta é que o órgão avalie a utilidade de se ampliar o objeto contratado até o limite de seu crédito, com a correlata extensão do prazo para a sua execução. Na prática, é a possibilidade da celebração de aditivo em contrato administrativo para além do limite de prazo de vigência fixado na lei.

Em suma, é um tema típico de gestão contratual, pois envolve a tomada de decisão de ampliação do objeto contratado, ao invés da criação de crédito em favor do poder público. O exercício dessa competência administrativa não importa em renúncia de receita, pois a transação é em torno do valor de multa, e não de tributo, cujo controle da renúncia está previsto na LRF.



Vera Monteiro é Professora da FGV DIREITO SP e da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. Doutora em Direito pela USP. Mestre em Direito pela PUC/SP.

Conrado Tristão é Pesquisador da FGV DIREITO SP e da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. Mestrando em Direito pela FGV DIREITO SP.

O Projeto de Lei 17 de conversão da MP sobre liberdade econômica e seus reflexos na legislação do trabalho

Rita Cortez

Diante de múltiplas possibilidades de desenvolver um artigo sobre o combalido direito do trabalho pós reforma, a primeira idéia foi desenvolver um tema objetivo e contextualizado na rotina forense da advocacia militante.

Como a comunidade jurídica trabalhista foi novamente surpreendida com a proposta de inserção de normas modificadoras da CLT, contrárias aos princípios de proteção e tutela das relações de emprego, não resisti ao desafio de enfrentar, despretensiosamente, a matéria. O enxerto foi articulado no recentíssimo Projeto de Lei 17/19 de Conversão da Medida Provisória 881/19 sobre Liberdade Econômica

Ainda sob impacto dos efeitos da chamada lei da Reforma Trabalhista, Lei 13.467/17, a sorrateira introdução de vários dispositivos legais que aprofundam mecanismos de precarização do trabalho, sem qualquer comprometimento de observância da ordem constitucional trabalhista e às normas mínimas de proteção da saúde dos trabalhadores, volta a abalar os alicerces da legislação laboral brasileira.

Destaque-se, aqui, que a Lei 13.467/17 surge no panorama jurídico amparada no discurso acerca da necessidade de superação da crise econômica, combate ao desemprego, e aumento dos postos de trabalho.

Aprovada pelo Congresso Nacional com espantosa rapidez e sem que houvesse uma profunda discussão com os setores sociais envolvidos, a “Reforma” resultou numa drástica alteração, sem precedentes, no direito e no processo do trabalho. Dos cinco artigos originalmente propostos pelo Presidente da República, o Projeto de Lei da Reforma Trabalhista acabou apresentando alterações em mais de cem artigos da CLT.

Os milhões de trabalhadores desempregados, e o encerramento de atividades empresariais em diferentes setores da economia, evidenciam que os objetivos traçados pelo governo, em 2017, não foram atingidos.

O PLC 17, que já recebe a alcunha de “minirreforma trabalhista”, aparece agora, em 2019, no bojo de uma “política” de governo que a pretexto de reduzir a burocracia no ambiente de negócios e eliminar entraves ao mercado de trabalho, para renovar o ataque à autonomia científica do direito do trabalho e, entre outras medidas, retirar importantes instrumentos de fiscalização e de controle essenciais à preservação da saúde, segurança, e higiene do trabalho.

Correndo o risco da arguição de inconstitucionalidade formal (conteúdo temático diverso), o Projeto de Lei repete o “modus operandi” e os mesmos procedimentos que promoveram à aprovação da Lei 13467.

A MP 881, convertida no Projeto de Lei 17/19, sem debate ou consultas, foi anabolizada pelo Ministério da Economia com o apoio de alguns deputados, senadores e empresários, sendo que das 15 normas iniciais na MP, o PLC foi enviado ao Congresso com mais de 50 dispositivos.

Lamentavelmente a prática do governo brasileiro nos últimos anos é a de extinguir ou esvaziar os espaços institucionais de negociação e de discussão, bem como enfraquecer os órgãos de fiscalização e controle, principalmente, quanto a observância dos direitos trabalhistas básicos e fundamentais.

A extinção do Ministério do Trabalho, das Comissões Nacionais de Combate do Trabalho Escravo; Direitos das Pessoas com Deficiência; Transparência Pública e Combate à Corrupção; Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de LGBT; Alfabetização e Educação de Jovens e Adultos; Políticas sobre Drogas; Direitos do Idoso; Segurança Pública e de Erradicação do Trabalho Infantil; sem moderação ou justificativa plausível, atestam que o desrespeito ao diálogo social no país é algo extremamente grave.

PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES NA LEGISLAÇÃO INSERIDAS NO PLC 17/19:

Contratos regidos pelo Direito Civil (trabalhador hipersuficiente):

Os contratos dos trabalhadores que recebem acima de 30 salários mínimos mensais passarão a ser regidos pelo Direito Civil, ressalvadas as garantias do artigo 7º da Constituição Federal. A discriminação e o referencial civilista são inaceitáveis do ponto de vista dos princípios trabalhistas e das normas constitucionais.

Trabalho aos Domingos e Feriados:

A CF estabelece que o descanso semanal deve ser concedido preferencialmente aos domingos. Algumas categorias profissionais estipulam em acordos e convenções coletivas de trabalho (processo de negociação coletiva) regras excepcionais que preveem o trabalho aos domingos e feriados. No PL esta autorização independe de negociação.

Trabalhadores com jornadas diferenciadas, contendo determinação da não exigência do trabalho aos sábados, domingos e feriados, como por exemplo a categoria bancária, passarão a ser atingidas pela nova regra que desta maneira elimina conquistas coletivas históricas dos trabalhadores, vinculadas a preservação da sua saúde.

No que tange ao agronegócio e às atividades sujeitas a condições climáticas, havendo necessidade imperiosa, o trabalho poderá ser exercido aos sábados, domingos e feriados, sem limites. Incluem-se, aqui, os serviços de fornecimento, beneficiamento, armazenamento e transporte de produtos agrícolas e incluindo cana-de-açúcar; uva e vinho; grãos e cereais; produção agrícola de insumos para biodiesel; produtos e subprodutos agrícolas e pecuários.

Segurança e Medicina no Trabalho - Saúde do Trabalhador:

A Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA) passa a ser facultativa nos locais com menos de 20 trabalhadores, bem como nas pequenas e microempresas. Como o Brasil é um dos campeões mundiais de acidentes de trabalho, eliminar a obrigatoriedade de constituição da comissão colide com a imprescindível prevenção de acidentes no trabalho e com o combate aos impactos sociais e econômicos deles decorrentes.

Fiscalização Trabalhista:

O esvaziamento do ofício da fiscalização, como fator de proteção dos direitos dos trabalhadores, teve início com a extinção do Ministério do Trabalho e a transferência de algumas das suas principais atribuições para o Ministério da Economia. A desidratação da atividade inspetora do trabalho também causará impacto direto sobre a saúde e sistemas de segurança no trabalho.

Recursos Administrativos em Sede de Fiscalização:

O projeto prevê a instalação de um “conselho recursal paritário tripartite” com a presença de trabalhadores, empregadores e auditores fiscais do trabalho para analisar recursos de multas trabalhistas aplicadas em última instância. A Convenção 81 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil, preconiza que esta função deve ficar na mão apenas de auditores fiscais concursados, com estabilidade e independência. O projeto cria uma “amarra” para fiscalizações e aplicação de sanções nos riscos mais leves.

Registro da Jornada De Trabalho:

O registro de ponto só será efetuado para marcar as horas prestadas fora da jornada normal de trabalho, conforme for definido em acordo individual escrito (e não coletivo) nas empresas com até 20 empregados.

O chamado registro do ponto por exceção é um começo para o fim do controle da jornada repercutindo em questões salariais (pagamento de horas extras) ou na saúde dos trabalhadores, principalmente no trabalho sujeito às atividades em jornada especial. A ausência do controle da jornada poderá prejudicar, neste caso, tanto os empregados, como os empregadores.

Responsabilização empresarial:

A proposta altera a responsabilidade trabalhista por parte de empresas do mesmo grupo econômico que só poderão ser responsabilizadas em caso de fraude comprovada.

Agregue-se ao extenso rol das mudanças a possibilidade da instituição da carteira de trabalho digital; a imposição de limites ao poder dos conselhos profissionais na fiscalização dos trabalhadores; e a Extinção do E-social.

São mudanças que afetarão direta e especialmente às normas de higiene, medicina e segurança no trabalho. Podemos dizer que o PLC 17 atinge de forma letal os direitos à vida, à saúde e a dignidade dos trabalhadores.

O retrocesso social é, portanto, não só sério, mas sobremaneira preocupante. Tratados e Convenções Internacionais (OIT) incorporados, por força da própria CF de 88 ao seu texto (artigo 5o, parágrafo 2o), continuam a ser desprezados, ademais do evidente conflito com os princípios constitucionais sociais mais elementares, a saber: Princípio da Progressividade Social (CF: art. 5º, § 2º, e art. 7º, caput); Princípio da Norma Mais Favorável e da Condição Mais Benéfica, “Favor Laboris”, (CF: art 5º caput e inciso XXXVI – art. 7º, caput - OIT: Art. 19, 8); Princípio da Proibição ao Retrocesso Social, difundido pela OIT que agasalha entre seus principais objetivos, “o progresso ininterrupto e a luta contínua pela melhoria das condições de trabalho e dos direitos sociais”.

O direito do trabalho não é o vilão da crise econômica, segundo a ótica do falacioso “custo Brasil”, mas continua a ser alvo de atos do Executivo extremamente polêmicos; aceleradas e desmedidas alterações legislativas, além de figurar com maior frequência nas controvertidas pautas de julgamento do Supremo Tribunal Federal. A própria Justiça do Trabalho, neste contexto insano, mantém-se ameaçada de extinção.

CONCLUSÃO:

A diretora de Cidadania e Direitos Humanos da ANAMATRA, Luciana Conforti, afirmou que a Reforma Trabalhista empurrou o país para a pobreza. Não resta dúvida que a filosofia neoliberal no campo trabalhista é a de “desregulamentação” do mercado de trabalho, colocando milhares de pessoas, especialmente os jovens, na informalidade.

O PLC 17/19 insiste em retirar do cenário jurídico trabalhista o princípio elementar da proteção ao trabalhador, afastando, mais uma vez, a intervenção estatal necessária para abrandar o evidente desequilíbrio existente na relação jurídica entre empregados e empregadores, além de expor os trabalhadores aos riscos de desenvolverem atividades em ambiente hostil a sua saúde e sem segurança.

Desconstruir a natureza tutelar da legislação do trabalho, eliminar mecanismos de fiscalização e controle, enfraquecer a atuação coletiva na defesa de direitos elementares e fundamentais, como o direito à vida e o direito à saúde, não nos ajudará a superar a crise econômica e nem servirá como instrumento para a retomada do desenvolvimento econômico com bem estar social.



Rita Cortez é Advogada trabalhista e presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros.



Herança como universitas juris: a reveladora história misógina de algumas ressalvas sucessórias no Código Civil Brasileiro

Torquato Castro Jr.

O destino hermenêutico de alguns dispositivos legais, por causas difíceis de serem cabalmente rastreadas, mais do que o de outros, tem o condão de expor o pano de fundo dos preconceitos que a nossa retórica de objetividade e neutralidade oculta.

Neste texto gostaria de examinar ressalvas introduzidas nos arts. 1.790 e 1.829, I, do Código Civil, relativamente à sucessão de companheiros e cônjuges.

I

O dispositivo que hoje é o art. 1.790 do Código Civil foi introduzido tardiamente, por ocasião daquele também enviesado episódio da “atualização constitucionalizante” do projeto do Código Civil, no Congresso Nacional. Esse artigo, que de resto foi situado inadequadamente na estrutura da lei, modificou uma tradição importante da civilística, não apenas nacional, no que diz respeito à doutrina da unidade do patrimônio e, correspectivamente, à unidade da herança, introduzindo um fracionamento previamente inconcebível, com consequências deletérias, algumas óbvias, outras insuspeitadas.

O art. 1.790 do Código Civil estabeleceu a legitimação sucessória dos companheiros, mas com a ressalva de alcançar apenas aos bens e direitos aquestos, “bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”, contrariando assim o art. 1.791 do Código Civil, seu vizinho de porta, que determinava que a herança fosse deferida “como um todo unitário, ainda que vários os herdeiros”. O caso certamente é de má-vizinhança.

A lógica tradicional da sucessão era: os herdeiros, ou o são ou não o são; mas, se o são, e na proporção em que o são, a sua quota na herança recairá sobre a integralidade do patrimônio transmissível do de cujus, como um todo incindível, que se supõe seja.

Era a doutrina da unidade, que o art. 1.791, inutilmente ademais, espelhava. Um patrimônio, uma herança; essa sendo, por força de lei, um bem coletivo imóvel, do qual são condôminos pro indiviso os herdeiros.

Mantiveram-se com a novidade de art. 1.790 os bens aprestos como um acervo à parte, inalcançáveis pela transmissão mortis causa em favor dos companheiros (leiamos mais acertadamente, das companheiras), com os mesmos efeitos se de outrem fossem tais bens, cindindo portanto a unidade do patrimônio, princípio organizador da capacidade de direito.

Uma pessoa, um patrimônio... Não é de todo inoportuno lembrar que, para autonomizar acervo, na forma da lei, criam-se, afinal, pessoas jurídicas...

O art. 1.790 introduziu, pois, uma novidade radical, como se nada fosse, colateralmente.

II

O mais intrigante, porém, é que, por uma espécie de efeito de rebote, acabou-se afinal concluindo, em sentido contrário a art. 1.790, que a herança do cônjuge supérstite (apesar de nada nesse sentido ter sido referido no artigo respectivo - art. 1.829), somente deveria então alcançar os bens aprestos, sobre os quais o cônjuge não teria meação.

Para entender o que houve, vale observar mais de perto a outra ressalva contida no Código Civil, a que me refiro no título acima.

Trata-se da enunciação do inciso I do art. 1.829 do Código Civil, que introduz a legitimação sucessória do cônjuge no direito brasileiro. O dispositivo ressaltava a hipótese de comunhão universal de bens, evitando uma onde já houvera outra, contornando o “inconveniente” equitativo do bis in idem. Quem já participasse como co-proprietário (meeiro) dos bens que houvesse a inventariar, do “patrimônio comum”, não receberia legitimação sucessória, adicional à participação que já tinha.

Se, é bem verdade, a regra vale para os dois cônjuges, os impactos da restrição sempre caem mais pesadamente sobre os interesses da mulher, por conta do ônus mesmo de sua posição explorada, de dupla jornada, menor salário, menos emprego etc.

Assim, na forma do art. 1.829, I, o cônjuge concorre com os descendentes, “salvo se casado com o falecido no regime de comunhão universal”.

Mas, na minha opinião, foi particularmente uma ressalva da ressalva que abriu o flanco no regime da sucessão dos cônjuges para o efeito de rebote do art. 1.790 sobre o art. 1.829, contribuindo para a indevida cisão da herança em herança de aquestos e herança de aprestos, em prejuízo do interesse feminino na partição das riquezas.

Trata-se da equiparação do regime de comunhão parcial, em que não existam bens aprestos, ao regime da comunhão universal, coisa que, tecnicamente, não passa de uma tautologia. Mas, quer me parecer, essa regra parece induzir a ideia inversa e equivocada de que, se não há legitimação sem aprestos, então havendo sucessão, esta seria sobre aqueles apenas. É o lamentável entendimento que vem prevalecendo, penso eu, principalmente em função do curioso efeito de rebote do tecnicamente péssimo art. 1.970.

III

Evidentemente, as duas soluções, como estavam, para união estável e casamento, ostensivamente não guardavam a mesma lógica. Uma fazia transmitir mortis causa os aquestos, a outra os aprestos. As duas soluções, porém, tinham efetivamente algo em comum: ambas, da maneira como puderam ser, foram soluções misóginas, que resultaram, na prática, nas piores interpretações possíveis em relação aos interesses femininos na

aquisição de riqueza, o que, numa sociedade patriarcal como a nossa, é o que deveria ser, compensatoriamente, priorizado.

Observe-se também que separar aquestos de aprestos seria uma distinção impensável na lógica de legitimação de descendentes, embora operem as especificidades do regime de sucessão por estirpe, que favorece a nucleação familiar mais imediatamente próxima, em desfavor da mais distante.

O que se deu foi o que seria de se esperar. Mesmo que não tenham consciência disso, juristas homens e mulheres tendem, como tenderam, a interpretar restritivamente os direitos femininos, vendo o casamento que importa ascensão social feminina com desdém e com crítica moral em desfavor da mulher.

Embora as regras dos artigos referidos não se apliquem apenas a mulheres, a história de sua fixação como regra mostra que se trata de regular principalmente a aquisição de direitos patrimoniais por mulheres que não criaram a riqueza em questão – e por isso ficam malvistas, mas que a adquirem por vínculos jurídicos de família que estabeleceram com quem da riqueza dispunha efetivamente, i.e. com o reminiscente pater familias.

Paralelamente, não há como ocultar que a própria distinção entre “união estável” e “casamento” redundava numa forma de distinguir situações principalmente em desfavor da mulher que se submete, e realmente normalmente e de submetimento que se trata, ao casamento de ascensão social.

Claro, seria impensável um código civil em 2002 que não regulasse a situação da “união estável” de maneira condizente com a época. Algo como o art. 1.790 era oportuno e até inevitável, mas melhor teria sido, evidentemente, desde logo a paridade entre as situações, para efeitos sucessórios, estado atual das coisas, finalmente.

Mas o mais notável no art. 1.790 foram os efeitos indesejados de se ter fracionado a sucessão, tanto para a união estável, excluindo aprestos, quanto, indiretamente, no casamento, excluindo aquestos.

Se se tivesse equiparado companheira a cônjuge, desde o início, na forma do art. 1.829, provavelmente nunca se teria inventado a cisão do patrimônio entre aprestos e aquestos, em desvantagem da legitimação da mulher ascendente no casamento. Então, o hábito de falar em “patrimônio comum” do casal como se fosse um terceiro patrimônio seria apenas um mau-hábito, uma atecnia...

IV

Quando agora se tem por inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil, parece-me oportuno protestar, em razão dos argumentos expendidos, quanto à correlata inconstitucionalidade da limitação da herança dos cônjuges aos aprestos, mantendo-se a simplicidade do modelo da unidade do patrimônio e da herança, com isso aumentando a inclusão e o empoderamento feminino, que é o aspecto mais obviamente político de toda essa questão aparentemente apenas formal.



Torquato Castro Jr. é Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal de Pernambuco.

A criminalização da publicidade opressiva é compatível com o nosso ordenamento jurídico-constitucional

A. Nabor A. Bulhões

O Conselho Federal da OAB realizará no próximo dia 18 de setembro o “Encontro Nacional de Direito de Defesa”, tendo como um de seus subtemas “A pressão popular e midiática e a liberdade de decisão”. Trata-se de matéria complexa, polêmica e de grande relevância jurídica por envolver a ponderação de dois direitos de índole constitucional: a liberdade de expressão, aí incluída a liberdade de imprensa (*free press*), e o direito a um julgamento criminal justo e imparcial (*fair trial*).

Não se pode também deixar de registrar, nesse contexto enunciativo da complexidade e da relevância da matéria versada neste artigo, o fato de que vivemos em uma era de comunicação midiática instantânea global e poderosa, com potencial de influir na vida das pessoas e das instituições públicas ou privadas mais intensamente do que ocorria há algumas décadas. A isso se acrescente o fato de que, em processos criminais, frequentemente investigadores e membros do Ministério Público utilizam-se de planos de mídia para expor os investigados/acusados, enfraquecer-lhes a defesa e com isso gerar, contra *constitutionem*, presunção de culpabilidade.

A propósito, o grande teórico das comunicações, Marshall McLuhan, nos anos 60, já vaticinava que as comunicações se desenvolveriam tão rapidamente nas décadas seguintes que o mundo se transformaria numa aldeia global (v. os seus notáveis *The Gutenberg Galaxy*, *Mass Media*, *Understanding Media* e *The Global Village*). Por isso mesmo, por ocasião do centenário de seu nascimento, foi saudado em publicações especializadas como o Profeta da Mídia que previu a internet trinta anos antes de sua invenção (*The Prophet of the media who predicted internet thirty years before it was invented*).

Considerada a natureza dos direitos envolvidos no juízo de ponderação, a solução da colisão entre liberdade de expressão e julgamento criminal justo e imparcial tem sido objeto de preocupação nos sistemas jurídicos dos países democráticos: há consenso no sentido de que a mídia e o processo penal devem ser tratados a partir da compreensão de que a liberdade de expressão, em suas dimensões de liberdade de informação e de imprensa, e os direitos fundamentais do acusado a um julgamento justo e imparcial (direito à presunção de inocência, ao devido processo legal e a proteção de sua dignidade),

devem ser harmonizados e preservados como alicerces de um Estado democrático de Direito. Contudo, no que pertine à criação de instrumentos para a solução do conflito entre esses direitos, quando existente, a matéria ganha contornos de complexidade.

Em primeiro lugar, também há consenso na ideia de que a colisão da liberdade de expressão e informação com o direito a um julgamento criminal justo e imparcial deve ser resolvido mediante a utilização da técnica de ponderação e de aplicação do postulado da proporcionalidade, como muito bem sintetizou Simone Schreiber em seu excelente “A publicidade opressiva de julgamentos criminais” (Editora Renovar, 2008). Nesse contexto, é perfeitamente compreensível que parte das medidas aptas a solucionar a colisão em concreto não depende de modificação legislativa, tendo-se em conta que a ponderação constitui técnica preponderantemente judicial e sua premissa é justamente a ocorrência de colisão de princípios constitucionais ainda não mediada pelo legislador.

No espaço limitado deste artigo, não se cuidará, contudo, das múltiplas alternativas que a técnica de ponderação pode fornecer em um regime constitucional democrático para a solução do conflito entre liberdade de expressão e direito a um julgamento justo e imparcial. Cuidar-se-á apenas da forma e dos meios utilizados pelos regimes democráticos para buscar a solução do conflito mediante a intervenção legislativa como mecanismo de redução da subjetividade na solução da colisão, de aumento da racionalidade do sistema e de segurança jurídica, tendo-se como parâmetro o direito comparado.

Entre nós, já em 1962, Nelson Hungria destacava a extrema relevância da questão, ressaltando que “países onde se respira a mais oxigenada atmosfera democrática-liberal”, como a Inglaterra e a França, editaram leis proibindo e punindo autores de publicações, no curso de um processo judicial, que visassem influenciar no veredicto.

O Código Penal francês, em vigor desde 1º de março de 1993, sanciona, em seu art. 434-16, no Capítulo IV (Des Atteintes à l’action de Justice), Seção II (Des entraves à l’exercice de la Justice), com prisão até 06 (seis) meses e multa de 50 mil francos, o responsável por publicação tendente a pressionar juízes na tomada de suas decisões (“La publication, avant l’intervention de la décision juridictionnelle définitive, de commentaires tendant à exercer des pressions en vue d’influencer les déclarations des témoins ou la décision des juridictions d’instruction ou de jugement est punie de six mois d’emprisonnement et de 50 000 F d’amende”).

A norma contida na Seção 23 da Lei de Imprensa da Áustria (*Austrian Media Act*), sob o nomen iuris “*Prohibited influence on criminal proceedings*” (Influência proibida em julgamentos criminais), dispõe que, “Anyone who discusses, subsequent to the indictment ... (and) before the judgment at first instance in criminal proceedings, the probable outcome of those proceedings or the value of evidence in a way capable of influencing the outcome of the proceedings shall be punished by the court with up to 180 day-fines”. Em tradução livre: “Aquele que discutir, após o indiciamento e antes do julgamento em primeira instância, em procedimentos criminais, o possível resultado desses procedimentos ou o valor das provas produzidas, de uma maneira capaz de influenciar o resultado dos procedimentos será punido pela Corte com pena de 180 dias-multa”.

Registre-se que a norma criminalizadora da publicidade opressiva na República austríaca, membro da União Europeia, foi reconhecida e declarada compatível com a Constituição austríaca e, ao depois, com o art. 10 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, tanto pela Corte de Apelação de Viena, quando do julgamento e da condenação do jornalista Alfred Worm, quanto pela Corte Europeia de Direitos Humanos, quando instada a rever a condenação criminal imposta pela Corte austríaca com base na alegação de incompatibilidade do crime previsto na Seção 23 da Lei de Imprensa daquele país com a Convenção Europeia, que garantiria de forma irrestrita o exercício da liberdade de expressão e de informação.

Também na Inglaterra, com base num Act de 1911, é vedada a denominada publicidade opressiva (*oppressive publicity*) sobre julgadores, que foi prevista como crime, igualmente no Brasil, no Código Penal de 1969, sob a denominação de **coaçoão indireta no curso do processo** (Art. 382: “Fazer pela imprensa, rádio ou televisão, antes da intercorrência de decisão definitiva em processo penal, comentários com o fim de exercer pressão relativamente a declarações de testemunhas ou a decisão judicial: Pena - detenção, até seis meses, ou pagamento de vinte a sessenta dias-multa”). Tal prescrição figurou, ainda, no Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, publicado em 1987. Ocorre que o nosso Código Penal de 1969 nunca entrou em vigor, enquanto o Anteprojeto de 1987 não prosperou.

Nos Estados Unidos da América, onde o *trial by mass media* tem sido objeto de grande preocupação, a Suprema Corte, desde o famoso precedente MARSHALL v. UNITED STATES (1959), vem anulando decisões condenatórias em razão dos efeitos do noticiário anterior ao julgamento no convencimento dos jurados (*pre-trial publicity* ou *prejudicial publicity*). No mesmo sentido, IRVIN v. DOWD (1961), SHEPPARD v. MAXWELL (1966) e PATTON v. YOUNT (1984), casos em que a Suprema Corte americana anulou decisões condenatórias por omissão dos magistrados em controlar a cobertura dos procedimentos judiciais pela mídia, tendo esse fato privado os réus de seu direito a um julgamento justo e imparcial (*fair trial*). Tais precedentes consideraram que o risco, ainda que potencial, de que a publicidade opressiva venha a interferir no resultado de um julgamento criminal, é suficiente para justificar a sua invalidação e determinar a necessidade de sua repetição.

No caso IRVIN v. DOWD, *Justice Frankfurter*, da Suprema Corte Americana, já em 1961 (em plena era da notável “Corte Warren”) denunciava com apreensão a crescente onda de pressão dos meios de comunicação de massa -- freqüentemente exercida com a colaboração da acusação -- sobre julgamentos judiciais em matéria criminal: “Not a term passes without this Court being importuned to review convictions, had in States throughout the country, in which substantial claims are made that a jury trial has been distorted because of inflammatory newspaper accounts -- too often, as in this case, with the prosecutor’s collaboration -- exerting pressures upon potential jurors before trial and even during the course of trial”.

A mesma linha, que considera a mera potencialidade de prejuízo, foi adotada pela Corte Europeia dos Direitos Humanos no já referido caso *WORM v. AUSTRIA*, julgado em 29 de agosto de 1997 (*Application n° 22714/93*), tendo por objeto a manutenção,

por aquela elevada instância dos Direitos Humanos na União Europeia, de condenação de um jornalista austríaco por haver publicado artigo considerado capaz de influenciar o desfecho de um processo criminal (*“journalist’s conviction for publishing an article considered capable of influencing outcome of criminal proceedings”*).

Condenado pela Corte de Apelação da Áustria, membro da União Europeia, pela prática de publicidade opressiva vedada pelo ordenamento jurídico daquele país (Seção 23 da Lei de Imprensa da Áustria), Alfred Worm, jornalista do periódico *Profil*, recorreu à Corte Europeia de Direitos Humanos sob a alegação de que o art. 10 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, que lhe garantiria de forma irrestrita, segundo sustentou, o exercício da liberdade de expressão e de informação, era incompatível com o crime de publicidade opressiva tipificado na legislação austríaca.

Nada obstante, a Corte Europeia de Direitos Humanos não lhe deu razão, pois a interferência estatal sobre a sua liberdade de expressão e de informação representou uma intervenção juridicamente justificada pela necessidade de se preservar a autoridade e a imparcialidade do Poder Judiciário no julgamento criminal do réu diretamente atingido por matéria jornalística produzida para influenciar o desfecho do processo a que ele estava submetido. A propósito, sustentou a Corte Europeia que pouco importava se a matéria incriminada tinha ou não efetivamente influenciado o julgamento, bastando para a manutenção da decisão condenatória a verificação de sua potencialidade lesiva. Nesse contexto, a Corte reconheceu e declarou que a condenação do recorrente era necessária “em uma sociedade democrática para manter tanto a autoridade quanto a imparcialidade do Poder Judiciário”.

Como o réu na ação criminal sobre cujo desfecho o jornalista procurou influir exercera função pública no Estado austríaco (tratava-se de ex-Vice Chanceler e ex-Ministro das Finanças da Áustria acusado de cometimento de crime de sonegação fiscal), depois de registrar que o standard de exposição ao escrutínio da imprensa de uma figura pública é geralmente mais amplo do que a de uma figura privada, destacou a Corte Europeia que as figuras públicas também têm direito a um julgamento justo, que em matéria criminal inclui o incontornável direito a um julgamento por Tribunal imparcial -- e por isso mesmo os jornalistas têm de ter em mente essa garantia quando comentam processos pendentes de julgamento, pois os limites das manifestações permissíveis impedem declarações que possam prejudicar, intencionalmente ou não, as chances de uma pessoa receber um julgamento justo, ou que possam comprometer a confiança do público no papel das Cortes na administração da justiça criminal.

O tratamento que a matéria sempre mereceu e vem merecendo nas grandes democracias citadas bem evidencia a dimensão do problema e a necessidade de se exercer controle sobre a publicidade opressiva. Em todos esses sistemas democráticos, há mecanismos judiciais de controle dos abusos cometidos pelos meios de comunicação de massa, a pretexto de exercer a liberdade de imprensa e o direito de informação. Mas sempre resguardada a liberdade de expressão, limitando-se as medidas de proteção aos direitos constitucionais do acusado à **responsabilização posterior** dos autores de campanhas veiculadoras de publicidade opressiva vedada pelas legislações ou por regras/princípios constitucionais vigentes naqueles sistemas.

Tendo bem presente a relevância da matéria, a Comissão Revisora do Anteprojeto do Código Penal, instituída pela Portaria MJ nº 232, de 24.03.1998 (Comissão Evandro Lins e Silva), acolheu proposta que apresentei, como membro daquela Comissão, de criminalização da publicidade opressiva visando assegurar o livre exercício da atividade jurisdicional penal, em ordem a garantir, sem prejuízo da legítima liberdade de imprensa e do direito de informação, julgamento justo e imparcial ao acusado em processo penal (“Pressionar por meio de comunicação ao público, antes de transitada em julgado decisão judicial, autoridade, parte, testemunha ou qualquer outra pessoa que intervenha em processo penal, com o fim de influir em sua atuação: Pena – reclusão, de um a três anos, e multa. Parágrafo único. Não constitui crime a crítica técnica ou científica”).

A deliberação unânime da Comissão de Juristas, notoriamente de índole liberal, fundou-se na exposição de motivos que apresentei, com destaque para o fato de que a proposta de criminalização da publicidade opressiva, no Brasil, não tinha como inspiração cercear a liberdade de imprensa ou o direito de informação; objetivava, ao revés, garantir a higidez da jurisdição penal e assegurar aos acusados, de forma efetiva, o direito constitucional a um julgamento justo e imparcial. Afinal, os meios de comunicação continuavam livres para informar (art. 5º, IX-CF), respondendo, todavia, pelos abusos que cometessem, como já ocorria e ocorre com relação à responsabilidade civil por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V-CF) e quanto à responsabilidade penal por crime contra a honra (Lei nº 5.250, de 09.02.67, vigente à época, e Código Penal, arts. 138 a 140). Por motivos desconhecidos, entretanto, o Ministério da Justiça não transformou o anteprojeto em projeto de lei.

Mais recentemente, a Comissão de Juristas para a elaboração de Anteprojeto de Código Penal, criada pelo Requerimento nº 756, de 2011, do Senador Pedro Taques, aditado pelo de nº 1.034, de 2011, da Presidência do Senado Federal, com aprovação pelos Senadores da República em 10.08.2011, não quis considerar proposta que cogitei de apresentar, como membro da Comissão, por estimar que os trabalhos poderiam ser prejudicados pela pressão da mídia, caso se deliberasse pela criminalização da publicidade opressiva no novo texto do Código Penal.

Hoje, sem mecanismos legais de enfrentamento da publicidade opressiva e dos efeitos nefastos que ela projeta sobre os julgamentos de natureza criminal, os acusados em matéria criminal no Brasil dependem exclusivamente dos juízes que têm a coragem de suas convicções e que, por isso mesmo, têm a exata noção do dever de fazer prevalecer a atuação contramajoritária do Poder Judiciário para garantir não só o direito daqueles acusados a um julgamento justo e imparcial, mas para garantir a higidez da jurisdição penal em tema que consubstancia direito fundamental, que é a liberdade.



A. Nabor A. Bulhões é Advogado.

Notas sobre o cumprimento espontâneo da obrigação antes da intimação (art. 526, CPC)¹⁻²

Fredie Didier Jr.

O procedimento comum do *cumprimento de sentença para pagamento de quantia* está regulamentado, basicamente, nos arts. 523-527 do CPC.

Em regra, esse *cumprimento de sentença* desenvolve-se como fase do processo no bojo do qual o direito à prestação pecuniária foi certificado, mas é possível que a sua promoção exija a instauração de um processo autônomo. É o que pode ocorrer, por exemplo, quando se tem como título executivo judicial a sentença penal condenatória, a sentença arbitral, a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, e a decisão interlocutória estrangeira, após o *exequatur* (art. 515, § 1º, CPC), ou o acórdão que julga procedente a revisão criminal (art. 630, Código de Processo Penal). Nesses casos, o executado será citado, e não intimado, para pagar.

Pode o devedor ou responsável (não necessariamente o réu, como prevê o art. 526, CPC; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 458), antes de ser intimado para o cumprimento da sentença, comparecer perante juízo competente para o cumprimento da sentença (art. 516, CPC; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 18ª ed., cit., p. 459). e oferecer em pagamento o valor que entender devido (art. 526, CPC).

Trata-se de uma provocação que se assemelha a uma ação de consignação em pagamento incidental, mas que se distingue dela exatamente por não pressupor a recusa do credor em receber a prestação (art. 394, Código Civil; ROQUE, André Vasconcelos. “Comentários ao art. 526”. *Comentários ao CPC de 2015 – Processo de conhecimento e cumprimento de sentença*. São Paulo: Método, 2016, p. 761) e por pressupor dívida líquida, o que nem sempre ocorre na consignação em pagamento (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 18ª ed., cit., p. 456).

A providência é, porém, utilíssima para o devedor, que já se antecipa e evita discussões sobre multa e honorários, além de evitar o aumento da dívida em razão de juros e correção monetária.

O incidente pode ser provocado também por terceiro, por aplicação analógica do art. 304 do Código Civil (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 18ª ed., cit., p. 458).

Embora não seja uma ação de consignação, não há razão para não a considerar uma ação do devedor contra o credor, com o propósito de liberação da obrigação. Por não pressupor a recusa do credor, trata-se de um incidente de jurisdição voluntária – que, como acontece em qualquer procedimento de jurisdição voluntária, *pode* dar ensejo a uma

1 Em homenagem a José Rogério Cruz e Tucci.

2 Este *artigo* é também resultado do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia e cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053).

controvérsia, após a ouvida do *interessado*, que no caso é o credor. Não considerando uma ação, ROQUE, André Vasconcelos. “Comentários ao art. 526”, cit., p. 761. O autor entende que se trata “apenas de um incidente processual”. O fato de ser um incidente processual não impede que seja considerado, também, uma ação: a denúncia da lide promovida pelo réu, o incidente de falsidade de documento e a reconvenção são incidentes processuais e ações.

É ônus do devedor juntar, à petição em que exerce essa ação, a memória discriminada do cálculo do valor que reputa devido – trata-se de documento indispensável, cuja falta leva à determinação de emenda por parte do juiz, nos termos do art. 322 do CPC. Note que, se a dívida não for líquida, caberá ao devedor, que queira liberar-se da obrigação, requerer primeiramente a liquidação, e não a instauração do incidente ora examinado (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 18ª ed., cit., p. 456; ROQUE, André Vasconcelos. “Comentários ao art. 526”, cit., p. 761; SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Comentários ao art. 526”. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 836).

O credor será ouvido no prazo de cinco dias – isso já torna essa ação incidental um procedimento especial, pois o réu da ação (credor) será intimado para manifestar-se e não para comparecer a uma audiência de mediação ou conciliação, como acontece no procedimento comum, além de o prazo de manifestação ser de cinco dias, e não de quinze (art. 526, § 1º, CPC).

Note, ainda, que o CPC não cuida do modo como o credor será comunicado: se por intimação ou citação. A melhor solução é aplicar, por analogia e respeito à igualdade, as regras sobre a intimação do devedor para o cumprimento da sentença previstas no art. 513 do CPC (SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Comentários ao art. 526”. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 836) – o que faz com que, em regra, o credor seja *intimado* na pessoa de seu advogado. Obviamente, essa proposta pressupõe dívida decorrente dos títulos executivos judiciais previstos no art. 515, I a V, CPC, que são aqueles cuja efetivação se dará por cumprimento de sentença. A sentença penal condenatória, a sentença estrangeira, a decisão interlocutória estrangeira e a sentença arbitral podem dar ensejo a *processo autônomo* de execução, conforme visto. Nesses casos, não cabe o incidente previsto no art. 526, CPC, podendo o devedor ou proceder ao pagamento extrajudicialmente ou, havendo recusa, entrar com ação de consignação em pagamento (ROQUE, André Vasconcelos. “Comentários ao art. 526”, cit., p. 761-762; SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Comentários ao art. 526”. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 836. Em sentido diverso, entendendo aplicável o art. 526 nesses casos, ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 18ª ed., cit., p. 459).

Intimado, o autor pode, obviamente, impugnar o valor depositado – sem prejuízo do levantamento do depósito a título de parcela incontroversa (art. 526, § 1º, CPC). Por aplicação do princípio da isonomia, o credor que divergir terá de apontar o valor que considera correto, sendo inadmissível a recusa genérica, assim como tem de juntar memória discriminada do cálculo (ROQUE, André Vasconcelos. “Comentários ao art. 526”, cit., p. 762; SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Comentários ao art. 526”. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 837; PAVAN, Dorival. “Comentários ao art. 526”. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Cassio Scarpinella Bueno (coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, v. 3, p. 725).

Se o credor não se opuser, o juiz declarará satisfeita a obrigação e extinguirá o processo, por sentença (art. 526, § 3º, CPC)

Se houver controvérsia, o juiz decidirá a questão. Embora o CPC se omita, nada impede que haja produção de prova, inclusive pericial, para a definição do valor.

Caso o juiz conclua pela insuficiência do depósito, sobre a diferença incidirão multa de dez por cento e honorários advocatícios, também fixados em dez por cento, seguindo-se a execução com penhora e atos subsequentes (art. 526, § 2º, CPC). Essa é uma decisão interlocutória, impugnável por agravo de instrumento (art. 1.015, parágrafo único, CPC; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 18ª ed., cit., p. 460).

Nessa execução, o executado poderá oferecer impugnação (Não admitindo, em nenhuma hipótese, o oferecimento de impugnação, nesses casos, SHIMURA, Sérgio. “Comentários art. 526”. *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (coord.). 3ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1.518). Essa impugnação, porém, terá conteúdo limitado: o devedor poderá discutir problemas formais desse cumprimento de sentença (ilegitimidade, penhora indevida etc.); poderá, também, o exequente alegar fato superveniente (um pagamento superveniente). Mas o executado não mais poderá discutir a existência da dívida nem o título executivo originário (aquele que documenta a dívida espontaneamente cumprida, ainda que em montante insuficiente); não poderá, também, rediscutir o valor, que foi definido na decisão que julgou o incidente do art. 526, instaurado a partir de sua provocação (em sentido contrário, admitindo que, na impugnação, o executado justifique o pagamento a menor, TUCCI, José Rogério Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016, v. 8, p. 311. A discussão sobre o *quantum* é exatamente o objeto do incidente do art. 526 do CPC; esse incidente é cognitivo, permitindo, inclusive a produção de prova; caso fosse possível a rediscussão do tema na impugnação, haveria ofensa à coisa julgada que recobriu a decisão do incidente). A opção pelo incidente do art. 526 implica preclusão lógica dessas situações jurídicas processuais.

Há, ainda, uma ponderação final importantíssima: o reconhecimento da insuficiência do depósito apenas implicará a incidência da multa e dos honorários de advogado, após o devedor não ter complementado o depósito, tendo sido intimado a tanto. Isso porque a decisão que reconhece a insuficiência do depósito é um título executivo (art. 515, I, CPC), cuja efetivação deve observar as regras do cumprimento da sentença, que se caracteriza pela existência de um momento em que o devedor é convocado a cumprir a obrigação, no prazo de quinze dias, ainda sem multa e honorários (art. 523, § 1º, CPC). Não poderia ser diferente aqui, até porque, “caso contrário, o devedor de boa-fé, que compareceu em juízo para pagar espontaneamente sua obrigação, ficará em situação pior que o que preferiu apenas aguardar o requerimento que deflagra o cumprimento da sentença (art. 524), o qual necessita indicar o valor que o credor entende devido” (ROQUE, André Vasconcelos. “Comentários ao art. 526”, cit., p. 762. Com solução semelhante, SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Comentários ao art. 526”. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 837; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 18ª ed., cit., p. 460-461; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016).



Fredie Didier Jr é Professor-associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito. Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP), Livre-docente (USP) e Pós-doutorado (Universidade de Lisboa). Advogado e consultor jurídico.

Reforma Tributária: o IBS coloca o Brasil em rol de sistemas modernos de tributação

Eduardo Maneira

Há pelo menos vinte anos defendemos uma reforma tributária que tenha por objetivo principal a implementação do IVA (Imposto sobre Valor Agregado). O ICMS é um imposto complexo, que gera litígios bilionários e guerra fiscal.

Desde a última reforma tributária ocorrida nos anos 60 (EC nº 18/65 e CTN/66), nunca houve um consenso político tão grande como o que se apresenta atualmente. O Sistema Tributário desenhado pela EC ° 18/65 e corroborado pelas Constituições seguintes, sem meias palavras, está com prazo de validade vencido.

A tripla competência para se tributar o consumo no Brasil se demonstrou caótica, por diversos motivos. Em primeiro lugar, a repartição de uma competência que deveria ser una, gera dúvidas sobre qual imposto incide sobre determinada operação. Conflitos diversos foram instaurados e continuam a surgir, colaborando para um cenário de insegurança jurídica. Além disso, são 26 Estados mais o Distrito Federal com competência para instituir o ICMS, e mais de 5 mil municípios para instituir o ISSQN, gerando ambiente propício para que Estados e municípios lutem entre si para atrair o maior número de investimentos através da concessão de benefícios fiscais, de forma unilateral. A Lei Complementar nº 160/17, que “legalizou” benefícios inconstitucionais concedidos ao longo dos últimos 50 anos, é um remédio amargo para uma distorção gravíssima desse sistema.

E, mais grave ainda, é a complexidade para cumprir as centenas de obrigações acessórias. Qualquer empresa que tenha atuação nacional é obrigada a manter um departamento fiscal enorme, cuja função é descumprir o mínimo possível das exigências municipais, estaduais e federais.

“

Temos o sistema mais litigioso do mundo.

”

Temos o sistema mais litigioso do mundo. A base de cálculo do ICMS ruiu em razão da guerra fiscal e pelo fato de a nova economia ser centrada em serviços. O ISS é uma fonte de arrecadação importante apenas para municípios de médio/grande porte, pois demanda uma estrutura fiscalizatória que não é viável para a maior parte dos municípios. O IPI virou, na realidade, um imposto seletivo. Por fim, o PIS e a Cofins são uma das grandes anomalias do nosso sistema e a sua sistemática gera muitas distorções.

Atacando todos esses problemas, as propostas de reforma tributária em discussão no Congresso Nacional representam um avanço enorme para o país. Destacamos as duas principais: a PEC nº 45/19, de autoria do Deputado Baleia Rossi, cuja inspiração foi um projeto concebido pelo Centro de Cidadania Fiscal - CCIF - liderado pelo economista Bernardo Appy e pelo advogado Eurico de Santi e a PEC nº 110/19, proposta por diversos senadores, que aproveitaram um excelente trabalho realizado pelo ex-deputado Luiz Carlos Hauly. De comum, ambas as propostas propõem a simplificação do sistema, extinguindo tributos e criando um único imposto sobre o consumo - o IBS, colocando o país em par de igualdade, em termos de simplicidade e eficiência, com os sistemas tributários mais modernos do mundo.

Ainda assim, há diversas manifestações contrárias às referidas propostas, com alegações de que o novo imposto afrontaria o princípio federativo, na medida em que estaria restringindo a competência tributária dos Estados e dos municípios.

Discordamos desse argumento porque o importante é que os entes federados tenham autonomia financeira com regras claras na Constituição de repartição de receitas, e não necessariamente ampla competência tributária. O redesenho da competência legislativa tributária não seria atentatório ao pacto federativo. As cláusulas pétreas protegem o núcleo essencial das matérias arroladas no art. 60, § 4º da Constituição, não podendo ser interpretadas como uma forma de congelamento das regras estruturantes do pacto federativo, a impedir qualquer adaptação às novas realidades sociais, econômicas ou políticas.

Assim, o que o federalismo não permite é a subordinação financeira dos Estados-Membros ao Poder Central. Ora, ninguém questiona que a Alemanha é um Estado federal composto pela União e por 16 estados. No entanto, o poder de instituir tributos é concentrado na União, com divisão de competências administrativas, bem como de divisão de receitas, visando, dentre outros objetivos, o equilíbrio federativo.

Além disso, é notório que o atual sistema não fortaleceu a federação brasileira. Pelo contrário. A guerra para atrair investimentos resultou numa infinidade de regimes especiais que mascaram a renúncia de receitas. Há, ainda, uma ineficiência econômica tortuosa: o principal critério para alocação da produção brasileira é tributário, e não a proximidade do mercado consumidor, melhor sistema logístico etc.

Outro argumento muitas vezes utilizado é de que no sistema do IBS os estados periféricos não teriam qualquer possibilidade para atração de investimentos. Esse argumento, embora deva ser uma preocupação da federação o equilíbrio de

desenvolvimento entre as regiões, ignora que os estados centrais também concedem benefícios fiscais, tornando-se mais atrativos sob esse critério também. É um jogo de perde-perde. Não é de se espantar que essa prática não transformou estados periféricos brasileiros em grandes polos industriais.

Toda a Europa, inclusive o leste europeu que saiu em um passado recente do comunismo/socialismo para o capitalismo, adota o IVA. Toda a América Latina e a África também. Até então, o Brasil e a Índia eram praticamente os únicos países que não o adotavam. Entretanto, a Índia promoveu uma reforma na tributação em 2017, passando a dotar o IVA, lá denominado de GST, ficando o Brasil em uma posição solitária e retrógrada. Aliás, em recente visita ao Brasil, Pascal Saint-Amans, diretor de política tributária da OCDE, recomendou que o País siga o exemplo da Índia, cujos resultados extremamente positivos já se fazem notar.

Diante de um sistema complexo e complicado, é de se espantar tamanha resistência a mudanças. E, destaque-se, não se trata de adotar uma solução heterodoxa, mas o sistema vigente em todos os outros países desenvolvidos ou em desenvolvimento, à exceção dos Estados Unidos. E a adoção dessa solução, mais simples e eficiente, não significa que não devamos pensar em políticas públicas adequadas para o desenvolvimento regional. Principalmente pela ótica do direito financeiro, canalizando o gasto em investimentos que possam construir de forma sustentável um país mais justo e com menos desigualdades. Fato é, no entanto, que essa repartição de competência já se mostrou ineficaz para tais objetivos.

A OAB está acompanhando de perto todos os projetos e apoia e está trabalhando por uma reforma que tenha por princípios a simplificação, a segurança, a eficiência, o fortalecimento da federação e a justiça fiscal. Como entidade que representa os advogados, também está atenta em relação às repercussões da reforma na tributação dos serviços em geral e, especialmente, da advocacia.

O grande desafio é preservar a autonomia federativa com a simplificação e unificação de tributos; construir consensos, criar mecanismos que substituam os benefícios fiscais como meio de promover o equilíbrio regional e planejar a transição.

Estamos tendo uma oportunidade histórica de modernizar o nosso sistema, permitindo que a tributação possa acompanhar todas as mudanças da nova economia, ao adotar o IVA (IBS) como a opção mais viável, que simplifica e racionaliza a tributação do consumo, aposentando um modelo ineficiente que, há tempos, produz distorções gravíssimas no sistema tributário nacional.



Eduardo Maneira é Advogado, presidente da Comissão Especial de Direito Tributário da OAB Nacional.

Fusões e Aquisições: diretamente das trincheiras

Paulo Cezar Aragão

Um certo número de anos trabalhando no ramo sempre me fez imaginar que seria ótimo haver uma espécie de protocolo que nos assegurasse de que, devidamente cumprido, estariam perfeitas quaisquer operações ditas de fusões e aquisições, ou seja, o chamado “Mergers & Acquisitions ou M&A para os mais íntimos, conceito que copiamos dos americanos e traduzimos mal, já que realmente não existem fusões, em sentido técnico, no Brasil. Na verdade, tenho notícia apenas de uma, em várias décadas, por razões que, como diria Fermat, matemático com um senso de humor muito especial, são muito simples, mas não cabem aqui.

Infelizmente, contudo, não é tão simples. Se há alguma coisa indiscutível que aprendi nesses anos todos foi que não existem duas operações iguais. Cada uma delas é substancialmente diferente da outra, mesmo que, para quem as acompanha de longe, possam parecer idênticas. Não são, pela simples e óbvia razão de que compradores e vendedores são diferentes, com aspirações, exigências e receios também diferentes, sem falar nas diferentes características de cada negócio vendido ou empresa objeto de reorganização societária. E isto sem contar com o fato de que as normas legais e regulamentares aplicáveis mudam de figura como as nuvens.

No entanto, se eu pudesse distribuir um cartãozinho para que meus colegas mais jovens de escritório carregassem no bolso, ele conteria alguns pequenos pontos. E eu o levaria também, lembrando sempre do fato de que os pilotos da Ponte Aérea decolam e pousam dezenas de vezes por mês com os mesmos aviões e nos mesmos aeroportos, mas sempre olham o checklist padrão, cientes de que, confiando apenas na memória, um dia vão esquecer de baixar o trem de pouso.

Este cartão iria dizer, entre muitas outras coisas, o seguinte:

Não usem a minuta do contrato anterior, que lhes deu tanto orgulho, já que inclui todas as concessões à parte contrária feitas a partir do objetivo inicial e mais outras que se acrescerão em cada negociação: ao final de quatro ou cinco “inspirações” dessa natureza, pouco haverá de proteção para o cliente.

2

Confirmam todas as fórmulas, já que mais frequentemente do que se imagina não funcionarão na prática. Vejam se os riscos que anteviram estão adequadamente cobertos. Meu pai, mentor e colega, sempre dizia que advogados otimistas devem morrer de fome.

3

Pensem, como diria um saudoso técnico de futebol, no ponto futuro: não basta saber o que o fisco ou os tribunais pensam hoje, mas sim na interpretação totalmente diferente e mais rigorosa que podem estar adotando daqui a cinco anos sobre a mesma lei que vigora hoje. Parece complicado, e é.

4

Lembrem-se de que o contrato, surgindo uma divergência, vai ser interpretado por um juiz ou um tribunal arbitral que não participou das discussões, pelo que clareza é essencial, ainda que a custo de uma certa redundância (como nesta frase...). Se eu tivesse que escolher um escritor para modelo de redação, hesitaria entre Graciliano Ramos e Machado de Assis, pela concisão e pelo estilo direto e simples. Por isto, não tentem criar a versão jurídica de Guimarães Rosa, Thomas Mann ou Marcel Proust, já que literatura é uma coisa, redação jurídica é outra. Se v. se sentem mal escrevendo “colendo Pretório” ou coisas assim, evitem velharias similares ou obscuridades no contrato. Lembrem-se que o Yoda ensinou aos discípulos uma série de coisas, mas não redação...

5

É bom não esquecer de que não estamos em Delaware nem de que certas coisas usuais por lá, aqui não o são. Infelizmente, diriam alguns, lembrando que, no dia em que encontrarmos boas traduções para conceitos como compliance, accountability e enforcement, talvez passemos a ser um País melhor.

6

Nessa mesma linha, sempre é bom não perder de vista, por óbvio que seja, o não tão bom e ainda não tão velho Código Civil. Já vi redações perfeitas e criativas que se traduziriam – se adotadas -- em um simples pacto comissório ou em uma legítima condição puramente potestativa, sem atenuantes. E se não tivermos presente o que significam conceitos como representations e warranties nos tribunais e de acordo com a lei da nossa Mãe Gentil, a cultura importada não vai passar na imigração.

7

Estudem sempre. E não apenas os livros de direito ou as decisões judiciais: muitas vezes entender um problema e uma solução adotada pelos colegas em outro caso pode ser utilíssimo no futuro. A prática do direito baseia-se, como quase tudo na vida, em domínio cada vez melhor de um repertório cada vez maior. Um dos meus mestres no direito e na advocacia, a par de meu pai já lembrado, sempre dizia que 95% dos problemas se resolvem pela leitura atenta da lei. Não à toa Couture incluiu “Estudar” como o primeiro entre os seus famosos Mandamentos do Advogado.

8

Vejam o colega que representa a parte contrária como alguém que tem o mesmo objetivo – fechar o negócio, ainda que sob outra perspectiva. E quanto melhor ele for no ofício (ao contrário do que se poderia imaginar), melhor será para os clientes, não apenas o dele, mas também para o nosso próprio. O advogado da parte oposta, na preparação de um contrato, não é seu inimigo nem, como ocorre no contencioso, seu adversário. Ele não precisa ser derrotado para que v. tenha sucesso. Se você tiver uma vitória total, completa e absoluta, garanto que não haverá contrato. Contrariando minha própria recomendação sobre palavras antigas, para cada vitória achachapante, haverá um advogado e seu cliente acachapados, o que o dicionário ensina que não é boa coisa. E, lembrando pela terceira vez de meu saudoso pai, os clientes passam, os colegas ficam.

“

Um dos meus mestres no direito e na advocacia, a par de meu pai já lembrado, sempre dizia que 95% dos problemas se resolvem pela leitura atenta da lei.

”



Paulo Cezar Aragão é Advogado.

Arbitragem e Administração Pública

José Emílio Nunes Pinto

Quem poderia imaginar, na década de 90 do século passado, que a arbitragem envolvendo a Administração Pública e as empresas estatais ocuparia tamanho espaço nas discussões entre especialistas da área, como ocorre agora. Mais e mais, promovem-se por todo o Brasil eventos e mais eventos para discutir temas que afligem os arbitralistas e os procuradores e advogados do Estado, sendo de ressaltar que o Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAr - dedicou recentemente toda a sua conferência anual à discussão e debates sobre esse tema.

O tema arbitragem e a Administração Pública dá lugar, inevitavelmente, a debates acalorados entre os que entoam loas ao desenvolvimento do instituto nessa área e os que, ainda, são céticos quanto aos benefícios que daí possam advir, entendendo que divergências envolvendo partes privadas e a Administração serão melhor resolvidas se submetidas ao Poder Judiciário, como sempre se fez. A polarização de posições sempre foi o traço marcante desse debate e, por isso mesmo, assume contornos muito especiais.

Muito embora a jurisprudência já houvesse sedimentado o entendimento de que a arbitragem na Administração Pública era possível e admitida em face do marco legal vigente, forçoso será reconhecer que a intensificação das discussões coincide com a alteração da Lei de Arbitragem em 2015, prevendo-se expressamente a possibilidade de sua utilização pela administração pública direta e indireta para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, desde que seja ela sempre de direito, afastando-se decisões arbitrais fundadas na equidade.

À luz da existência de disposições legais expressas, seria inimaginável que tantas questões e incertezas ainda permanecessem pairando no ar. E é sobre elas que iremos nos deter a partir de então.

“

**A arbitragem vive da confiança,
o Judiciário da obediência.**

”

De partida, devo dizer que compartilho as angústias vividas pelos procuradores e advogados do Estado quando confrontados com um requerimento de arbitragem apresentado por uma parte privada. Diante da existência de uma cláusula compromissória ajustada quando da celebração do contrato, devem, como é o caso, aceitar o pedido de instauração e seguir respondendo-o e proceder à instauração do procedimento.

Ocorre, no entanto, que sobre eles pesa a ameaça de serem responsabilizados pessoalmente, sempre e quando pareça aos órgãos de controle externo e ao Parquet que a atividade por eles desenvolvida, no curso do procedimento, mereça reparos ou críticas severas, ou seja, vislumbrados alegados desvios em sua atuação.

Foi visando a dar conforto àqueles que desempenham essas funções que se disseminou, no Brasil, a criação de marco legal ou regulatório, seja por meio de lei, como é o caso do estado de Minas Gerais, ou por decreto, como ocorre mais recentemente em São Paulo e Rio de Janeiro, dentre outros, nos quais se regulamenta a atividade dos procuradores e dos advogados do Estado.

Se bem que essa medida poderá trazer benefícios para a implementação da arbitragem com a Administração Pública, e isso pode ser bem aferido no estado de Minas Gerais, traz ela, indubitavelmente, inconvenientes.

De um lado, essa medida deve ser de duração transitória. Faz-se necessário que a arbitragem seja, ao longo de toda a estrutura da Administração Pública e, sobretudo, ao nível dos órgãos de controle e do próprio Parquet, entendida corretamente em seus contornos e avaliados os benefícios que dela podem decorrer para a Administração e, sobretudo, para o contribuinte. É evidente que problemas dessa natureza carecem mais de entendimento e compreensão do que a edição de textos legais e regulamentares. Se assim fosse, bastaria que nos centrássemos na própria Lei de Arbitragem que, per se, traz em seu texto a autorização legislativa. Nesse sentido, mais vale a busca pelo entendimento e esclarecimentos do que a edição de marcos legais e regulamentares. Discutir, debater, esclarecer são ações valiosas para a superação desses obstáculos e convencimento da utilidade do instituto.

O motivo principal dessa discussão está vinculado à nova fase que se avizinha. Muitas, e inúmeras, são as manifestações de representantes da Administração Pública no sentido de que partimos para um maior e mais efetivo envolvimento e intensificação das relações entre a Administração, em seus três níveis, e os investidores privados, seja sob a forma de concessões, seja na estruturação de parcerias. Tudo isso é muito desejável, quiçá fundamental para o crescimento econômico almejado por todos.

Embora haja disponibilidade de recursos externos para investimentos estrangeiros, certo é que os investidores são cautelosos no direcionamento de seus recursos. Concorremos com outros postulantes e a decisão se faz com base no resultado da avaliação comparativa de matrizes de riscos, haja vista que esses poderão afetar o desempenho e efetividade do investimento.

O Brasil, diferentemente de outros países, não dispõe de mecanismos de proteção de investimentos, por meio de tratados bilaterais, visando a evitar a expropriação. No entanto, isso não foi, e nem tem sido, fator impeditivo para que os investidores concretizem seus investimentos. Os números e estatísticas bem demonstram o elevado grau de presença de investidores estrangeiros em nossa economia, sendo que o Brasil não conta em sua trajetória ao longo de décadas com expropriações de investimentos estrangeiros. Mas isso é matéria restrita ao âmbito de decisão de Governo e as autoridades terão suas razões para agir em um ou outro sentido.

Nada obstante, deve-se ter em mente que, no marco competitivo em que nos situamos, as decisões de investimento, seja doméstico, seja internacional, se fazem com base em parâmetros bem claros. E é nesse ponto que sobressaem e prevalecem as jurisdições que apresentem custos de transação mais competitivos. Estamos no campo da avaliação econômica e estratégica.

Talvez possa parecer ao leitor que nos afastamos drasticamente da arbitragem com a Administração para discorrer sobre avaliação de investimentos. Mas não é assim.

A chamada que se faz aos custos de transação mais competitivos permeia toda a estrutura do investimento privado e, inclusive, no que tange à solução de controvérsias que, de uma forma ou de outra, surgem ao longo de contratos de longa duração. Nessa direção, sobretudo no que concerne a investimentos externos, a arbitragem é considerada como mecanismo a ser adotado à luz da natureza do investimento e das relações com a Administração Pública. Por outro lado, há setores em que a arbitragem é o mecanismo usual pelo qual se opta, como é o caso da indústria de gás e petróleo. Registre-se que, antes mesmo da entrada em vigor da Lei de Arbitragem, Petrobras já havia adotado esse mecanismo para a solução de controvérsia em seus contratos, seja nos típicos da indústria, seja naqueles de construção e fornecimento externo de suas plataformas. Igual postura era adotada pela Cia. Vale do Rio Doce, àquela época sob o controle estatal.

Enfim, não dispomos de espaço, e não seria o objetivo analisar aqui as razões e motivos para essa escolha, no confronto entre recurso ao Poder Judiciário e à arbitragem. O que importa é que, como pano de fundo, o Brasil demonstre contar, e conta, com um marco legal moderno e um Poder Judiciário amistoso à arbitragem. A Lei de Arbitragem e as sucessivas decisões judiciais, inclusive e sobretudo, na esfera do STJ, são evidências de nosso alinhamento com jurisdições internacionais, origem de futuros investidores.

Escolhida, por que motivo for a arbitragem, e haverá muitos, posso garantir ao leitor, certo é que, surgida a controvérsia, deve ser ela implementada. A frustração em sua implementação tem efeitos econômicos e repercussão no contrato e no sinalagma. Isso porque a cláusula de solução de controvérsias é elemento integrante da equação econômico-financeira do contrato; a frustração leva à ruptura do equilíbrio a requerer seja reequilibrado. Isso não significa que não possa a Administração opor exceções à jurisdição, desde que sejam elas legítimas e que serão decididas pelos árbitros na esteira

do princípio competência-competência, inscrito que está no artigo 8º de nossa lei.

É por essas razões que afirmamos que o marco legal nascente de parte das unidades da Federação deve ser claro e limitado em seu escopo, evitando-se que haja a interferência de novos elementos que desfigurem a certeza e segurança do marco legal e judicial quando da utilização da arbitragem com a Administração Pública, não se esquecendo que essa certeza e segurança são essenciais igualmente para as relações comerciais entre partes privadas. Ou seja: não se pode permitir que esses ajustes tópicos venha a afetar a sólida prática da arbitragem doméstica e internacional e a intenção brasileira de integrar o seleto grupo de locais para sediar arbitragens internacionais.

O que se espera – e se busca – é que as arbitragens com a Administração Pública conheçam desenvolvimento similar àquele que hoje ostenta a arbitragem comercial, guardadas as devidas proporções e características de cada área e das partes envolvidas.

Portanto, fica o convite para que, pouco a pouco, por meio de discussões e elucidações, esse marco legal adicional perca sua função. Que haja o conforto necessário aos que atuam em nome da Administração, já que demonstram competência e conhecimento na área, decorrente do entendimento do instituto.

No mais, entendo que a arbitragem tem função primordial na concretização da paz social, assim como estou seguro de que representa forma efetiva de proteção e defesa dos interesses do contribuinte. Ao mesmo tempo, tenho posição bastante clara de que o escopo da arbitragem com a Administração Pública haverá de ser limitado. Tentativas de alargar a área de aplicação da arbitragem, transportando-a para matérias até então reservadas ao Poder Judiciário, devem ser muito bem ponderadas e pensadas. Uma atitude expansionista da arbitragem nessas áreas poderá redundar em prejuízos para o instituto como um todo, fazendo com que nos afastemos de jurisdições em que está consolidada e que são restritivas em seu uso quando se trate da Administração.

Assim sendo, nunca será demais nos pautarmos pela parcimônia, resistindo à tentação expansionista. A jurisdição consensual outorgada ao árbitro é, por natureza, limitada quando confrontada com a jurisdição voluntária do juiz estatal. E assim é e deverá continuar a ser. Logo, a receita é bastante simples: Menos há de ser mais!



José Emilio Nunes Pinto é Advogado.

Jurisprudência Marítima nos Tribunais Superiores - mais de um século de “*Leading Cases*”

Camila Mendes Vianna Cardoso
Godofredo Mendes Vianna

Breve Introito

O transporte marítimo impulsiona o mundo. Mais de noventa por cento de tudo o que consumimos é transportado por via marítima. É atividade transfronteiriça por sua própria natureza, conecta países e continentes, essencial para balança comercial de todas as nações, sem falar obviamente no Brasil, descoberto a partir das grandes expedições marítimas do Século XVI e líder exportador de produtos agrícolas e recursos naturais.

Talvez o mais antigo ramo do direito, o Direito Marítimo retroage há mais de 3.000 anos. Nos Códigos de Hamurabi, da Babilônia (XXIII) séc. A. C.) e no de Manu, dos hindus (XIII séc. A. C.) já era possível encontrar regras de fretamento de navios, naufrágio, salvamento e alijamento de cargas visando a preservação da expedição marítima. O conceito de risco o seguro marítimo também retroage àquela época, sendo fonte inspiradora do próprio Direito Securitário.

O Direito Marítimo, ademais, alberga institutos típicos e não encontrados em outros ramos do direito, como o da chamada “avaria grossa”, que contrariamente ao que o termo sugere, não se trata de uma avaria de grande monta, mas uma regra consuetudinária de repartição de riscos prevista na legislação internacional (Regras de York & Antuérpia) e replicada no nosso Código Comercial que confere ao armador a faculdade de, em caso de grave acidente que coloque em severo risco a viagem, compartilhar as despesas necessárias à preservação da carga e navio entre todos os interesses da expedição marítima, incluindo embarcadores e consignatários das mercadorias à bordo.

Considerada por muitos como o primeiro Código da Navegação, a França editava em 1681 a “Ordonnance touchant la marine”, tendo Portugal adotado as Ordenanças Francesas em 1769, por meio da Lei da Boa Razão, que determinava a aplicação da legislação e jurisprudência dos países vizinhos nos casos omissos.

No século XIX, surgiam em quase todos os países da Europa os primeiros Códigos Comerciais com capítulo próprio dedicado ao Direito Marítimo, podendo ser divididos em três principais grupos: i) Países que seguiram as bases das Ordenanças Francesas e do Código Comercial Francês (Espanha, Portugal, Itália, Brasil, Argentina, México etc.); ii) Países que seguiram as bases do Código Alemão de 1897 (Suécia, Dinamarca, Noruega etc.); e iii) Países que seguiram as bases anglo-saxônicas, onde o Direito Marítimo não é codificado (Inglaterra – Merchant Shipping Act e Estados Unidos – Harter Act). Durante eira metade do século XX, com o crescimento do comércio internacional e do cenário de guerras, notava-se que a regulamentação interna de cada país era insuficiente para evitar conflitos de leis marítimas, sendo necessária a uniformização das principais regras pelas nações mercantilistas.

A necessidade uniformização e harmonização das normas de Direito Marítimo após a fase de codificação comercial das nações, impôs ao mundo uma intensa negociação – preponderantemente na Europa – de convenções internacionais que foram adotadas pelos mais diversos países. O Brasil incorporou apenas algumas dessas Convenções Internacionais, tais como Convenção para Unificação de Certas Regras em Matéria de Abalroamento de 1910 (Bruxelas) – promulgada pelo Decreto nº 10.773/1914, Convenção de Direito Internacional Privado (Código Bustamante) de 1929 sobre a Lei do Pavilhão nas embarcações – promulgada pelo Decreto nº 18.871/1929, Convenção Internacional para Unificação de Certas Regras Relativas à Limitação de Responsabilidade dos Proprietários de Embarcação Marítima de 1924 (Bruxelas) entre outras.

O embargo do vapor “San Lorenzo”

Dentre as mais antigas decisões em matéria de direito marítimo de que se tem notícia em nossos tribunais, está o caso da abalroação, nas proximidades do litoral de Paranaguá, entre o vapor argentino “San Lorenzo” e o de bandeira brasileiro denominado “Guasca”, que veio a naufragar. A decisão foi publicada em 1908 nos anais da “Revista de Direito Civil, Comercial e Criminal”.

Naquele caso emblemático, o STF declarava, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 482 do Código Comercial Brasileiro.

A causa versava sobre o caso do “vapor” San Lorenzo, ocasião em que a Excelsa Corte, julgando o processo de arresto de tal embarcação por proprietários da embarcação brasileira abalroada e que foi à pique (navio “Guasca”), em garantia aos prejuízos suportados pelo armador brasileiro, entendeu que tal dispositivo do Código Comercial, ao vedar o arresto de embarcações estrangeiras em nossa costa por dívidas não contraídas em nosso território, violava o princípio constitucional da isonomia entre nacionais e estrangeiros. A decisão do Supremo Tribunal Federal foi proferida em agravo interposto pelo Comandante do navio argentino em face da decisão do foi proferida pelo magistrado da Vara Federal de Curitiba, ninguém menos do que o Dr. Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça, civilista notável e primeiro Juiz Federal do estado do Paraná.

Naquele precedente paradigmático e adotado desde então por nossos Tribunais, o magistrado utilizou não somente o fundamento jurídico-constitucional, mas acolheu outro, pitoresco, suscitado pelos autores, no sentido de que o Código Comercial de 1850 já se encontrava defasado em relação às regras de arresto de navios, já que as embarcações tratadas no Código ainda eram à vela, enquanto àquela altura, por ocasião do arresto do navio argentino, no início do século XX, já tínhamos os vapores singrando os mares do mundo. A lei, no caso o código comercial então com quase 60 anos de vigência, já necessitava atualização ou exegese moderna em razão dos avanços tecnológicos da navegação por mar.

Tanto a decisão de primeira instância do mestre Carvalho de Mendonça, que decretou o arresto do navio argentino, endossada por maioria pelo STF, com voto vencedor do Ministro Epitácio Pessoa, invocam doutrina e legislação comparada do Reino Unido, França e Itália para obtemperar a exegese do artigo 482 do Código, de modo que o mesmo fosse aplicado a partir de hermenêutica justa, isonômica e vestida de razoabilidade econômica.

A quaestio sobre a qual debruçaram os ministros do Supremo foi no sentido de que o dispositivo em tela, ao dizer que os navios estrangeiros somente poderiam ser arrestados por dívidas contraídas em território brasileiro, não poderia restringir o direito de nacionais embargarem navios estrangeiros por crédito decorrentes de “quase-delitos” advindos de acidentes marítimos e, portanto, de natureza extracontratual.



O fundamento econômico foi a necessidade de paridade e isonomia entre os nacionais e estrangeiros por dívidas geradas por armadores. A exegese que emerge de tal Leading Case do STF foi no sentido de que um nacional, pessoa jurídica ou física, não pode ter menos direitos que o estrangeiro, e nesse caso a prevalecer o entendimento de que o conceito restrito de "dívidas contraídas em território nacional" estaria limitado às dívidas contratuais, o Digesto Comercial estaria colocando os comerciantes e armadores nacionais em evidente desvantagem vis-à-vis dos estrangeiros.

A Hipoteca incidente sobre o FPSO OSX 3

Noutro interessante Leading Case, este bem mais recente, julgado no Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão RESP nº 1.705.222/SP, o STJ através de sua 4ª Turma reformou decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que havia recusado a validade de hipoteca estrangeira incidente sobre um navio de produção e armazenamento de petróleo e gás (o FPSO OSX 3).

A questão, até então inédita em nossas cortes, cuidou de uma disputa entre credores dos proprietários da unidade OSX 3, originariamente, no âmbito das cortes paulistas.

Enquanto um credor nacional, instituição financeira, detinha uma garantia bancária consubstanciada em carta de crédito, o outro era o trustee representando os chamados "bondholders" noruegueses, emitidos na Bolsa de Oslo, ou seja, credores hipotecários, com hipoteca registrada no país da bandeira da embarcação - Libéria.

Sabendo da ação ajuizada pelo credor brasileiro perante à Justiça Comum de São Paulo, o credor hipotecário ingressou nos autos para arguir a prioridade do seu crédito, por deter privilégio legal e garantia hipotecária.

A justiça paulista, em primeira instância, rejeitou o pleito de prioridade do credor hipotecário, sustentando, em suma, que a hipoteca não seria válida no Brasil, por não ter sido registrada perante o Tribunal Marítimo brasileiro e porque a Libéria, país da bandeira da embarcação, não seria signatária da Convenção de Bruxelas de 1926 que trata dos privilégios marítimos e hipotecas. O Tribunal de Justiça de São Paulo ratificou a decisão de primeira instância, aduzindo, ainda, que o fato de o contrato de afretamento da unidade com uma petroleira do mesmo grupo econômico, ter sido firmado pelo longo prazo de 20 anos para operação no nosso mar territorial, onde o mesmo seria ancorado, afastaria a possibilidade de aplicação da lei de nacionalidade do proprietário da unidade (Holanda).

Tais decisões causaram grande alvoroço no mercado internacional de navegação, em especial em relação aos bancos credores e com hipoteca sobre as embarcações estrangeiras operando sob a jurisdição das águas territoriais brasileiras. Os julgados, ao rejeitarem a validade das hipotecas registradas nos chamados registros abertos (ou "bandeiras de conveniência"), anulavam, de um só golpe, a possibilidade desses credores exercerem seus privilégios in rem sobre os bens que garantiam vultosas dívidas.

Estima-se que na ocasião mais de trezentas embarcações de bandeira estrangeira estariam em tais condições no Brasil, o que trouxe grande insegurança jurídica aos bancos internacionais financiadores da construção naval.

O caso chegou ao STJ em recurso especial distribuído ao Ministro Luis Felipe Salomão da 4ª Turma, a qual reverteu integralmente a decisão do tribunal estadual, para reconhecer a validade da hipoteca registrada na Libéria e sua plena eficácia no Brasil.

O acórdão da 4ª Turma do STJ unanime invocou vários fundamentos, mas dois deles sobressaíram dos demais, a saber.

Primeiro, invocando o Código de Bustamante (Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (Decreto 99.165/1990) aduziu ser a hipoteca in casu, privilégio de garantia real, constituída de acordo com a lei do pavilhão do navio, tendo efeitos extraterritoriais, inclusive nos países em que não tenham adotado tais convenções. Sendo, assim, inexigível a imposição de registro da mesma no Tribunal Marítimo brasileiro como condição de validade e eficácia. Segundo, invocou o direito costumeiro, fonte primária do Direito Marítimo, para afirmar que “é da tradição do direito brasileiro e de legislações estrangeiras a admissão da hipoteca a envolver embarcação de grande porte, em razão do vulto dos financiamentos a sua construção e manutenção. A Instabilidade e o risco marítimo, oriundos do constante deslocamento se compensa com a estabilidade dos registros em portos de origem”.

Este terceiro fundamento traz um interessantíssimo fundamento econômico, realçando ademais a necessidade de se preservar a segurança jurídica para os financiadores da atividade da navegação, de modo a evitar o incremento de custo nos afretamentos de embarcações estrangeiras: “De fato, a abalizada doutrina observa que, no direito pátrio, como em outros sistemas jurídicos, há conveniência econômica em admitir a hipoteca, tendo em vista a necessidade de oferecer segurança a quem financie o construtor ou o proprietário que explore atividade com a embarcação. Ao negar eficácia à hipoteca, data máxima vênia, o Tribunal local inobserva diversas convenções internacionais e causa insegurança jurídica, com possíveis restrições e aumento de custo para o afretamento de embarcações utilizadas no Brasil.”

Reflexão Necessária

Embora tratem de situações fático-jurídicas absolutamente distintas, o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal há mais de um século no caso do navio “San Lorenzo” e o recente Leading Case da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão no RESP nº 1.705.222/SP revestem-se de característica similar pelo efeito estabilizador que produziram no mercado de navegação para os credores privilegiados, com intenção de embargar navios em águas jurisdicionais brasileiras, para satisfação de seus créditos.

Ambas, ademais, inobstante o hiato de mais um século entre elas, possuem forte alicerce no chamado Direito Econômico e propagaram salutar estabilidade jurídica para o mundo dos negócios do mar. Carvalho de Mendonça, Epitácio Pessoa, Luis Felipe Salomão e os demais magistrados que proferiram tais Leading Cases “marítimos” são juízes “à frente do seu tempo”, transportando o espírito das leis ao sentido do contexto econômico e social do momento de sua prolação. Representam o olhar mais moderno e atual da atividade jurisdicional e, sem dúvida, servirão sempre de inspiração àqueles que estão a impulsionar essa grande nau capitânia chamada Brasil.



Camila Mendes Vianna Cardoso é Advogada, Vice-Presidente Setorial de Direito Marítimo e Portuário da CBMA – Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem.



Godofredo Mendes Vianna é Advogado, Presidente da Comissão de Direito Marítimo e Portuário da OAB Nacional.

As Camadas Geológicas da Segurança Jurídica

Joaquim Falcão

Texto constitucional sozinho não produz segurança jurídica. Nem mesmo texto em movimento, isto é, acrescido de sua interpretação judicial.

Estas são as duas primeiras camadas geológicas. Existe, outra, uma terceira. Mais transparente e permanente. Impõe limite a expansão das duas primeira. Este limite assegura a segurança jurídica.

Que limite é este?

O exemplo mais visível deste limite está em curso na Inglaterra, terra do rule of law. Está ocorrendo, excepcionalmente, lá o que já ocorre rotineiramente aqui.

Trata-se da recente proposta de Boris Johnson, de dar nova e inédita interpretação à, digamos, “convenção- texto” constitucional inglês, que permite a suspensão das atividades do parlamento por até cinco semanas.

Nesta manhã, conversei com Sua Majestade, a Rainha, para solicitar a suspensão parlamentar na segunda sessão de setembro, antes de iniciar a segunda sessão com um discurso da rainha na segunda-feira, 14 de outubro. Uma característica central do programa legislativo será a prioridade número um do governo, se um novo acordo for apresentado ao Conselho da UE, para introduzir o Projeto de Lei do Acordo de Retirada a um ritmo para garantir sua aprovação antes de 31 de outubro.¹

¹ Tradução do autor.

Esta suspensão limitava-se nos períodos de conferências dos partidos, com tempo médio de uma a duas semanas de duração.

Agora se propõe suspender o poder do Parlamento por questão explicitamente política: favorecer a estratégia de Brexit. Novo limite.

Ampliou-se uma convenção-intepretação, que nada tem a ver com a jurisprudência, podendo, no entanto, nela se concretizar. Aumentou-se a insegurança jurídica.

Este é perigoso caminho sem volta.

Nada garante que um próximo Primeiro-Ministro use igual estratégia de neutralizar o parlamento para facilitar a política partidária de plantão em eventual qualquer governo.

Elizabeth II manteve seu hábito de concordar com as propostas que lhe são trazidas pelo Primeiro-Ministro escolhido pelo Parlamento. Foi previsível. Boris, não.

Foi costumeiramente previsível, mesmo diante do risco de se calar, por motivos agora políticos, o próprio Parlamento.

O ato de Johnson criou polêmica, se não me engano, inédita, ou muito rara. Criar polêmica, mesmo justificável, já é aumentar o risco da insegurança decisória. Primeiro passo.

A polêmica vai ter que ser decidida pela Alta Corte Inglesa. Aidan O' Neill, advogado de mais de setenta parlamentares, já questionou a legalidade do ato de Johnson com acolhimento da Rainha.

Explicando melhor, o costume, a aceitação, a convenção não necessariamente escrita, inclusive o comportamento da Rainha, funcionava como uma bolha de vidro tão leve quanto poderosa. Que estruturava a democracia inglesa.

Por isto falamos de três camadas geológicas. Que estruturam o rule of law.

A primeira camada é a do texto constitucional. A matéria-prima é a legalidade estatal.

A segunda camada é a intepretação constitucional. A matéria-prima é a efetividade. A capacidade de ser exigida pela força estatal.

Finalmente, a terceira camada é a da cultura, do hábito previsível. Cuja matéria-prima é a sua aceitação social. A crença de que sendo legal e efetiva, a decisão constitucional é legítima.

Um limite que existe sem ser usado. Seria a naturalização de um hábito dos limites.

Esta última camada cultural é limite, muro, até mesmo prisão benigna da volatilidade da intepretação político-jurídica.

Agora rachou. O processo decisório do rule of law está, como diriam os franceses, "craquelé".

Este formalismo cultural, muito além do positivismo legal estatizado, dormia em sono natural.

Sono capaz de fazer com que as sociedades e os países de estado de direito sonhassem, mesmo acordados.

O sonho parece ter despertado.

Não por menos Johnson diz que não se trata de questão jurídica. Mas sim política. O simples fato de já estar na Suprema Corte já traz insegurança.

Johnson abriu as portas para o crescimento da insegurança jurídica no futuro.

Esta concepção da constituição como camadas geológicas a favor da segurança jurídica é útil para entender o Brasil de hoje.

Basta atentar para as decisões do Supremo. No seu liga/desliga. No seu personalismo. Nas suas instantaneidades. Destruidoras da cultura jurídica a favor de um mínimo de previsibilidade. Amantes do ineditismo, do distorcido e até mesmo de algumas inconstitucionalidades autoritárias.

A cultura jurídica liberal como resultado da legalidade formalista não consegue mais lidar com a complexidade dos tempos atuais.

Quando comparamos o atual Supremo com o dos anos cinquenta, por exemplo, muito bem descrito por Felipe Recondo em seu primeiro livro, "Tanques e togas: o STF e a ditadura militar", ficamos com a sensação de que o Supremo hoje é muito mais volátil.

Poderíamos até dizer que estamos na fase em que "tudo que é sólido se desmancha no ar". Não fosse este conceito, tão ideologizados. O que não lhe desmerece de todo.

Às vezes é vaticínio que se concretiza.

A fragmentação das camadas geológicas constitucionais como limites aceitos, seja aqui ou acolá, nos demais países, é um dos indícios da crise da democracia em que todos vivemos. Aqui e acolá.

The law of the land, como landmark também treme?

“

**tudo que
é sólido se
desmancha
no ar**

”



Joaquim Falcão é Advogado e Escritor.

GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Wilson Witzel

Recebi com satisfação o convite para escrever sobre a experiência de um advogado como governador do Estado do Rio. Ao refletir sobre o que une essas duas imensas responsabilidades que abracei em minha vida, de advogado apaixonado pelo Direito e de administrador público devotado à missão de resgatar o Estado das mazelas que o acometem, concluí que há uma palavra, simples, capaz de unir como nenhuma outra as duas funções: Justiça.

Nenhum cidadão precisa ter estudado tanto quanto eu o fiz, antes e durante o exercício da magistratura, para conhecer o significado dessa palavra que, há milhares de anos, inspira filósofos e define os destinos da humanidade.

Abri mão dos meus 17 anos de magistratura para me dedicar ao Estado do Rio de Janeiro, para trazer a Justiça ao dia a dia de uma população sofrida, ameaçada cotidianamente pelos narcoterroristas que impedem o exercício de um dos direitos mais básicos, que é o ir e vir de cada um, das pessoas de bem e das suas famílias. Estamos, todos, fartos de tanta injustiça.

Como um servo do Direito e da Justiça, fui honrado com a missão que me foi dada, pelos eleitores, de erradicar a corrupção do nosso Estado, uma mazela que se infiltrou na vida pública e que os cidadãos fluminenses, definitivamente, não merecem. É preciso fazer justiça a esses milhões de homens, mulheres, crianças e jovens que habitam o Rio de Janeiro e devem receber da administração pública o tratamento digno que, afinal, não passa de sua obrigação mais primária.

Eu não abriria mão da magistratura, que foi durante tanto tempo a razão da minha existência, se não fosse por amor a esse povo sofrido, a esse Estado. Erram os que imaginam que há alguma contradição entre a experiência como juiz e o cargo de governante. Um juiz é aquele que está preparado para lidar com diversos problemas ao mesmo tempo, que conhece os direitos tributário, administrativo, penal, comercial e que, para conhecê-los, aprende também sobre as políticas públicas.

“

Erram os que imaginam que há alguma contradição entre a experiência como juiz e o cargo de governante.

”

Como defensor público, na realização de centenas de tribunais do júri, pude ver de perto as misérias do processo penal, entender o funcionamento da justiça criminal e compreender, na prática, os efeitos da legislação penal e a necessidade de reformas urgentes na Lei de Execução Penal, de vagas suficientes nos presídios para fazer a separação criminológica e reduzir a reincidência.

Como ex juiz e ex defensor público, profundo conhecedor do Direito Penal e do Processo Penal, estou preparado para a enorme responsabilidade que tem sido reorganizar a segurança pública do Estado, protegendo o cidadão e ceifando a inaceitável liberdade do crime organizado, que com suas armas de guerra fazem de refém a nossa sociedade.

A segurança pública tem importante impacto no desenvolvimento econômico e na formação educacional, se estendendo por todas as políticas de Estado. Para que a segurança esteja em harmonia com os anseios da população, é preciso que as leis sejam cumpridas e aplicadas com seriedade, que a legislação se adeque à necessidade de combate à audácia de bandidos que ocupam não apenas regiões importantes do Rio de Janeiro, mas também de nosso país e de nossas fronteiras.

Como advogado que tem a enorme honra de administrar o Estado do Rio de Janeiro, tenho sempre destacado, também, a importância das tradições, que andam de mãos dadas com a Justiça. Sempre usei a toga como juiz, porque acredito que uma missão só é cumprida de forma completa quando se estende por todos os nossos atos.

Aprendi na vida militar o valor dos símbolos, das tradições e da disciplina. Esse aprendizado foi fundamental no exercício da magistratura e, agora, me dá força para enfrentar o grande desafio que é governar o Rio de Janeiro.

Essa é uma longa estrada pela qual não se caminha sozinho. Como governador do Estado, tenho o dever de zelar pela harmonia entre o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, o Tribunal de Contas e a Controladoria Geral. Temos como objetivos em comum a luta pela Justiça, que é a arma dos bons para dar dignidade a todos os homens e mulheres de bem, sem distinção.

“

**Um advogado no governo do Rio de Janeiro
é aquele que luta, mais do que nunca,
pela Justiça e contra as injustiças.**

”



Wilson Witzel é Governador do Estado do Rio de Janeiro.

O papel da advocacia e seus desafios na atualidade

Luis Felipe Salomão

1 INTRODUÇÃO

Uma das expressões mais importantes da Antiguidade, sobretudo do período helenístico, é a escultura que representa Laocoonte e seus filhos sendo atacados. A obra, admirada no Museu do Vaticano, foi objeto de estudo por vários historiadores da arte após sua redescoberta no século XVI. Laocoonte é um dos personagens que aparece na Eneida, de Virgílio, e na Ilíada, de Homero. Natural de Troia, era sacerdote e fez uma advertência aos compatriotas, “não aceitem o cavalo de madeira, presente dos gregos, ou seremos todos destruídos”. Os sacerdotes e adivinhos são peças fundamentais na mitologia grega, pois estabelecem a relação entre passado, presente e futuro. No caso, com sua advertência, Laocoonte não apenas chegou perto de frustrar todo o plano do exército grego, mas, em verdade, desafiou os Deuses, e a escultura denominada o “grupo de Laocoonte” simboliza a tragédia que se abateu sobre ele e seus filhos. A dor física que transparece na escultura e a grandeza da alma diante do conjunto da obra estão distribuídas em igual medida por todo o corpo e parecem manter-se em equilíbrio.

Assim são os atores do Judiciário, ao mesmo tempo guardiões do passado, presente e futuro, mas também realizadores incansáveis do ideal da justiça, por vezes com inúmeros sacrifícios, buscando manter o equilíbrio da balança empunhada pela Deusa Têmis.

A justiça - como divindade -, tomando por empréstimo a feliz imagem de Eduardo Galeano, é como a utopia, a cada passo que damos, em sua direção, ela se afasta, mas persegui-la é fundamental para continuarmos caminhando.

Nesse cenário, é mesmo um truísmo a afirmação de que todos nós, juízes, membros do ministério público, defensores, advogados públicos e privados, servidores, todos integramos um dos três poderes da república, seja como agentes ou auxiliares.

O Judiciário é, pois, a nossa casa em comum.

No entanto, cada um desses atores enxerga os fatos e o mundo que os cerca de maneira diferente.

O advogado é forjado para convencer. Desfia os argumentos em um movimento lógico para o fim do convencimento, enquanto o juiz utiliza um silogismo para obter a sentença que resolverá o litígio.

É sempre recorrente, mas nunca demasiado lembrar, ao se referir à nobre missão do advogado, as belíssimas palavras do grande Rui, na “Oração aos Moços”:

“ Na missão do advogado também se desenvolve uma espécie de magistratura. As duas se entrelaçam, diversas nas funções, mas idênticas no objeto e na resultante: a justiça. Com o advogado, justiça militante. Justiça imperante, no magistrado. Legalidade e liberdade são as tábuas da vocação do advogado. Nelas se encerra, para ele, a síntese de todos os mandamentos. Não desertar a justiça, nem cortejá-la. Não lhe faltar com a fidelidade, nem lhe recusar o conselho. Não transfugir da legalidade para a violência, nem trocar a ordem pela anarquia. Não antepor os poderosos aos desvalidos, nem recusar patrocínio a estes contra aqueles. Não servir sem independência à justiça, nem quebrar da verdade ante o poder. Não colaborar em perseguições ou atentados, nem pleitear pela iniquidade ou imoralidade. Não se subtrair à defesa das causas impopulares, nem à das perigosas, quando justas. Onde for apurável um grão, que seja, de verdadeiro direito, não regatear ao atribulado o consolo do amparo judicial. Não proceder, nas consultas, senão com imparcialidade real do juiz nas sentenças. Não fazer da banca balcão, ou da ciência mercatura. Não ser baixo com os grandes, nem arrogante com os miseráveis. Servir aos opulentos com altivez e aos indigentes com caridade. Amar a pátria, estremecer o próximo, guardar fé em Deus, na verdade e no bem. ”

(Rui Barbosa - Oração aos Moços).

2 ALGUNS NÚMEROS E COMPARAÇÕES

Nesta sucinta abordagem, buscando fugir ao lugar comum, pensei em realizar algumas comparações, diante deste cenário mundial de veloz mutação.

De fato, o centro destas reflexões está no ser humano, nas figuras humanas que desempenham os papéis no teatro das operações do Judiciário, notadamente na figura do advogado.

Augusto Cury, em recente obra denominada “Soluções pacíficas de conflitos para um Brasil moderno” (Editora Forense, 2019), menciona a gestão da emoção para a pacificação de conflitos: “Um dos grandes e insuspeitos culpados de as sociedades modernas serem conflituosas é o sistema educacional mundial. Não me refiro aos professores, que, para mim, são os profissionais mais notáveis do teatro social, mas ao sistema educacional cartesiano ou racionalista. Desde que René Descartes...introduziu o racionalismo na ciência..., o mundo tecnológico deu um salto sem precedente, mas o universo socioemocional caiu num calabouço”

Nesse contexto, onde a questão relacionada a formação do profissional do direito é relevante, parece mesmo interessante uma rápida comparação entre a forma de ingresso dos advogados nas universidades e depois no mercado de trabalho, no Brasil e nos Estados Unidos da América, exercício que permitirá algumas conclusões sobre o tema.

No Brasil, são 1.147.413 advogados, cerca de 5,5 advogados por 1.000 habitantes. Número de Faculdades de Direito: 1.672, segundo o MEC. Nos últimos dois anos, foram criadas mais de 400 faculdades de direito.

Nos EUA, são 1.352.027 advogados, média de 4,1 advogados por 1.000 habitantes. Número de Faculdades de Direito: 203. Nos últimos dois anos, o número de faculdades diminuiu.

Essas discrepâncias não são simples de explicar, até porque há muitas diferenças em fatores sociais, econômicos e culturais dos países em comparação. Contudo, alguns dos motivos dessas divergências colocam os respectivos sistemas em confronto.

De fato, no Brasil, diante da questionável qualidade - em regra - do ensino na graduação de direito, o quantitativo de advogados aptos a exercer a profissão poderia ser muito mais elevado, considerando-se a oferta de vagas nas faculdades (atualmente, o curso de direito é o maior em número de oferta de postos e matrículas no país).

É que, além da evasão e do número de matriculados que sequer iniciam o curso, sem dúvida nenhuma o grande filtro ocorre mesmo com o denominado Exame de Ordem, cuja média de aprovação é de 20% dos inscritos, o que contribui decisivamente para a melhoria da qualidade profissional, impedindo o total descontrole do mercado de trabalho.

Assim, apesar de um número enorme de bacharéis que obtém o diploma - diante da explosiva quantidade de faculdades no Brasil -, muitos o utilizam em reforço a outra profissão ou para simples melhoria salarial, e a grande maioria só consegue autorização para advogar após um árduo exame de ordem.

De outro ponto, quando se volta os olhos para a realidade americana, há grandes diferenças, que, por óbvio, contribuem para resultados diversos dos nossos. A começar pelo “percurso formativo”, pois quem almeja ingressar na Faculdade de Direito nos EUA, na maior parte das vezes, faz a escolha por vocação, porquanto o caminho é muito árduo e longo. O Law School Admission Test (LSAT) é componente central do processo de admissão na escola de direito. Depois do difícil ingresso, o estudante, após cursar mais um longo período, obterá o diploma Juris Doctor (J.D.), que o habilita a prestar o exame da ABA e se tornar advogado. O J.D. é um diploma profissional especificamente projetado para formar futuros advogados e prepará-los para o exame de bar.

Assim, em regra, ao concluir a faculdade - depois de cerca de sete anos-, o aluno não utiliza o diploma para outra finalidade, senão a de exercer em plenitude a advocacia. Além do mais, há uma alta taxa de concluintes nos cursos de direito, e os formandos, ao obterem o Juris Doctor, apresentam-se satisfatoriamente preparados para o exame da ABA, resultando alta taxa de aprovação (quase 80%), apesar do rigor dos exames, realidade muito diferente da nossa.

Diante desses dados comparados, guardadas as óbvias diferenças sociais, econômicas e culturais/educacionais, considerando que este texto objetiva proceder a algumas reflexões sobre a advocacia no Brasil, é possível concluir, sem entrar no mérito sobre o acerto ou o desacerto de cada sistema, que: a) o Exame de Ordem é absolutamente necessário para manter a qualidade dos habilitados a exercer a profissão; b) é necessário e urgente o controle e uma melhor qualificação dos cursos de direito no Brasil, sob pena de grave deformação do mercado de trabalho.

3 A PESQUISA “QUEM SOMOS, A MAGISTRATURA QUE QUEREMOS”, AMB, 2019

O início de ano de 2019 trouxe a público a pesquisa “Quem somos: a magistratura que queremos”, após quase um ano de trabalho profícuo envolvendo juízes e sociólogos. A equipe dos Professores Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho e Marcelo Balmann Burgos é praticamente a mesma da pesquisa anterior - “O perfil do Magistrado brasileiro” -, apresentada há mais de duas décadas. Naquela época, como juiz de direito, participei com entusiasmo da elaboração dos questionários e acompanhei com vibração cada descoberta sobre o avanço da pesquisa. Agora, a partir do convite do Presidente da AMB, Juiz Jayme Martins de Oliveira Neto, tive a honra de coordenar o grupo de magistrados, constituídos pelos colegas Durval Rezende Filho, Marcia Hollanda, Michelini Jatobá e Renata Gil.

A pesquisa é uma ferramenta importante, pretende fornecer subsídios para a elaboração e implementação de políticas públicas no âmbito do sistema Justiça. É um contributo, com base científica, que certamente será objeto do escrutínio criterioso daqueles que buscam o aperfeiçoamento da democracia em nosso país. A pesquisa completa pode ser encontrada no endereço: <https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/>.

Alguns dados que se podem extrair da pesquisa são relevantes para o desenvolvimento do raciocínio deste artigo. De fato, os números revelam, por exemplo, que cerca de 82% dos juízes, antes de ingressarem na carreira, fizeram estágio profissional, sendo certo que a grande maioria em escritórios de advocacia. Há inúmeros magistrados que tem o pai, a mãe, a/o avó/avô, que foram advogados.

Como trabalham os juízes? Segundo a pesquisa, uma das atividades mais importantes é o atendimento ao advogado.

Esses são apenas alguns poucos exemplos de como é simbiótica a relação entre as atividades dos juízes e dos advogados.

Os desafios e as soluções - para ambas as atividades -, portanto, são diretamente correlacionados.

4 OS NOVOS DESAFIOS - À GUIA DE CONCLUSÃO

Na era da comunicação e da revolução tecnológica disruptiva, todas as áreas do direito sofrem o impacto das mutações. Cada vez mais, a ciência social tem que lidar com um vocabulário “transnacional”, “pós-nacional”, “globalizado” e “cosmopolita”.

No ponto que mais interessa a essas conclusões, há em andamento, no mundo, uma transformação “...relacionada à emergência de uma ou diversas novas ordens jurídicas e políticas para além do Estado nacional (Brunkhorst, 2007:63-109) e às implicações destas tendências para novas formas de lidar com os paradoxos da decisão jurídica e política (Koskenniemi, 2008:65-89; Fischer-Lescano e Teubner, 2006:10-33)”, no dizer elegante de Pablo Holmes em interessante artigo denominado “O Constitucionalismo entre a Fragmentação e a Privatização: Problemas Evolutivos do Direito e da Política na Era da Governança Global”. A partir de uma leitura da teoria social dos sistemas, o autor observou os processos de transformação do direito e da política graças à crescente integração transnacional da sociedade mundial.

Nesse contexto de transformação, fala-se cada vez mais em governança em lugar de governo, na qual os indivíduos e as instituições, públicas e privadas, administram seus assuntos comuns.

Apenas três exemplos, segundo penso, ilustram bem onde se pretende alcançar.

As criptomoedas - meio de troca que se utiliza da tecnologia de blockchain e da criptografia para assegurar a validade das transações e a criação de novas unidades de moeda -, sem uma regulamentação mundial e sem Banco Central para o controle de sua emissão.

Os sistemas de compliance também fornecem autorregulação interessante para empresas e corporações, sem a intervenção estatal.

As Câmaras de Arbitragem e Mediação - algumas utilizando ferramentas tecnológicas inovadoras - e o mercado privado de soluções extrajudiciais de conflitos apresentam formas rápidas e eficientes para composição de litígios.

Uma espécie de ordem espontânea, formada a partir de atores privados e suas práticas contratuais, assim como proposta por F. Hayek (1945), Klaus Gunther (2003) e Teubner (2004).

O profissional do direito deve estar preparado para estes novos tempos.

Com efeito, ao comentar sobre Justiça e Democracia, Antoine Garapon, com uma incrível antevisão da história, em um livro de 1996, aborda alguns temas recorrentes no atual momento: a) a República compreendida pelo Direito; b) a desnacionalização do direito e a nova cena da democracia; c) a tentação populista do poder inédito dos juízes; d) os processos instruídos pelas mídias e a lógica do espetáculo.

Equivale dizer, pois, que, nesta era de extremos em que vivemos, descortina-se para os advogados um contexto novo, ainda por ser explorado.

A lex mercatoris e a mediação/arbitragem, a lex e a justitia desportiva, a lex digitalis (internet, as regras na rede mundial de computadores - ICANN, e a proteção de dados) e a lex humanas (clima e meio ambiente) são exemplos de mundo e campo novos de atuação profissional.

Encerro invocando novamente o saudoso Eduardo Galeano: "O melhor dos meus dias é o dia que ainda não vivi".

Juntos iremos desbravar este novo mundo!

“

**O profissional
do Direito deve
estar preparado
para estes
novos tempos.**

”



Luiz Felipe Salomão é Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

A voz do outro

Pedro Bial



Lembram? Foi o idealismo que nos levou, jornalistas e advogados, a buscar tais profissões. Lembram do que nos movia, estudantes? Lembram que foi a vontade de justiça, o desejo ético de ter um trabalho que, ao fazê-lo bem, se faça o bem?

Muito temos em comum, a começar por emprestar a própria voz para o discurso de defesa (ou ataque) alheio - somos vozes que falamos pelo outro. Com a notável distinção de que advogados são constituídos e pagos para falar por seus clientes, enquanto jornalistas partem de aparente auto-delegação, falando em nome do povo, mesmo sem terem sido expressamente eleitos para tal, legitimados pela ideia da liberdade de imprensa, em autorização tácita e pronto.

Ambos, repórteres e advogados, não gozamos sempre de boa reputação, só somos valorizados e acionados em momento de crise e conflito, temos a natureza da água, só na hora da sede é que se a procura.

Como mensageiros e arautos, com frequência levamos a culpa pelo que dizem as mensagens que portamos: "atire-se no carteiro"!

O jornalista que denuncia nossa falta é um mentiroso, o advogado que derrota nossa causa é desonesto.

Importante destacar possível diferença entre nós uns e nós outros: depois de sua intervenção, o advogado deixa o conflito resolvido, por sim ou não. Já o repórter, muita vez vem expor e aguçar o conflito que interesses desejavam manter oculto.

Jornalistas, assim como os profissionais do direito, se espalham por todos os setores da sociedade, por todos os círculos de atividade e convivência humanas. Criminalistas, civilistas, ambientalistas, societários, de família; política, esporte, cultura, ciência; o mapa das especializações da mídia e do direito se sobrepõem e quase se confundem - confusão esta que só não acontece graças às cercas divisórias das linguagens próprias a cada ramo, e aos diferentes códigos que se constrói com elas.

Por isso, existe também a especialidade do jornalismo jurídico, ocupado em traduzir para a língua da comunicação midiática o saber codificado a partir da letra da lei (que não é fria, ou só o é até ser tocada pela mão quente do advogado). O texto jornalístico parece mais próximo da compreensão do homem comum, enquanto, quase um paradoxo, a complexidade do discurso forense vem justo servir à defesa dos direitos desse simples mortal. Pois, em grande parte, é o senso comum, por definição apressado e superficial, que comanda muito da apreensão e tradução da realidade como realizadas pelo jornalista.

Na cultura brasileira, um traço paralelo e acessório de nosso patrimonialismo aparece no preconceito dirigido a quem bota as coisas no papel, seja repórter ou advogado. Como se fosse feio, de mau tom, contrário a nossa suposta cordialidade, pretender alguma forma de “institucionalização” de interesses, como se não fosse a clara defesa de meus interesses o pressuposto que desperta e torna possível a defesa de interesses diferentes dos meus.

Buscam justiça, os que escrevem. E, quando escrevem, vivem a plenitude de seu ofício, é seu maior prazer, o momento que encerra sentido a todo suor, embate, desacordo ou desarmonia que moveu e foi movido por jornalistas e advogados. Nossa meta é o verbo redentor, a frase que fecha o parágrafo, a palavra final de um capítulo, a última página - início de nova primeira.

Senhores e servos da política, aqui definida como o campo de resolução de conflitos na sociedade, jornalismo e direito não podem se afastar da prática política, nem viver perto demais de sua sombra.

Manchados pela lama da realidade, os profissionais da mídia e do direito desenvolvem, quase sempre, um clássico sintoma neurótico, como mecanismo de defesa: o cinismo. Aprendemos a ser cínicos com estilo, fazendo passar por elegância e sagacidade o que em sua essência e origem é mero desalento, desencanto, puro lamento. Próximos sempre, em nossa complexada onipotência, de patologias como o alcoolismo, depressão e outras formas de sofrimento psíquico.

Por isso, egos enxaguados e humilhados todos os dias pelos fatos, tanto para jornalistas quanto para advogados, a expressão mais nobre e viva daquele jovem que buscou a profissão por idealismo, seu mais profundo gesto ético é tão somente não se deixar vencer pelo cinismo.

Isso sim, é causa, é notícia: não sucumbir ao cinismo.



Pedro Bial é Jornalista e Escritor.



Literatura



Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência

Rio de Janeiro: ed. Forense, 2019.

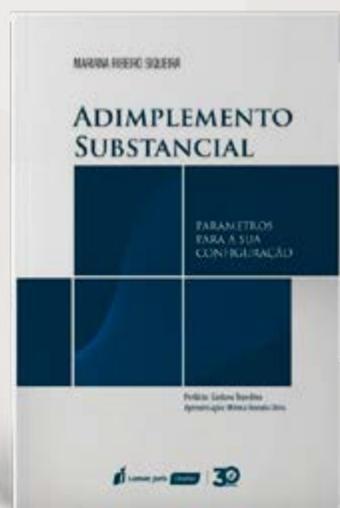
Obra dos professores Anderson Schreiber, Flávio Tartuce, José Fernando Simão, Marco Aurélio Bezerra de Melo e Mário Luiz Delgado, que apresenta comentários aos dispositivos do Código Civil, em conjunto com a análise da jurisprudência de nossos Tribunais, sempre com uma enfoque contemporâneo.



Lacunas Contratuais e Interpretação: História, Conceito e Método

Ed. Quartier Latin, 2019.

Nessa excelente obra, o Autor Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke indica verdadeiro roteiro de trabalho ao intérprete de um contrato. Este começa com o exame da intenção comum das partes, enveredando, depois, pelos critérios específicos que atuam para o suplemento das lacunas contratuais, até chegar aos critérios gerais que “atuam de modo residual, em situações que são menos frequentes, mas sobretudo por isso as mais tormentosas e as que mais necessitam de coordenadas objetivas”: as práticas e dos usos do tráfico; a legislação em sua atuação analógica em contratos legalmente atípicos; a boa-fé objetiva; a equidade quando permitida pelas partes em arbitragem e a tecnicidade para o caso de lacunas extrajurídicas. Com esta obra sólida, terão, advogados e juízes, pautas seguras para andar nas por vezes traiçoeiras trilhas da prática contratual.



Adimplemento substancial - Parâmetros para a sua configuração.

1ª edição. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2019. Mariana Ribeiro Siqueira.

Apesar de largamente aceita no Brasil, a teoria do adimplemento substancial vem sendo aplicada de forma atécnica. A dificuldade em traçar parâmetros objetivos de aferição de sua incidência no caso concreto acaba por desvirtuar o instituto, limitando-a aos casos nos quais, por meio de análise meramente quantitativa, considera-se que determinado cumprimento da obrigação é substancial, afastando-se a resolução do contrato. A obra propõe-se a analisar, de maneira crítica, o adimplemento substancial como óbice à resolução do contrato no Direito brasileiro, chamando a atenção para as dificuldades enfrentadas tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência e propondo, ao final, parâmetros de aplicação do instituto no direito brasileiro.

Advocacia hj.
n. 2, set. 2019

Diretoria do Conselho Federal da OAB
Gestão 2019/2022

FELIPE SANTA CRUZ
Presidente

LUIZ VIANA QUEIROZ
Vice-Presidente

JOSÉ ALBERTO SIMONETTI
Secretário-Geral

ARY RAGHIAN NETO
Secretário-Geral Adjunto

JOSÉ AUGUSTO ARAÚJO DE NORONHA
Diretor-Tesoureiro

EDITORA

© Ordem dos Advogados do Brasil Conselho Federal, 2019
Setor de Autarquias Sul Quadra 5 Lote 1 Bloco M Brasília/DF | CEP 70070-939

JOSÉ ROBERTO DE CASTRO NEVES
Presidente Executivo da OAB Editora

EQUIPE TÉCNICA
Gerência de Relações Externas
Coordenação de Comunicação

Publicação Trimestral

FICHA CATALOGRÁFICA

Advocacia hj. n. 2 (set. 2019) – Brasília, 2019.

Trimestral.

Versão online disponível em: <https://www.oab.org.br/publicacoes/revistasadvocaciahj>

1. Advocacia, Brasil. 2. Advocacia, prerrogativa profissional, Brasil.

CDDir: 341.415

Elaborado por: CRB 1-3148.

