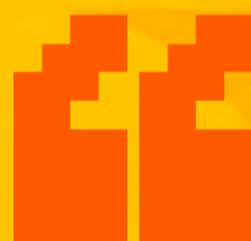


advocacia

hj.

ADVOCACIA HJ. | N. 003 | MAR. 2020



xxx

**a independência
dos advogados
ainda é mais
importante do que
a independência
dos juízes.**

EDUARDO SEABRA FAGUNDES



Caro Colega,

Você está recebendo a 3ª edição da Revista do Conselho Federal da OAB. 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 contribuem, sempre com textos atuais e de interesse prático, com textos objetivos, nos quais examinam assuntos do nosso convívio diário.

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

Nesta edição, homenageamos o advogado Eduardo Seabra Fagundes.

Durante o período da ditadura no país, com grandes limitações às liberdades, a Ordem dos Advogados do Brasil teve, entre 1979 e 1981, Eduardo Seabra Fagundes como seu presidente. Natural do Rio Grande do Norte, filho de Miguel Seabra Fagundes – um dos mais respeitados doutrinadores do Brasil –, Eduardo radicou-se no Rio de Janeiro, militando como advogado e líder da classe.

Quando chegaram à OAB denúncias de tortura, Seabra Fagundes, sem se intimidar, denunciou o terror. Cumpria o dever dos advogados, de lutar pela garantia dos direitos dos cidadãos. Seabra Fagundes, que também fora presidente do Instituto dos Advogados do Brasil, em discurso feito em 1976, assinalou: “a independência dos advogados ainda é mais importante do que a independência dos juízes (...), porque a Ordem dos Advogados defende os interesses da nação”.



Em retaliação à sua postura, no dia 27 de agosto de 1980, Eduardo Seabra Fagundes recebeu, na sede da OAB, uma carta-bomba, aberta pela sua secretária, Lyda Monteiro, que, lamentavelmente, faleceu com a explosão. No momento do estouro, Seabra Fagundes não estava em seu gabinete. Participava de uma reunião para apurar o sequestro do jurista Dalmo Dalari.

O atentado escancarou a truculência do regime. A opinião pública passou a ter mais elementos para compreender o que acontecia no país. Na gestão de Seabra Fagundes, criou-se a Comissão de Direitos Humanos no Conselho Federal da OAB. A Ordem assumiu seu papel, sem medo. Foi fundamental a posição da OAB e de Eduardo Seabra Fagundes para o retorno ao estado de direito e a redemocratização do Brasil.

Eduardo Seabra Fagundes, que por décadas advogou com ética e apuro técnico, faleceu em novembro de 2019, deixando uma legião de amigos e admiradores. Acima disso, deixou um edificante exemplo para gerações.



PERSONALIDADE DA CAPA



José Roberto de Castro Neves
é Presidente Executivo da OAB Editora.

EDUARDO SEABRA FAGUNDES



- 05 MENSAGEM DO PRESIDENTE
ADVOCACIA HOJE
Felipe Santa Cruz >
-
- 06 DIREITO CONSTITUCIONAL
O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AS QUESTÕES DIFÍCEIS E O GOVERNO DE MAIORIA
Clèmerson Merlin Clève >
-
- 09 DIREITO ADMINISTRATIVO
ABUSO DE PODER REGULATÓRIO: ALGO PRÁTICO NA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA
Floriano de Azevedo Marques Neto >
-
- 14 DIREITO DO TRABALHO
ADVOCACIA E DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL DIANTE DA ENCRUZILHADA ULTRALIBERAL
Mauro Menezes >
-
- 19 DIREITO CIVIL
**AS DUAS MODALIDADES DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA:
DESCONSIDERAÇÃO PATRIMONIAL E DESCONSIDERAÇÃO REGULATÓRIA**
Mariana Pargendler >
-
- 23 DIREITO PENAL
UM PACOTE PARA NOS EMBRULHAR
Antonio Claudio Mariz de Oliveira >
-
- 25 DIREITO PROCESSUAL
"IURA NOVIT CURIA" E O MODERNO DIREITO PROCESSUAL CIVIL
Humberto Theodoro Jr. >
-
- 32 DIREITO TRIBUTÁRIO
UM RAIO X DA ARRECADAÇÃO TRIBUTÁRIA FEDERAL - 2019/2020
Roberto Quiroga Mosquera >
-
- 35 DIREITO COMERCIAL/SOCIETÁRIO
NOVA DISCIPLINA DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO?
Nelson Eizirik >
-
- 38 ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO
A REDAÇÃO DA CLÁUSULA ARBITRAL
Giovanni Ettore Nanni >
-
- 42 DIREITO EM EXPANSÃO
DIREITO AMBIENTAL
Werner Grau >
-
- 44 DIREITO, LITERATURA E FILOSOFIA
ARTE | DIREITO: PENSAMENTOS IMPERFEITOS SOBRE LIVRE-ARBÍTRIO E CONFIDENCIALIDADE
Pierre Moreau >
-
- 48 UM ADVOGADO NO
CIRCO
Renato Aragão >
-
- 49 NÓS, OS ADVOGADOS, POR ELES, OS JUÍZES
JUÍZES E ADVOGADOS: SOMOS O SISTEMA DE JUSTIÇA
Renata Gil >
-
- 52 OS OLHOS DOS OUTROS
VANTAGENS DA CONVERGÊNCIA
Gustavo Franco >
-
- 55 INDICAÇÃO
DICA DE LEITURA | LANÇAMENTO >



Advocacia hoje

Nesse momento de crise no País, temos o dever ético, político e moral de construirmos uma Advocacia cada vez mais à altura de nossos tempos. A Ordem dos Advogados do Brasil possui um histórico de resistência, cujo legado precisa ser perpetuado de forma coerente com a história dos grandes nomes que a dirigiram, a exemplo do ilustre advogado Eduardo Seabra Fagundes, que presidiu nossa Entidade entre os anos de 1979 e 1981, justamente no período da ditadura militar brasileira.

Seabra Fagundes é um ícone da luta pelo Estado Democrático de Direito. O fio condutor de sua trajetória é parte fundamental da Democracia brasileira, tornando-o parte do time dos imprescindíveis da nação. Por isso, nada mais oportuno do que homenageá-lo nesta obra.

Ciente desse importante legado, a Ordem dos Advogados do Brasil cumpre seu dever institucional: a missão ética de ser porta-voz da sociedade. Afinal, o advogado é a voz constitucional do cidadão. Felizmente, figuramos como a instituição melhor avaliada entre empresas e organizações, com um índice de 66% de confiança da sociedade, conforme o Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro, apresentado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

Este importante saldo reitera o que diz o artigo 133 de nossa Constituição Cidadã, que consagrou o advogado como figura indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão. Seguimos firmes contra os abusos de poder, que ainda são um empecilho para o Acesso à Justiça. Por isso, protagonizamos a luta pela aprovação da Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869, de 5.9.2019), que estabeleceu, em consonância com os ditames constitucionais, a criminalização da violação das prerrogativas dos advogados.

Essa conquista histórica reafirma nossa referência enquanto Entidade, que é reconhecida em diversas esferas da sociedade. A produção de conteúdo jurídico é uma delas. Assim, a presente Revista “Advocacia Hoje” já nasce referência, tanto pelo conjunto qualificado de autores e autoras que a compõe, como pela riqueza do material produzido, que abrange as principais áreas da Ciência Jurídica. Estamos diante, portanto, de uma leitura central para o aprofundamento teórico-prático do Direito.

O Supremo Tribunal Federal, as questões difíceis e o governo de maioria

Clèmerson Merlin Clève

Entre os milhares de feitos recebidos, anualmente, pelo Supremo Tribunal Federal, todos sendo trabalhosos, alguns desafiam um processo de deliberação mais delicado. Os casos, em sua maioria, mesmo delicados, podem ser solucionados mediante a aplicação de precedentes, da jurisprudência reiterada ou mesmo através do manejo adequado dos recursos hermenêuticos convencionais. Aqueles complexos, todavia, supondo questões difíceis diante da ausência de parâmetros claros ou de precedentes aproveitáveis ou mesmo da jurisprudência reiterada, impactam poderosamente a vida em sociedade. Nestas importantíssimas situações, a Suprema Corte desnuda-se inteiramente.

Ora, em tais circunstâncias, o Estado de Direito reclama da Corte, além da decisão solvendo a questão, a produção de parâmetros para auxiliar as demais instâncias judiciais no processo racional de solução de feitos análogos, o que não exclui, ao contrário exige, a apreciação simultânea de outros dados decorrentes da conjuntura política, do diagnóstico do momento histórico, da densidade deliberativa à qual a matéria foi exposta (processo legislativo), considerada também, fazendo uso das lições de Dworkin, a coerência do romance em cadeia.

Tenho defendido, em inúmeros escritos, a necessidade, em nosso país, do manejo de uma dogmática constitucional emancipatória. Poderiam pensar alguns que um discurso com essa natureza, intransigente com a defesa da dignidade da pessoa humana, implica, no universo da prestação jurisdicional, prática em descompasso com as exigências democráticas porque autorizadora de um suposto ativismo judicial. Nada mais falso. É verdade que esta dogmática expõe preocupação com a efetiva realização dos comandos constitucionais, em particular aqueles tratando dos direitos fundamentais. E nesse passo, acredita no importante papel a ser desenvolvido pelo Judiciário brasileiro, sobretudo no exercício da jurisdição constitucional. Nem por isso propõe um papel para o juiz que esteja além do desenhado pela arquitetura da organização dos poderes presente na Constituição ou que autorize indevida compressão do campo de escolhas legítimas do legislador a partir de um processo aberto de deliberação com repercussão na arena pública.

Ora, o Judiciário ocupado com as promessas constitucionais não será nem ativista, nem deferente, com as escolhas do legislador. Operará, conforme o caso, mas sempre a partir de bases racionais com sustentação na Lei Fundamental, ora um controle mais forte, ora um controle mais débil do ato (omissivo ou comissivo) impugnado. Transitará entre a autocontenção, prestando deferência à escolha do legislador, e o controle mais forte para a proteção deste ou daquele direito. Em qualquer caso, porém, deverá adotar postura vigilante a respeito dos postulados da

Quer-se uma sociedade de livres e iguais, não uma sociedade inadequadamente paternalista, onde o juiz possa agir como uma espécie de pai caridoso e docemente autoritário.

democracia (que implicam autogoverno e definição de escolhas prioritariamente através do processo público de deliberação).

Há momentos, como aqueles que envolvem a defesa de minorias contra atos discriminatórios, a proteção da liberdade de manifestação e de opinião, a proteção do mínimo existencial, verdadeiras condições para o exercício da democracia, exigentes de um controle forte do Judiciário. Há outros, ao contrário, desafiantes, prima facie, de uma postura de deferência, de superlativo respeito à decisão do legislador. São necessários argumentos muito robustos para justificar, em casos assim, uma ação distinta do órgão judicial. Cite-se, por exemplo, as questões difíceis que supõem interpretação de cláusulas constitucionais (abertas) autorizadas de concepções distintas e razoáveis num ambiente de pluralismo moral. Aqui, em princípio, a escolha do legislador, tomada a partir de um processo público de deliberação, não deve ser substituída pela do juiz. Neste caso, ausentes robustas razões a justificar, ocorrente a substituição, manifestar-se-ia hipótese contrastante com a experiência democrática.

Não se trata, para o juiz, portanto, de agir contra a democracia, mas, antes, para a democracia. Quer-se uma sociedade de livres e iguais, não uma sociedade inadequadamente paternalista, onde o juiz possa agir como uma espécie de pai caridoso e docemente autoritário. Dito isso, é necessário reiterar que, diante de uma Constituição analítica como a nossa, muitas questões que antes remanesciam no exclusivo campo da política, são, agora, levadas ao Judiciário em função de escolha operada pelo Constituinte. Todavia, judicialização não implica necessariamente ativismo.

Penso que, entre nós, é defensável o manejo de um controle de constitucionalidade mais forte (escrutínio mais estrito), em matérias que envolvam por exemplo a i) os direitos fundamentais indispensáveis no Estado de Direito e, em especial, a liberdade de expressão, a ii) proteção do processo democrático (regularidade do processo legislativo e controle do poder político ou econômico no processo eleitoral), a iii) proteção do devido processo legal, das minorias e grupos vulneráveis e os iv) direitos sociais, em particular os prestacionais, nos casos de eficácia originária ou diante da defesa do mínimo existencial (que não se confunde com o mínimo vital), verdadeiras condições para a satisfação da ideia de dignidade da pessoa humana).



A jurisdição constitucional guarda os valores substantivos necessários para a legítima deliberação pública. Porém, isso não é suficiente, tais valores substantivos devem ser interpretados à luz do devido processo legal, o que supõe manifestação direta ou indireta de todos os possíveis afetados pela decisão, por isso a importância da preservação de espaços deliberativos e de instituições que transformem as expressões plurais advindas da sociedade em razões para decidir. Nesse compasso, as audiências públicas e os *amici curiae*, por exemplo, qualificam o processo de deliberação e, por derivação, de adjudicação, merecendo acolhida generosa do Tribunal.

Há situações, porém, que podem reclamar da Suprema Corte um controle menos exigente, supondo alguma dose de autocontenção ou de deferência para com as razões ou decisões do legislador. É o caso i) das políticas públicas tratando de direitos sociais naquilo que se reporta à eficácia derivada ou que exceda largamente as fronteiras do mínimo existencial, ii) das questões eminentemente políticas, considerando, sempre, porém, que tais questões não constituem cláusula imunizadora (há, afinal, necessidade de respeito à dimensão política da vida e à liberdade de conformação legislativa em relação àquilo que não é obrigatório constitucionalmente. Seria forçoso justificar a interferência do Judiciário em decisões típicas dos outros Poderes, como a escolha de Ministros ou o veto presidencial a projeto de lei, por exemplo). Também, iii) nos resultados plebiscitários, referendários, envolvendo leis de iniciativa popular, momentos constituintes e, mesmo, leis novas que resultem de um processo regular, robusto e aberto de deliberação, deve-se, como regra, prestar deferência ao legislador. Não se trata aqui de admitir uma postura procedimentalista. Trata-se de, no processo argumentativo e deliberativo levado a termo pelo juiz constitucional, considerar, com peso adequado, as suas razões. Nestes casos há uma presunção forte de constitucionalidade das leis, a qual pode, não obstante, ser afastada por outras razões, mesmo não populares, mas determinantes. É sempre bom lembrar que o juiz constitucional figura como um guardião dos princípios permanentes da comunidade política constitucionalizada.

Por fim, deve-se reconhecer a existência de um conjunto de questões difíceis que, quando judicializadas, em poucas ocasiões poderão ser resolvidas de modo satisfatório para as diferentes compreensões do mundo da vida. Temas que envolvem o direito à vida, eutanásia, aborto, por exemplo, colocam à prova, como questões limites, os fundamentos de quaisquer teorias que procurem oferecer solução definitiva ao problema da tensão entre o controle de constitucionalidade e o governo da maioria. Cuida-se, aqui, de problemas que indicam a impossibilidade da formulação de consensos, já que supõem apresentação de razões que podem ser utilizadas na defesa de distintos pontos de vista com idêntico suporte constitucional. Neste terreno, todo cuidado é pouco.

Percebe-se que o Supremo Tribunal Federal tem mudado. Essa nova feição, entretanto, ainda está em construção. Ora, o novo papel precisa ser compreendido e, mais, discutido, com humildade, abertura e raciocínio crítico, lembrando, sempre, que o Supremo Tribunal Federal não está fora do jogo político. Como em qualquer ambiente democrático, as decisões judiciais, sendo corretas ou não, devem ser cumpridas. Isso não quer dizer que não possam ser, na arena pública, com o devido respeito e com bons argumentos, questionadas. Afinal, em uma sociedade livre, aberta e plural, o argumento vencido de ontem pode ser o vencedor de amanhã.



Clèmerson Merlin Clève é Professor Titular de Direito Constitucional da UFPr. e do UniBrasil Centro Universitário.

Abuso de Poder Regulatório: algo prático na Lei de Liberdade Econômica

Floriano de Azevedo Marques Neto

A recém editada lei n. 13.874/19, denominada lei de liberdade econômica, contém muitos dispositivos de pouca aplicação prática, mais próximos de uma declaração de princípios de que de normas assecuratórias da liberdade de empreender atividades econômicas. O que poderia ser uma lei efetiva e apta a conter a excessiva intervenção estatal, resultou numa lei deontológica, um protocolo de intenções.

Contudo, entre muitas declarações abertas, a Lei contém um dispositivo que tem o condão de colocar parâmetros concretos para balizar o ímpeto do Estado regulador. Trata-se do artigo 4o, que prevê a figura jurídica do abuso do poder regulatório.

De início, temos que as prescrições contidas no art. 4o se aplicam a todos os entes públicos dotados de competências de intervir (normativa ou concretamente) na esfera privada, econômica ou não. Em todas as esferas da federação. Isso porque trata-se de norma geral de direito econômico, competência legislativa da União por força do art. 24, I, da Constituição federal. Como aliás, rebarbativamente, reafirma o art. 1o, par. 4o, da Lei n.13.874/19. Isso significa dizer que suas disposições são aplicáveis a Estados e Municípios diretamente, sem necessidade de lei local ou de regulamentação infra-legal.

Todos os entes da federação possuem no nosso sistema constitucional, capacidades de intervenção regularória, dentro de suas esferas de competência. Assim é por força do art. 174 da CF, capacidades estas que são exercidas dentro do universo de competências de cada ente. A União possui competências para regular o exercício profissional, os municípios para regular o direito de construir ou o uso da propriedade urbana, os Estados têm competências para o licenciamento ambiental (ressalvadas as competências de licenciamentos reservadas à União e aos municípios). O conceito de poder regulatório, é certo, vai além da mera capacidade normativa. Isso por força do próprio art. 174 da CF que em seu texto deixa clara a distinção entre as funções de agente normativo (*rectius*, capacidade normativa legal e infra-legal) e regulador. Donde se extrai que regular engloba, sem se limitar, as funções próprias ao chamado poder de polícia, atos de liberação de atividades (licenças, alvarás, permissões, autorizações em geral), prerrogativas de fiscalização e de aplicar sanções, poderes adjudicatórios, de coordenação e supervisão, além da capacidade de fixar condições e parâmetros para o exercício de atividades pelos particulares. Poder de regulação, portanto, é a capacidade do poder público (ente ou órgão da Administração Pública) de intervir no domínio econômico restringindo, condicionando ou controlando o exercício de atividades econômicas pelos particulares.

Poder de regulação, portanto, é a capacidade do poder público (ente ou órgão da Administração Pública) de intervir no domínio econômico restringindo, condicionando ou controlando o exercício de atividades econômicas pelos particulares.

Pois bem. A partir da Lei n. 13.874/19 o poder público passa a ter o dever de evitar o abuso de poder regulatório. É fato que a redação do caput do art. 4º faz menção à coibição deste abuso no “exercício de regulamentação de norma pública pertencente” à legislação sobre liberdade econômica. Inegável que o legislador, neste ponto, se esmerou em ser oblíquo e atécnico. Dá impressão que o poder regulatório se restringiria apenas à atividade normativa. Não parece ser essa a melhor interpretação. Primeiro pois se fosse este o limite de abrangência da norma não seria necessário usar a tortuosa expressão “exercício de regulamentação de norma”. A expressão “exercício” remete à adoção de providências concretas de implementação da norma regulamentar ou legal. Segundo pois fosse a vedação do abuso regulatório condizente apenas com a atividade normativa, não haveria razão em se prever um artigo para consagrar este dever à Administração pública, bastando editar comando voltado ao legislador infra nacional ou àqueles que recebam dele delegação normativa. Por fim, interpretar o art. 4º no sentido de que a coibição do abuso no poder regulatório cinja-se apenas ao âmbito da atividade normativa significa dar interpretação contrária ao que dispõe o próprio art. 1º, par. 2º, da lei 13.874/19, que determina: “interpretam-se a favor da liberdade econômica ... todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas”. Certo estou, portanto, que a vedação ao abuso do poder regulatório se aplica a todas as manifestações de regulação estatal sobre a economia e não apenas àquelas de caráter normativo ou regulamentar.

O art. 4º traz a exceção à vedação ao abuso do poder regulatório aquelas manifestações restritivas que se dêem “no estrito cumprimento de previsão explícita em lei”. O aposto, parece ser um tanto desnecessário, pois se há previsão legal explícita, ou bem ela é abusiva a ponto de se tornar inconstitucional ou ela é determinante para a Administração, descabendo se falar de margem regulamentar ou de ação concreta na qual se vá coibir o abuso. Afora essa exceção um tanto óbvia, há no caput uma obrigação da Administração Pública agir com moderação e parcimônia, o que prediz um dever de coibir o abuso que, para além da prescrição no art. 4º, decorre da própria Constituição (força do disposto no art. 1º, inciso **, e no art. 170, caput) e vem reiterado no art. 2º e seus incisos da própria lei de liberdade econômica.

Para além deste comando geral, o art. 4º traz as hipóteses que, presumidamente, caracterizam abuso de poder regulatório a ser coibido pela Administração. Vale passar por elas, ilustrando suas aplicações práticas.

O inciso I, presume abusiva a ação do regulador que acarrete a criação de reserva de mercado a favorecer grupo econômico ou profissional em prejuízo dos demais concorrentes. Reserva de mercado é a restrição artificial (no caso, determinada por medida regulatória) ao acesso a uma determinada relação econômica (fornecimento de bens ou serviços, prestação de algo, exercício da atividade) com admissão de alguns e vedação de outros agentes econômicos. Ela se manifesta, por exemplo, na proibição de instalação num Município de empresa que não tenha entre seus sócios alguém nascido ou domiciliado no Município. A proibição, hipotética, de um restaurante vender alimentos

in natura que não sejam produzidos naquele território, ou mesmo a vedação do exercício profissional por quem, embora habilitado ao exercício, não esteja inscrito no órgão público de fiscalização regional. O dispositivo pode trazer importantes discussões que haverão de ser enfrentadas no Judiciário. Por exemplo: pode a autoridade vedar a participação na feira de artesanato local de artesãos de outras regiões, Estados ou Municípios? Mas de pronto consigo vislumbrar uma situação regulatória bastante discutida nos últimos tempos e que passa a ser vedada: pela nova lei passa a ser abuso de poder regulatório, ilícito portanto, um Município querer proibir que algum motorista explore a atividade de transporte privada de passageiros via plataforma (Uber) em função do automóvel não ser emplacado no território municipal.

Por sua vez o inciso II diz ser abuso “redigir enunciados” que impeçam a entrada de novos competidores nacionais e estrangeiros no mercado. A redação, uma vez mais obtusa, faz uso a expressão um tanto restritiva. Não é comum a Administração pública redigir enunciados, embora seja uma prática saudável e desejável, ainda mais à luz do art. 30 incluído pela Lei 13.655/18 na Lei de Introdução à Liberdade Econômica. Mas para coadunar o dispositivo em apreço com os demais dispositivos da Lei de Liberdade Econômica, creio que devemos interpretar “redigir enunciados” com a acepção de “editar prescrições” em geral que resultem em barreira artificial ao ingresso de novos competidores. Estes enunciados podem ser normativos, sumulares ou mesmo de por exigências administrativas antecipadas como condição para o exercício de uma atividade econômica. A norma do inciso II do art. 4º então torna ilícito que o poder público estabeleça empecilhos em razão do seu domicílio fiscal para que empresas se instalem no município. Impedem também, por exemplo, o estabelecimento de exigências de que veículos emplacados fora do território do Município ou do Estado explorem o serviço de transporte de passageiros por aplicativos de atuar no respectivo território.

O inciso III de certa forma amplia para todos os setores econômicos sujeitos à regulação estatal a regra, vigente já há muito no campo das compras governamentais, no sentido de limitar as exigências técnicas habilitantes ao exercício de uma atividade econômica apenas àquilo que seja imprescindível ao bem jurídico relevante ué se quer proteger com a exigência. É clara regra de interdição da exorbitância ou desproporção de exigências técnicas. Segundo ele, constitui abuso regulatório, a exigência técnica que não reste demonstrado ser imprescindível à proteção do fim almejado. Essa regra tem aplicações bastante relevantes no campo das posturas municipais sobre o direito de construir. Não é incomum que autoridades de normatização ou de fiscalização façam exigências técnicas de qualificação profissional (por exemplo, exigir engenheiro agrônomo para um serviço de limpeza e roçagem de gramado) ou de especificações de materiais (é comum se fazer menção a normas da ABNT para emprego de materiais que se revelam absolutamente exageradas para o empreendimento específico). Outras exigências que restará vedada pelo dispositivo dizerem com determinações da fiscalização do trabalho que contemplam exageros ou irrazoabilidades técnicas operadoras do empreendedor sem demonstração cabal da necessidade para o fim protetivo almejado. Este dispositivo, de outro lado, a nosso ver desafia frontalmente a aplicação do princípio da precaução/prevenção, ao menos na sua vertente de presunção de licitude de exigências baseados na simples alegação de que haja dúvida quanto à segurança de uma atividade. É dizer: embora o princípio possa ainda encontrar emprego, face ao dispositivo da LLE em



comento não se pode, por exemplo, respaldar-se nele para proibir a instalação de uma Estação Radio-Base (ERB) numa localidade exigindo-se padrões mínimos de emissão de frequência sem demonstração técnico-científica cabal da imprescindibilidade desta exigência.

O inciso IV repisa a vedação de formulação de enunciados, comentada acima, só que agora para tornar ilícitas estas prescrições que inibam inovações tecnológicas pressupondo que elas devam ser proibidas ou restritas só por não terem precedentes. Tornou-se um verdadeiro mantra na regulação pública dizer que o novo é antes de tudo suspeito. Em tempos de inovações tecnológicas avulta o raciocínio de que as novidades devem ser antes proibidas para só depois de analisadas serem total ou parcialmente liberadas. A LLE procura inverter este raciocínio, reforçando que a inovação é bem vinda e não deverá ficar condicionada ao padrão tecnológico anterior até demonstrar sua viabilidade e segurança. A exceção na Lei diria com as atividades de alto risco (não necessariamente todas as que não forem classificadas como de baixo risco), quando então a inovação tecnológica poderá ocorrer desde que justificadamente. Mais uma vez trata-se de dispositivo de larga aplicação no âmbito ambiental, no campo da vigilância sanitária (medicamentos, processos, insumos médicos, alimentos), no qual muita vez a inovação é impedida ou retardada por excesso em virtude da presunção de que todas as atividades reguladas neste campo trazem risco elevado.

O inciso traz para a LLE um vetor bastante forte seja na LINDB, seja na nova lei de agências regulatórias: a necessidade de trabalhar com análises de custo-benefício e de consequências alvitadas antes da tomada de medidas que imponham ônus aos agentes econômicos. Diz o texto que constitui abuso da regulação aumentar os custos de transação de forma proporcional aos benefícios pretendidos (e alcançados) pela construção regulatória. O que obriga ao regulador duas coisas: i) previamente à edição de medida regulatória demonstrar que os ônus, mensuráveis em custos, da medida são compensados com os benefícios alcançados; ii) permanentemente, verificar se os resultados (benefícios) que vêm sendo alcançados justificam os custos a ela associados. Assim, será abuso regulatório por exemplo se passar a exigir que os condutores de veículos tenham que revalidar seu exame médico semestralmente. Ou mesmo, se não instituída por lei, seria ilícita a exigência, vigente em alguns estados, de disponibilização do Código de Defesa do Consumidor nos estabelecimentos comerciais quando, após um período de observação, restar demonstrado que a consulta do CDC pelos usuários é marginal.

A hipótese seguinte (inciso VI) alude à vedação de criação de demanda artificial por produtos ou serviços. Caso exemplar seria a já revogada exigência pelo Denatran de aquisição do kit de primeiros socorros pelos proprietários de veículos automotores se justificava face aos custos econômicos e não econômicos associados à exigência. Igualmente pode caracterizar abuso regulatório a introdução desenfreada da contratação de certificações de qualidade pelas empresas que atuam em segmentos específicos da economia.

O inciso VII diz ser abusivo “introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas”, o que engloba desde exigências de localização de atividades dentro do tecido urbano, até exigências registrais ou cartorárias. Por exemplo, seria abuso regulatório, ilícito portanto, proibições, que foram comuns no passado em alguns municípios, de instalação de mais de duas farmácias ou postos de gasolina em

uma mesma rua ou quarteirão. Igualmente ilícito se tentar limitar, artificialmente, o número de sociedades atuantes num mesmo ramo e numa mesma localidade, típica reserva de mercado. Ou ainda se exigir para inscrição de uma sociedade no cadastro municipal que ela possua sócios domiciliados no Município.

O inciso VIII, de sua vez, trata como abuso do poder regulatório “restringir o uso e o exercício de publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal”. Tem sido bastante polêmica a iniciativa de órgãos reguladores no sentido de restringir ou vedar a publicidade de produtos de serviços lícitos mas que potencialmente possam causar danos aos consumidores ou a grupos de consumidores. Vedação de publicidade de bebidas alcólicas ou açucaradas, com conservantes, doces e guloseimas para crianças, filmes ou obras de arte para o público adulto, brinquedos em publicidade voltada ao público em idade escolar. A norma contida no inciso VIII altera substancialmente a competência regulatória dos entes públicos sobre o tema. Embora se possa sustentar que a regulação de publicidade envolva competências afetas à proteção do consumidor ou da saúde (competência concorrente para Estados e Municípios), manejando competência legislativa da União o legislador federal criou uma reserva de regulação de modo que estas restrições totais ou parciais à publicidade passam a ser reservadas i) à lei e ii) de competência do Congresso Nacional. Segue daí que será ilegal tanto a norma da ANVISA que proibir publicidade em produtos farmacêuticos, agrícolas ou alimentícios como também será reflexamente inconstitucional e norma legal ou infralegal estadual ou municipal que vise ao mesmo objetivo. O inciso VIII então caracteriza-se como especialíssima hipótese de reserva legal instituída por lei, o que obviamente dará azo a questionamentos quanto à sua constitucionalidade pelos entes federativos inferiores.

Por fim, o inciso IX mira a uma situação bastante específica. Explícita que também constitui abuso do poder regulatório o estabelecimento de exigências de ordem tributária que se revelem prescrições de natureza regulatória que mitigue o direito de desenvolvimento de atividade de baixo risco sem necessidade de atos de liberação (isto é, sem autorização ou licenças prévias). Diz o inciso ser abusiva a exigência que a pretexto de inscrição tributária envolva “requerimentos de outra natureza de maneira a mitigar os efeitos do inciso I do art. 3º desta lei.”. Portanto, pelo disposto no inciso IX do art. 4º, a autoridade tributária terá que proceder de forma automática e sem exigências ancilares a inscrição tributária do agente interessado em desenvolver atividades de baixo risco, tal como definidas no art. 3º da LLE e em regulamento.

Enfim, podemos dizer que o instituto do abuso de poder regulatório previsto na Lei n. 13.874/19 constitui um importante instrumento para contenção do poder regulatório abusivo ou irrazoável, reforçando o caráter subsidiário da regulação estatal e aumentando o controle judicial sobre as atividades de regulação.



Floriano de Azevedo Marques Neto é Advogado. Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP.

Advocacia e Direito do Trabalho no Brasil diante da encruzilhada ultraliberal

Mauro Menezes

“Ruptura não é demolição pura e simples. Se assim o fosse, jamais seria possível estender a ponte entre o antigo e o novo, e o papel da ruptura é exatamente o de lançar essa ponte, que se resume naquele momento em que se harmoniza e articula todo um processo de transição de valores.”

Ivan Junqueira

A análise a ser empreendida no presente texto pondera aspectos da evolução do Direito do Trabalho no Brasil, com foco nas iniciativas reformistas propostas ou concretizadas a partir de 2017 até março de 2020. O objetivo consiste em oferecer elementos para uma avaliação das implicações e impactos de natureza jurídica, econômica e social decorrentes desse novo enfoque da regulação estatal das relações trabalhistas em nosso país. Como resultado, pretendemos contribuir para que a advocacia possa dimensionar melhor as consequências institucionais da marcha ultraliberal sobre o contexto social e o ambiente profissional, notadamente no que se refere ao esvaziamento do modelo de proteção social ancorado no texto constitucional de 1988.

O principal marco da traumática crise do Direito do Trabalho brasileiro nesse período emergiu da edição da Lei nº 13.467/2017, que consubstanciou a maior parte da chamada reforma trabalhista aprovada com base em um projeto de lei apresentado pelo governo chefiado por Michel Temer, cuja base parlamentar, empoderada ao ter implementado um controvertido processo de impeachment contra a presidenta Dilma

Rousseff, produziu mais de uma centena de emendas à proposição original, de modo a aprofundar alterações legais voltadas a desfigurar inúmeros preceitos trabalhistas até então em pleno vigor. A esse vetor legal referencial agregaram-se diversas outras inovações normativas, sucessivamente editadas não apenas pelo governo Temer, mas também em sequência pelo governo Bolsonaro, empossado em janeiro de 2019.

A reforma trabalhista levada a efeito pelas Lei nº 13.467/2017, Lei nº 13.429/2017 Lei nº 13.874/2019 e pela MP nº 905/2019 promove abalos em diversos âmbitos do modelo constitucional de tutela das relações de trabalho.

Com a edição da Lei nº 13.467/2017 e da Lei nº 13.429/2017, no campo das relações individuais, foram suprimidos direitos, multiplicadas formas alternativas ao contrato de emprego e operada uma subversão principiológica, voltada a privilegiar a atividade econômica em detrimento da efetividade da proteção trabalhista. No campo do direito processual, foi drasticamente afetado o acesso à Justiça, com a imposição de dificuldades aos ajuizamentos e à efetividade das execuções trabalhistas. Na órbita do direito coletivo, foi dificultada a negociação das dispensas coletivas e eliminada a contribuição compulsória sem que houvesse a fixação de alguma alternativa de arrecadação. Firmou-se uma tendência à autonomia privada, não necessariamente coletiva, pondo em xeque um dos princípios basilares do Direito do Trabalho, qual seja, o da irrenunciabilidade das garantias legais protetivas de ordem pública. A restrição das demandas judiciais trabalhistas passou a constituir uma verdadeira obsessão, como forma de aliviar os setores econômicos. Foram criados obstáculos severos de acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho, sem que as ilegalidades praticadas por maus empregadores hajam diminuído.

Já a partir do advento da MP da Liberdade Econômica, convertida na Lei nº 13.874/2019, a pretexto de estabelecer garantias de livre mercado, as relações jurídicas trabalhistas passaram legalmente a estar subordinadas à presunção de uma exacerbada liberdade no exercício de atividades econômicas, com intervenção subsidiária, mínima e excepcional do Estado. Até mesmo a função social do contrato veio a ser mitigada, numa órbita em que a responsabilidade social é imperativa para a contratação de mão-de-obra em condições minimamente dignas.

Por seu turno, a MP nº 905, criou a modalidade atípica de “Contrato Verde e Amarelo”, com menor estoque de direitos trabalhistas em comparação com o contrato de emprego convencional, que apesar do proclamado intento de estimular a empregabilidade, exorbitou ao privar os contratados de direitos oriundos de convenções e acordos coletivos de trabalho. Nestes contratos atípicos, a prestação de horas extras tornou-se dependente de autorização individual, sem tutela sindical. Além disso, uma nova disciplina geral sobre trabalho aos domingos e feriados estabeleceu um regime de completa submissão dos trabalhadores em geral à virtual eliminação do direito constitucional de gozo de folgas preferenciais aos domingos.

A filosofia predominante pode ser traduzida na declaração do ministro da Economia, Paulo Guedes, segundo a qual “zerando os encargos trabalhistas, você cria milhões de

empregos” (O Globo, 22/11/2019). Mas a realidade desmente a suposição otimista do ministro. Segundo matéria do portal Uol, após dois anos de vigência, em novembro de 2019, a reforma trabalhista não cumprira a sua entusiasmada promessa de geração de empregos, referendando constatação feita um ano antes pela Revista Veja de 10/11/2018. Na verdade, a criação de novos postos de trabalho resultou em empregos de caráter intermitente, que sequer asseguram o pagamento de salário mínimo ao trabalhador, como reportado pelo jornal O Globo, que também identificou 15% das contratações sob essa prejudicial modalidade (edições de 25/9/2019 e 21/1/2020).

O elemento definidor da índole dessas medidas, que vêm afetando a integridade e a funcionalidade da legislação trabalhista, em suas vertentes de direitos individuais, coletivos e processuais, deriva de uma agenda vigorosa de inspiração ultraliberal, que ganhou progressivos impulsos e hegemonia indiscutíveis nas searas dos poderes executivo e legislativo federais desde 2016, sem que até agora encontrasse significativa contenção pelas jurisdições trabalhista e constitucional. Tudo parece valer em favor da ânsia de blindar empresas de dívidas trabalhistas decorrentes de direitos sonegados aos trabalhadores, como aponta Homero Batista Mateus da Silva (Comentários à Reforma Trabalhista. Análise da Lei 13.467 – Artigo por Artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 23, 2017).

Em paralelo a tal onda reformista das relações trabalhistas em nosso país, os últimos anos vêm registrando o aparecimento e a larga disseminação de novas formas de trabalho, medidas por plataformas tecnológicas digitais, simbolizadas pelo modelo consagrado da uberização, mediante o qual a contratação de serviços obedece a uma cadeia de intermediação que resulta na pulverização e obscurecimento das responsabilidades econômicas e sociais, em prejuízo da proteção social básica dos trabalhadores. Esse fenômeno galopante tem conduzido trabalhadores a um estado de absoluta vulnerabilidade e exposição a riscos, que vieram a motivar a Corte de Cassação da França a proclamar o vínculo empregatício de motoristas de Uber com a gigantesca empresa transnacional que gere a plataforma, de acordo com notícia do jornal Le Monde de 4/3/2020. Semelhante circunstância motivou a ministra Yolanda Díaz, do recém-empossado governo espanhol, a anunciar uma mudança legal para acabar com os chamados “falsos autônomos” (El País, 22/2/2020).

Já o cenário brasileiro expressa uma forte tendência à atuação governamental e legislativa fragmentadora do estoque constitucional de direitos e garantias trabalhistas, em afronta às matrizes doutrinárias indispensáveis à estruturação autônoma do Direito do Trabalho, o que deve mobilizar o necessário resgate dos fundamentos e cânones cristalizados no texto da Constituição brasileira, sob inspiração da autêntica configuração científica desse ramo do Direito, sob a forma de normas e princípios articulados com traço de rigidez e inalterabilidade. Como assinala o ministro Augusto César Leite de Carvalho, do TST, “a inversão do polo protegido pela lei, para então cogitar-se de proteger doravante o tomador de serviços, (...) importaria a vulneração do compromisso de promover a

progressiva tutela dos direitos sociais, compromisso que se revela claro na letra do art. 7º da Constituição” (O Princípio da Igualdade na |Reforma Trabalhista: Tema Tormentoso e Atormentador. In: A Centralidade do Trabalho e os Rumos da Legislação Trabalhista. São Paulo: LTr, p. 51, 2018).

Com efeito, a Constituição de 1988 resultou de ampla mobilização social e adotou um projeto de inclusão social e eliminação das discriminações. Estruturou e fortaleceu instituições do Estado e mecanismos de participação da sociedade, oferecendo novas ferramentas para a efetivação de direitos, especialmente para a defesa dos direitos sociais e coletivos. O Poder Judiciário emerge da Constituição como instância de concretização de direitos sociais, apesar de suas contradições intrínsecas, decorrentes da essência histórica do exercício do poder numa sociedade profundamente marcada pela desigualdade.

Na Justiça do Trabalho, as demandas quase sempre se revestem de caráter eminentemente alimentar. Dela depende o atendimento de necessidades prementes, ligadas à subsistência dos trabalhadores. A integridade de tais direitos emana não apenas da ordem pública social consagrada legislativamente, mas do próprio texto constitucional, que privilegia os direitos dos trabalhadores, posicionando-os no rol dos direitos fundamentais.

Como já tive oportunidade de sublinhar em trabalho publicado anteriormente, “justamente em decorrência dessa articulação sistêmica da matéria trabalhista no texto constitucional, não há como supor, de um lado, que a enumeração de direitos dos trabalhadores tenha na Constituição uma função estanque, voltada tão somente declará-los formalmente e a preservá-los isoladamente de derrogações legais ou negociadas.” (Menezes, Mauro de Azevedo. Justiça do Trabalho sob Ameaça de Morte. Roteiro para uma Reação Socialmente Afirmativa. In: Resistência II. Defesa e crítica da Justiça do Trabalho. São Paulo: Expressão Popular, p. 118, 2018).

Inserida no texto constitucional como mecanismo de garantia de direitos sociais, a Justiça do Trabalho deve observar os vetores hermenêuticos construtores do Estado democrático e social brasileiro, tais como o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna (preâmbulo constitucional); a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho como fundamentos do Estado (art. 1º, incisos II e IV); a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais como objetivos fundamentais da República (art. 3º, incisos I e III); a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano que tenha por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, caput); a ordem social que tenha como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193); a rejeição da propriedade como direito absoluto, uma vez atrelada à sua imprescindível função social (art. 5º, inciso XXII e art. 170, III); a incidência principiológica da norma mais favorável ao trabalhador (art. 7º, caput); e a perspectiva contratual coletiva como direito dos trabalhadores, não dos empregadores (art. 7º, inciso XXVI).

Sucedem que a onda avassaladora do ultraliberalismo mais radical e irresponsável, movida por um realismo jurídico brutal e aniquilador, tem logrado bloquear reações eficazes em defesa da integridade desses ditames e comandos constitucionais. O Poder Judiciário ainda não fez impor a sua intervenção mediadora, ao passo que os movimentos sociais, que materializaram a locomotiva das conquistas sociais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, permanecem tímidos ante o avanço intimidatório dos meios autoritários de repressão às greves, por força da eliminação sub-reptícia de boa parte de seus recursos materiais e da dificuldade de obter mobilizações coletivas numa era de transformação profunda da sociabilidade, da identidade e dos vínculos entre as pessoas, mercê da proliferação incontestável das mídias sociais eletrônicas.

De acordo com a lúcida terminologia do catedrático de Direito do Trabalho da Universidad Castilla La Mancha (UCLM), professor Antonio Baylos Grau, esse fenômeno pode ser descrito como a eclosão de um “quadro de liberalismo autoritário”, que decorre de uma suposta “excepcional conjuntura de emergência econômica”, a justificar a “redefinição de conteúdo dos direitos laborais em um sentido extensamente limitativo” (GRAU, Antonio Baylos. *Sindicalismo y Derecho Sindical*. 7.ed. Bomarzo, p. 14, 2019). Nas circunstâncias ora presentes no Brasil, esse conceito se concretiza na medida em que a força desmesurada do poder privado passa a organizar a prestação do trabalho com o reforço paradoxal do caráter coativo do poder público, debilitando a capacidade de reação sindical ou resposta institucional aos abusos na exploração dos trabalhadores.

Eis assim o panorama sombrio que desafia a advocacia brasileira a preservar na maior medida possível o patrimônio social relevante traduzido no Direito do Trabalho incorporado ao Ordenamento Jurídico nacional e suas respectivas instituições, ora sob grave e constante ameaça causada pelo propósito governamental de implementação de um liberalismo econômico extremado e desprovido de qualquer espécie de compaixão humana ou social.



Mauro Menezes é Advogado nos Tribunais Superiores em Brasília. Graduado em Direito pela UFBA, mestre em Direito Público pela UFPE e professor de pós-graduação em Direito do Trabalho (IESB e CESUSC). É membro da Comissão Nacional de Direitos Sociais do Conselho Federal da OAB (CNDS/OAB).

As duas modalidades de desconsideração da personalidade jurídica: desconsideração patrimonial e desconsideração regulatória

Mariana Pargendler

O novo Art. 49-A do Código Civil, introduzido pela recente Lei 13.874 de 2019 (“Lei da Liberdade Econômica”), traz com todas as letras a conhecida ideia de que a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores e administradores. Longe de introduzir qualquer novidade, a norma apenas explicita uma das principais consequências da personalidade jurídica: a separação entre a esfera jurídica da pessoa jurídica e a das pessoas naturais a ela ligadas. Um aspecto pouco reconhecido, porém, é que essa separação tem duas dimensões relevantes: a separação patrimonial e a separação regulatória. Conforme se verá adiante, a desconsideração de cada uma das diferentes dimensões dessa separação – que aqui chamaremos de desconsideração patrimonial e desconsideração regulatória – se sujeita a regime jurídico também distinto.

Como o próprio nome diz, a separação patrimonial reflete o fato de que a pessoa jurídica tem patrimônio formalmente distinto daquele de seus sócios e administradores. Do ponto de vista técnico, separação patrimonial não é sinônimo de responsabilidade limitada, embora muitas das pessoas jurídicas mais frequentes e importantes na prática empresarial – como a sociedade limitada, a sociedade anônima e as empresas individuais de responsabilidade limitada (EIRELI) – apresentem também o atributo da responsabilidade limitada. Além disso, a separação patrimonial tem outra dimensão igualmente relevante do ponto de vista econômico: não podem os credores pessoais dos sócios, sem mais, recorrer ao patrimônio da pessoa jurídica para a satisfação de suas dívidas. Segundo ensina a melhor doutrina de direito e economia, as principais funções da separação patrimonial são encorajar a delegação da administração, permitir a precificação das participações societárias independentemente da identidade dos sócios, encorajar o empreendedorismo de risco e reduzir o custo de crédito nos grupos societários em razão de um menor custo de monitoramento por parte dos credores.

Para além da separação patrimonial, a personificação confere também outro tipo de separação, a qual podemos chamar de separação regulatória (ou de separação para fins de imputação). A título ilustrativo, vejamos o que acontece quando Alice adquire ações de uma dada Companhia Y, uma companhia aberta com ações listadas na bolsa de valores. Já referimos que, em virtude da separação patrimonial, os bens de Alice não se confundem com os bens de propriedade da Companhia Y. O tipo de sociedade anônima também apresenta o atributo da responsabilidade limitada, de modo que, como regra geral, Alice não responde pelas dívidas da Companhia Y.

Ocorre que a separação entre as esferas jurídicas de Alice e Companhia Y em muito transcendem a questão patrimonial. Por exemplo, embora Alice seja francesa, a Companhia Y é sociedade brasileira sob controle nacional. Ou seja, a nacionalidade de Alice não é imputada à Companhia Y. Quando Alice pactua determinada cláusula de não concorrência relativa ao setor de tecnologia, a restrição contratual daí resultante evidentemente não afeta a Companhia Y. Da mesma forma, se Alice comete ato ilícito e fica impedida de contratar com a Administração Pública, a sanção igualmente não alcança a Companhia Y.

É também sabido que a separação entre a esfera da pessoa jurídica e a de seus sócios e administradores admite exceções. A mais proeminente exceção decorre justamente do instituto da desconsideração da personalidade jurídica como forma de mitigar a separação patrimonial. Em sua acepção mais corriqueira, os credores da sociedade buscam recorrer ao patrimônio dos sócios para a satisfação de seu crédito perante a sociedade. Na chamada “desconsideração inversa”, ao contrário, são os credores pessoais do sócio que pretendem se valer do patrimônio da sociedade.

A doutrina da desconsideração da pessoa jurídica – conhecida no mundo anglo-saxônico como *veil piercing* (literalmente, “perfuração do véu”) – surgiu na *common law* e de lá se expandiu para diversos países. Até há pouco a doutrina internacional especializada considerava os Estados Unidos como o país no qual a desconsideração da personalidade jurídica seria mais recorrente. Já na década de 2000, demonstrou-se que a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica para fins de responsabilização dos sócios seria ainda mais comum na China.

No Brasil, porém, a utilização da desconsideração da personalidade jurídica como forma de mitigar a separação patrimonial é ainda mais difundida, a tal ponto que o professor Bruno Meyerhof Salama cogitou até mesmo do possível “fim da responsabilidade limitada no Brasil”. Diferentemente de outros países, o direito brasileiro acolhe, em determinadas searas, o que se convencionou chamar de “teoria menor” da desconsideração, por contar com menos requisitos. Por exemplo, a legislação consumerista e ambiental brasileira expressamente permite a responsabilização de sócios e administradores sempre que a personalidade jurídica constituir óbice ao ressarcimento de danos ao consumidor e à qualidade do meio-ambiente (vide Art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor, e Art. 4º da Lei 9.605 de 1998). A teoria menor também encontra ampla aceitação na jurisprudência trabalhista.

A recente Lei da Liberdade Econômica de 2019 alterou o Art. 50 do Código Civil para explicitar o significado dos elementos do abuso da personalidade jurídica exigidos pela chamada “teoria maior” para a mitigação da separação patrimonial, quais sejam, o “desvio de finalidade” e a “confusão patrimonial”. Ao assim proceder, a lei consolidou o entendimento jurisprudencial restritivo em matéria civil e empresarial, o qual já aplicava a mais exigente teoria maior. Não alterou, porém, a legislação especial que consagra a teoria menor para a responsabilização de sócios e administradores em outros campos.

Pela dicção do Art. 50, bem como dos dispositivos mencionados na legislação consumerista e ambiental, entre outras, percebe-se que tratam de exceções à separação patrimonial. Contudo, como já referido, a separação patrimonial é apenas uma das espécies de separação das esferas jurídicas consagradas pela técnica da personificação.

A separação regulatória entre o regime jurídico aplicado aos sócios ou administradores, de um lado, e à pessoa jurídica, de outro, é também fundamental do ponto de vista teórico e prático.

A bem da verdade, expressiva parcela das pessoas jurídicas que observamos na realidade (incluindo as centenas de sociedades subsidiárias de empresas multinacionais) são criadas por razões de separação regulatória, e não de separação patrimonial. É bastante comum, também na realidade brasileira, a utilização da técnica da personificação com o intuito de obter vantagens regulatórias ou tributárias, conduzindo ao fenômeno conhecido como “pejotização”. Assim como a separação patrimonial, a separação regulatória também cumpre função econômica relevante. A existência de empresas de grande porte e numerosos sócios ficaria evidentemente inviabilizada caso se pudesse imputar à sociedade, sem mais, os atributos ou deveres jurídicos aplicáveis a cada um de seus membros.

Todavia, tal como a separação patrimonial, a separação regulatória também admite exceções, via de regra aplicáveis exclusivamente aos sócios controladores. Se Alice fosse controladora da Companhia Y, e não acionista minoritária, sua nacionalidade, suas obrigações de não concorrência e sua sanção impeditiva de participar de licitações poderiam, em determinados casos, ser imputadas à Companhia Y.

O ponto central é que as modalidades de desconconsideração da personalidade jurídica para fins patrimoniais, de um lado, e para fins regulatórios ou de imputação, de outro, apresentam estruturas e funções diferenciadas, devendo ser submetidas a critérios jurídicos também distintos. Ao passo que a desconconsideração patrimonial *perfura* o véu para mitigar a separação patrimonial e atingir o patrimônio dos sócios, a desconconsideração regulatória consiste em *espiada* por detrás do véu (*veil peeking*) para fins de imputação de direitos, deveres ou qualidades do sócio à pessoa jurídica, evitando-se resultados contrários à vontade do legislador ou das partes de relação contratual. É também referida pela doutrina em língua portuguesa, seguindo tradução da expressão alemã *Zurechnungsdurchgriff*, como desconconsideração para fins de imputação ou “desconconsideração atributiva”, sendo esta última terminologia difundida entre nós pela obra de Calixto Salomão Filho. Enquanto a desconconsideração patrimonial ocorre sempre em detrimento do sócio, pois atinge o seu patrimônio contra a sua vontade, a desconconsideração regulatória ou atributiva pode se dar em benefício ou prejuízo do sócio, conforme o regime jurídico a ser imputado à pessoa jurídica lhe seja favorável ou desvantajoso.

São muitas as hipóteses de desconconsideração regulatória no direito brasileiro. Como exemplo tradicionalíssimo, a Súmula 486 do Supremo Tribunal Federal permitia, segundo a lei de locações, a retomada de imóvel para uso de sociedade da qual o locador, ou seu cônjuge, fosse sócio. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em matéria de bem de família oferece outro exemplo relevante de desconconsideração regulatória em benefício de sócio. Segundo o Tribunal, a impenhorabilidade garantida pela Lei 8.009 de 1990 deve abranger o bem imóvel que serve como moradia à família conquanto seja titularizado por sociedade controlada pelos moradores. Por certo, a desconconsideração regulatória também pode se dar em prejuízo dos sócios. São assim as hipóteses da legislação tributária que explicitamente consideram a identidade dos

sócios e as suas demais participações societárias para permitir ou vedar a inclusão de determinada pessoa jurídica no regime do SIMPLES Nacional. De forma semelhante, os precedentes da Comissão de Valores Mobiliários têm reconhecido que o impedimento de voto aplicável a acionista em situação de conflito de interesse também se estende à sociedade por ele controlada.

Controvérsias atinentes à desconsideração regulatória são também bastante comuns na seara contratual. Exemplo clássico há muito reconhecido pela doutrina e jurisprudência nacional e internacional é o que estende a proibição de concorrência a uma sociedade constituída pelo contratante original a fim de elidir a vedação contratual. A desconsideração regulatória nesse caso serve para, mais uma vez, imputar-se o dever contratual previsto literalmente para o sócio também à pessoa jurídica sob seu controle, tendo em vista o fim econômico do contrato. Disputas mais complexas, mas também recorrentes, concernem à extensão dos deveres contratuais a outras sociedades controladas integrantes do mesmo grupo econômico ou à extensão da mesma interpretação contratual a sociedades do mesmo grupo que pactuam contrato coligado utilizando cláusula idêntica.

De todo o exposto, podem-se extrair as seguintes conclusões. Os dispositivos sobre desconsideração da personalidade jurídica previstos no Art. 50 do Código Civil e na legislação especial cuidam exclusivamente da desconsideração patrimonial, para a qual os abusos consubstanciados no desvio de finalidade ou na confusão patrimonial, exigidos pela teoria maior, são essenciais e funcionais. Tal como ocorre em outros países, a legislação brasileira não contém regra específica sobre a desconsideração regulatória. Temos notícia de que apenas a legislação israelense apresenta regra própria sobre a desconsideração regulatória, distinguindo-a da desconsideração patrimonial, embora sem lhe nomear.

Não obstante, no Brasil como alhures, os potenciais casos de desconsideração regulatória são frequentemente resolvidos – corretamente, a nosso ver – por critério próprio, prescindindo dos requisitos do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial exigidos como regra geral para a desconsideração patrimonial. Parcela expressiva dos casos de desconsideração regulatória decorre da ausência de regramento legal específico sobre o tratamento de pessoas jurídicas, sobre as partes integrantes de um mesmo grupo econômico ou sobre os efeitos do fenômeno do controle societário. Para resolvê-los, deve-se recorrer às técnicas tradicionais de colmatação de lacunas legais e contratuais, com especial atenção ao fim econômico e social da lei e do contrato em questão.



Mariana Pargendler é advogada, Professora Associada da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP) e Pesquisadora Membro do European Corporate Governance Institute (ECGI).

Um pacote para nos embrulhar

Antonio Claudio Mariz de Oliveira

Ao aceitar o convite do querido amigo José Roberto de Castro Neves, para transmitir alguma mensagem no campo do direito penal, imaginei ser oportuno discorrer sobre o clima punitivo hoje imperante, que atinge o direito de defesa e, por consequência, a advocacia.

Poder-se-ia imaginar que o novo diploma penal, recém sancionado, pudesse cumprir o duplo papel reservado ao direito penal: prever sanções para condutas nocivas a relevantes valores sociais e, também, editar normas de proteção aos direitos individuais dos acusados e condenados, contra os excessos do Estado. No entanto, a lei, enganosamente denominada “pacote anticrime”, apenas reflete uma cultura punitiva em vigor, que contraria e se opõe a todo um arcabouço jurídico que foi editado para resguardar a dignidade humana e garantir a aplicação da pena justa, nas hipóteses de condenação.

Pois bem, o projeto original – modificado em parte pelo Congresso – dedicava-se, exclusivamente, a imprimir maior rigor ao sistema penal brasileiro. Assim, havia a adoção da prisão em segunda instância; a substancial redução do efeito suspensivo dos recursos; o aumento das causas impeditivas e interruptivas da prescrição; prisão após o julgamento pelo Tribunal do Júri; redução da incidência dos embargos infringentes; impossibilidade da progressão do regime de cumprimento de penas em várias hipóteses; redução da possibilidade de saídas temporárias e inúmeras outras restrições de direitos dos acusados, incluindo o de defesa. Algumas dessas erronias foram abolidas, mas muitas permaneceram.

Os adeptos da punição como única resposta ao crime se esquecem que ele deve ser combatido por meio de ações dirigidas às suas causas. A essência desse combate reside exatamente na remoção dos fatores desencadeadores do fenômeno criminal. A punição é posterior à consumação do delito, portanto não impede o seu cometimento. Os prosélitos do punitivismo puro e simples não compreenderam que o essencial é evitar o crime e não punir o criminoso. Digo, com as devidas licenças, evitar é preciso, punir não é preciso.

Aliás, dois aspectos precisam ser lembrados à sociedade. O delito é um fenômeno social, humano, razão pela qual qualquer um de nós poderá vir a cometê-lo. Ademais, não se pode descartar a hipótese de sermos acusados mesmo sendo inocentes. Por vezes,

também, a acusação é exagerada e não corresponde à real responsabilidade pessoal. Por tais razões, o direito de defesa e as garantias a ele inerentes não podem ser desprezados.

Outra relevante questão diz respeito aos efeitos da punição sobre a criminalidade. A punição é necessária, obviamente desde que obedecido o devido processo legal e após apurada a responsabilidade do agente. Mas não se pense que ela tem o condão de inibir a prática de outros crimes. A prisão não inibe o conjunto da sociedade e não impede aquele que já delinuiu que o faça novamente. Da totalidade da população carcerária do Brasil, quase oitocentos mil presos, setenta por cento já estiveram em nosso caótico e deletério sistema penitenciário. A prisão não serviu de barreira contra o crime.

A atual sanha acusatória tem provocado uma verdadeira demonização do direito de defesa e, por consequência, da advocacia. Já foi dito que o advogado atrapalha.

Digo, com as devidas licenças, evitar é preciso, punir não é preciso.

Essa assertiva é verdadeira. O advogado cria sim embaraços para aqueles que desprezam o ordenamento jurídico voltado para a proteção da dignidade do acusado e se utilizam dos direitos penal e processual penal, sem aplica-los com fidelidade, como instrumentos exclusivos de punição, na verdade como instrumentos de castigo e de vingança.

Os seguidores do punitivismo obsessivo não levam em consideração a possibilidade do erro judiciário, esquecendo-se da falibilidade humana; bem como do nosso caótico sistema prisional; das delações falsas, fruto do desejo de livrar-se de punições, sem nenhum compromisso do delator para com a verdade; da influência deletéria de uma mídia nem sempre isenta.

O alerta para essas e outras mazelas correntes nos dias de hoje vem sendo dado pelos advogados, que em alto e bom som, mais uma vez, assumem o papel de vanguardeiros da resistência contra os atentados à liberdade, à democracia e ao Estado de Direito.

É verdade, pois, que a advocacia atrapalha e essa é a sua missão, elevada e indispensável missão. Cumpre a ela no processo apresentar o contraponto à acusação, levar a verdade do acusado, para que o juiz confronte as versões e realize a Justiça.

Os advogados, agora, estão se colocando na trincheira de luta, dessa feita contra a ilusória ideia de se combater o crime com medidas meramente punitivas em flagrante afronta ao Estado Democrático de Direito.



Antonio Claudio Mariz de Oliveira é Advogado.

“Iura Novit Curia” e o moderno Direito Processual Civil

Humberto Theodoro Jr.

SUMÁRIO: **1** Normas fundamentais do processo civil. **2** O princípio iura novit curia limitado pelo princípio dispositivo. **3** Decisão de mérito e coisa julgada. **4** Princípio da cooperação e o papel do juiz na condução do processo justo. **5** Estabilização do processo. **6** Conclusões.

1 Normas fundamentais do processo civil

Em sua Parte Geral, o atual Código de Processo Civil, com o inegável propósito de implantar, entre nós, a moderna garantia do processo justo, enuncia as normas fundamentais que o caracterizam, dentro de uma ordem jurídica presidida pela mais ampla e efetiva prevalência da Constituição, seja qual for o ramo do direito de que se trate.

Na verdade, a constitucionalização do processo, e do direito como um todo, é fenômeno atual e universal e do qual não se pode afastar, em razão da irreversível evolução a que se sujeita o Estado Democrático de Direito. A Constituição – para LUIS ROBERTO BARROSO – é, nessa ordem de ideias, a lei superior do Estado que, a par de fundamentar todo o ordenamento jurídico, se impõe às três esferas de Poder e, naturalmente, aos particulares, direcionando e limitando sua atuação. Explica o acatado constitucionalista que, no tocante ao Poder Judiciário, a Constituição “(i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental ou por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema”¹ (g.n.).

Não se pode, por isso mesmo, limitar a fonte do direito processual ao Código. Da constitucionalização do direito processual de nosso tempo surgiu a necessidade de releitura de toda a sistemática de acesso à justiça à luz dos princípios, garantias e valores consagrados pela Constituição. A fonte do processo civil não é mais e apenas o Código, é, antes de tudo, a própria Constituição, como proclama a primeira Norma Fundamental insculpida no art. 1º do CPC, in verbis: “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”²(g.n) .

A inserção das Normas Fundamentais no texto dos primeiros artigos do CPC, portanto, cumpre o duplo escopo de (i) fazer a amarração pedagógica entre a lei processual e sua matriz constitucional, levando o intérprete e aplicador a se afeiçoar a uma leitura das

¹ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 353.

² Não basta que o processo seja legalmente estruturado com base em procedimento justo. “O processo do Estado Constitucional vai muito além disso. Por quê? Ao exigir o Estado Constitucional o respeito à dignidade e a promoção da liberdade e igualdade (tudo o que pode ser reconduzido à justiça), para consecução de resultados qualitativos no plano do direito material não é suficiente só um procedimento justo, mas também que o próprio resultado ofereça a tutela do direito. Fica fora de dúvida que esses resultados não se poderiam conseguir se a decisão, além de ser proferida em respeito aos direitos fundamentais processuais, não possuísse uma correta interpretação do direito pelo juiz, nem uma adequada apuração dos fatos da causa, ou seja, sem a busca da verdade” (g.n.) (CAVANI, Renzo. “Decisão justa”: mero slogan? Por uma teorização da decisão judicial para o processo civil contemporâneo. Revista de Processo, São Paulo, v. 236, p. 122, out./2014).

normas procedimentais segundo os princípios maiores que a dominam e as explicam; e (ii) de ressaltar que, ao Estado Democrático de Direito, não basta apenas assegurar a liberdade das pessoas; pois que dele se reclama, também, a realização das promessas imiscuídas nos direitos fundamentais e princípios constitucionais. “Daí a necessidade de uma interpretação jurídica a ser praticada à luz desses princípios constitucionais e direitos fundamentais que, dentre outras consequências, moldam um novo conceito de jurisdição”³.

2 O princípio *iura novit curia* limitado pelo princípio dispositivo

Na apreciação das dimensões do princípio clássico do *iura novit curia*, às partes cabe, no processo, a invocação da prestação jurisdicional, mediante formulação do pedido e especificação dos fundamentos jurídicos que o sustentam, e ao juiz compete resolver o conflito estabelecido entre os litigantes, aplicando, com a autoridade estatal, os preceitos de direito material pertinentes. Nesse esforço comum e coordenado entre os sujeitos do processo – autor, réu e juiz –, chega-se à sentença, prolatada soberanamente pelo juiz. Essa deliberação do órgão judicial, sujeita-se à limitação de ater-se ao objeto litigioso (mérito da causa). Nulidade, pois, é a sanção que incide sobre a decisão que, ao prestar a tutela jurisdicional, resolve questão não proposta pela parte, ou que decide o mérito da causa, mas sob fundamento diverso daquele inovado pelo litigante.

A acolhida de semelhante tese por muitos decorre do rigor com que tradicionalmente se dividem as tarefas dos sujeitos do processo, atribuindo, com exclusividade às partes a formação do processo, assim como a definição do objeto litigioso; estabelecendo, ainda, a imodificabilidade do pedido e da causa de pedir, após a citação, sem a aquiescência do réu⁴. Essa postura interpretativa busca dupla sustentação no princípio dispositivo (CPC, art. 2º)⁵ e na regra básica da estabilização do processo, determinada pelos arts. 329, II⁶; 336⁷ e 342⁸, todos do CPC.

Entretanto, temas ligados ao plano das normas fundamentais não podem ser resolvidos apressadamente a partir de uma ou outra regra legal isoladamente, sem primeiro ensaiar a respectiva harmonização ampla com a totalidade do sistema. Mormente quando se trata de princípios, é imperioso admitir o inevitável concurso que sempre ocorre quando a situação enfocada se acha no campo de incidência de mais de uma garantia fundamental.

Dentro do sistema geral do processo civil, normas indispensáveis à correta aplicação do princípio dispositivo, são, por exemplo, as traçadas para a configuração da garantia da coisa julgada, de onde se pode extrair, com segurança, qual é, para nosso Código, o objeto litigioso que o juiz decide como mérito da causa (art. 503). Outras igualmente relevantes, para o mesmo objetivo, são a que define o princípio cooperativo a orientar o comportamento de todos os sujeitos do processo art. 6º); a que prevê o julgamento diante de fundamento novo (art. 10); a que cuida dos requisitos da alteração do pedido e

3 DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando. Interpretação jurídica e ideologias: o escopo da jurisdição no Estado Democrático de Direito. Revista Jurídica UNIJUS, v. 11, nº 15, p. 85, Uberaba, nov./2008.

4 “Art. 329. O autor poderá: I – até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu”

5 “Art. 2º. O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”

6 “Art. 329. O autor poderá: (...); II – até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com o consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar”.

7 “Art. 336. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir”.

8 “Art. 342. Depois da contestação, só é lícito ao réu deduzir novas alegações quando: I – relativas a direito ou a fato superveniente; II competir ao juiz conhecer dados de ofício; III – por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e grau de jurisdição”.



da causa de pedir (art. 329); a que insere o fato superveniente entre os temas abordáveis de ofício na sentença (art. 493); assim como as que tratam da correção da petição inicial defeituosa (art. 321).

3 Decisão de mérito e coisa julgada

Nada melhor do que a coisa julgada para revelar qual a dimensão que o Código de Processo Civil atribui ao objeto litigioso e conseqüentemente esclarecer até onde pode chegar o juiz no julgamento da demanda. É aqui que outros princípios (normas fundamentais) assumem proporções muito maiores e mais significativas do que o princípio dispositivo e as regras de estabilização do objeto litigioso.

Em tal perspectiva, as mais profundas inovações sistemáticas do Código de 2015 foram justamente as pertinentes ao contraditório dinâmico e cooperativo estabelecido e desenvolvido com a presença e participação ativa do juiz (arts. 6º, 7º, 9º e 10), e o balizamento dos limites objetivos da coisa julgada que não mais ficaram restritos às dimensões do pedido do autor, mas que se estenderam a toda a decisão de mérito (art. 502)⁹.

No dimensionamento objetivo da imutabilidade e indiscutibilidade da decisão de mérito, o Código atual afastou-se do pedido, para adotar como base as questões expressamente decidida (art. 503, caput). A res iudicata, em sua extensão legal, não se confunde com a dimensão do pedido resolvido em juízo, pois devem na sistemática da lei vigente, ser medida pelas questões de mérito solucionadas.

Não só a questão principal, identificada pela causa petendi da demanda formulada pelo autor, mas também a questão prejudicial (questão de fato e direito que se apresente como antecedente lógico e jurídico necessário à composição do litígio), as quais serão todas integradas no objeto litigioso cuja resolução afinal se revestirá da intangibilidade própria da coisa julgada material (art. 503, § 1º).

Observe-se que, na sistemática do processo civil em vigor, a solução da questão prejudicial, para ser incluída nas dimensões objetivas da coisa julgada, não mais depende de reconvenção ou de ação declaratória incidental. Não é o pedido da parte que tem esse poder. Não importa quem tenha tomado a iniciativa de suscitar a questão prejudicial, se o autor ou o réu, ou se o juiz de ofício. Em outras palavras, não é sua presença no pedido do autor ou na reconvenção do réu que a torna parcela necessária do objeto litigioso cuja resolução se dá pela sentença de mérito a ser aureolada pela coisa julgada.

O que o Código exige para que a resolução da questão prejudicial exterior à causa petendi originária da demanda venha a ser incluída na res iudicata é que de sua apreciação tenha despendido logicamente o julgamento de mérito da causa e que a seu respeito tenha havido contraditório prévio e efetivo (art. 503, § 1º).

Se assim é, não se pode continuar apegado ao princípio dispositivo (art. 2º), para restringir sempre a atividade do juiz no tocante ao julgamento de mérito às questões substanciais trazidas pelas partes da petição inicial e na reconvenção. Inclui-se em seu dever funcional resolver dentro do mérito da causa todas as questões de direito substancial necessárias, lógica e juridicamente, para chegar à justa composição do conflito submetido à apreciação do Poder Judiciário. A iniciativa da instauração do processo é realmente do autor, mas no impulso oficial do processo a atividade do juiz, às vezes, importa a ampliação do objeto litigioso, para nele incluir a questão preliminar não arrolada previamente pelas partes. Prevalece, pois, dentro das exigências lógica e jurídica, o princípio do iura novit curia, no âmbito das questões prejudiciais.

O mesmo ocorre em face da superveniência de fato novo, no curso do processo, constitutivo, modificativo ou instintivo, com capacidade de influir sobre o julgamento de

⁹ "Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso".

mérito, caso em que o juiz, de ofício ou a requerimento, deverá tomá-lo em consideração, no momento de proferir a decisão (art. 493). Mais uma vez, o princípio *iura novit curia* atua sobre inovação no campo do mérito da causa.

Em ambos os casos, a orientação legal prestigia as garantias constitucionais da efetividade e eficiência da tutela jurisdicional, antes que o princípio dispositivo. Isto porque, a não se conhecer desde logo das questões novas de mérito, estar-se-ia forçando a parte a propor novas e sucessivas ações que, por conexidade, haveriam de ser reunidas para apreciação conjunta, com real encarecimento e desnecessário retardamento da resolução dos conflitos complexos. A economia processual e a duração razoável do processo, asseguradas constitucionalmente (CF, art. 5º, LXXVIII), e com elas a eficiência da prestação da justiça (CF, art. 37, caput), estariam todas seriamente comprometidas.

4 Princípio da cooperação e o papel do juiz na condução do processo justo

O princípio cooperativo é adotado como norma fundamental de nosso atual Código de Processo Civil, como exigência de que todos os sujeitos do processo – partes, intervenientes e juiz – cooperem entre si a fim de obter-se, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (CPC 2015, art. 6º)¹⁰. Aliás, antes da codificação em vigor, a doutrina já reconhecia a presença em nosso direito desse princípio básico do processo democrático¹¹.

Quer isto dizer que tal princípio tende a “transformar o processo civil numa comunidade de trabalho”¹², na qual se potencializa o franco diálogo entre todos os sujeitos do processo, – não só entre as partes, mas também entre estas e o juiz –, e sempre com o propósito de alcançar “a solução mais adequada e justa ao caso concreto”¹³.

A cooperação – como se deduz do art. 6º do CPC de 2015 – não se restringe à relação parte-juiz, tampouco se limita ao relacionamento entre as partes. Dela se extraem “deveres a serem cumpridos pelos juízes e pelas partes”, de sorte que, na verdade, deve haver “a cooperação das partes com o tribunal, bem como a cooperação do tribunal com as partes”¹⁴.

Não importa que haja críticos da cooperação que se manifestam contrários ao papel interventivo do juiz no contraditório a pretexto de ensejar risco de o magistrado atuar como “parte” no processo¹⁵. O certo é que, não só no Brasil, mas em legislações modernizadas como a francesa e a portuguesa, a participação ativa e passiva do juiz no contraditório é expressamente prevista e determinada, como norma basilar do processo justo e efetivo (art. 16 do Código Francês de 1976, e art. 7º, I, do Código Português de 2013); e assim, deve ser interpretado e aplicado na prática forense, sem embargo dos opositores teóricos. O que cumpre aos operadores é usá-lo de maneira a compatibilizá-lo com os demais princípios constitucionais do processo, e nunca ignorá-lo ou desprezá-lo. Sua adoção pelo legislador deveu-se a uma opção político-normativa. *Legem habemus*.

10 Também o moderno CPC português (de 2013) adota o mesmo princípio: “Art. 7º - I: Na condução e intervenção no processo devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio” (g.n.).

11 “A doutrina nacional, mesmo antes do NCPC, já reconhecia a presença do princípio da cooperação no devido processo legal assegurado por nossa Constituição, à base de um contraditório amplo e efetivo. Com efeito, “se o contraditório exige participação e, mais especificamente, uma soma de esforços para melhor solução da disputa judicial, o processo realiza-se mediante uma atividade de sujeitos em cooperação” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 79, p. 153. Belo Horizonte, jul./set. 2012; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. I, nº 49, p. 82-83).

12 SOUZA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o novo processo civil. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 62.

13 GERALDES, António Santos Abrantes. Temas de reforma do processo civil. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, v. I, p. 88.

14 SOUZA, Miguel Teixeira de. Apreciação de alguns aspectos da “revisão do processo civil-projeto”. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa, ano 55, p. 361, jul/1995.

15 STRECK, Lenio Luiz; et al. O “bom litigante”: riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. Revista Brasileira de Direito Processual, nº 90, p. 339-354, Belo Horizonte, abr-jun/2015.

O dever de cooperação do juiz com a parte compreende diversos tipos de intervenção, não só no exercício do poder-dever de suprimir obstáculos procedimentais à prolação da decisão de mérito, como o de promover o suprimento de insuficiência ou imprecisões na exposição da matéria de fato alegada por qualquer das partes, e ainda o de auxiliar qualquer dos litigantes na remoção de obstáculos que os impeçam de atuar com eficácia no processo; evitando sempre a prolação de “decisões-surpresa”, ou seja, as que violam o contraditório e impedem as partes de influir efetivamente na decisão judicial. Sintetiza MIGUEL TEIXEIRA DE SOUZA: os deveres de cooperação a cargo do juiz compreendem o de esclarecimento, o de prevenção, o de consulta e o de auxílio¹⁶.

Em nosso direito processual civil, esse dever de cooperação do juiz acha-se explicitado em várias passagens do CPC/2015, como, por exemplo, os poderes-deveres de: a) cooperar com as partes “para que obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (art. 6º); b) ouvir as partes pessoalmente, a qualquer tempo, para esclarecimento sobre os fatos da causa (art. 139, VIII); c) determinar ao autor que emende ou complete a petição inicial ajuizada com defeitos e irregularidades em seus elementos essenciais que possam dificultar o julgamento de mérito, caso em que indicará com precisão “o que deve ser corrigido ou completado” (art. 321); d) não decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (art. 10); e) sanear o processo complexo em audiência especial com a participação e cooperação das partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações (art. 357, § 3º), etc.

Em muitas destas oportunidades, o juiz cuidará, não apenas de regularizar a observância dos pressupostos processuais e das condições da ação, mas também de auxiliar a parte na melhor formulação dos dados fáticos e na melhor exposição dos fundamentos de direito da pretensão, quando deficiente ou incompletamente expostos.

No processo cooperativo, portanto, o dever de cooperação do juiz não fica restrito apenas à forma procedimental e, sem quebra da imparcialidade, presta assistência, principalmente aos hipossuficientes e aos carentes de representação técnica mais eficiente e adequada à tutela dos direitos materiais violados ou ameaçados.

Nesse sentido, por exemplo, o art. 7º do CPC assegura às partes, em caráter de norma fundamental, “paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de direitos processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

Muito oportuna é a advertência de FRITZ BAUR, para quem, no moderno processo civil democrático não deve reverter em prejuízo da parte “o desconhecimento do direito, a incorreta avaliação da situação de fato, a carência em matéria probatória”. Assistindo as partes, em tais situações, “cabe ao juiz sugerir-lhes que requeiram as providências necessárias e ministrem material de fato suplementar, bem como introduzir no processo as provas que as partes desconhecem ou lhes sejam inacessíveis”¹⁷.

5 Estabilização do processo

Um dos argumentos daqueles que não admitem que o princípio “iura novit curia” possa autorizar o juiz a inovar nas questões de mérito é a regra de estabilização do processo (art. 329, II). De fato segundo o referido preceito legal, após a citação, não é permitido ao autor aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, a não ser com consentimento do réu.

¹⁶ SOUZA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o novo processo civil. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65-67.

¹⁷ BAUR, Fritz. Transformação do processo civil em nosso tempo. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 7, p. 58-59, Uberaba, 3º trimestre/1976.



Não se trata, porém, de norma endereçada ao juiz, mas apenas à parte. Ademais, não se cuida de regra absoluta, como, aliás, se passa com todas as regras e princípios processuais. Assim é que podem as partes afastá-la por meio de mútuo consentimento (ou seja, por meio de negócio jurídico processual), e o consentimento do réu, por lei, nem precisa ser expresso. O simples silêncio pode ser forma de assentimento do réu, quando, ciente da inovação efetuada pelo autor, consente em debatê-la, sem impugnar sua presença nos autos. Nesse sentido a jurisprudência já assentou que admitida, pelo magistrado, a formulação de novo pedido pelo autor após a citação e não tendo o réu a isto se oposto quando contestou a ação, não terá havido prejuízo para a defesa, além de que a falta de oposição na primeira oportunidade em que falou nos autos resultou em preclusão da matéria¹⁸.

Fácil é, nessa perspectiva, concluir que a estabilização da demanda, além de ser regra endereçada apenas a limitar a iniciativa do autor, não tem o caráter de norma absoluta, não ostentando, por isso, a força de impedir o poder-dever do juiz de velar pela efetividade e eficiência da tutela jurisdicional dentro dos parâmetros do processo constitucionalmente justo.

Não se pode deixar de registrar que a tendência presente nos Códigos estrangeiros mais evoluídos é no sentido de afastar-se cada vez mais da velha estabilização rígida do processo após a citação, franquindo-se modificações da demanda, como regra, e tratando como exceção os casos de vedação da medida, como se pode ver dos seguintes exemplos:

- a) em Portugal, o CPC/2013, mesmo sem acordo entre as partes: (i) autoriza expressamente o autor a alterar a causa de pedir, diante de confissão praticada pelo réu (art. 265º, n. 1); (ii) a redução do pedido é livre, a qualquer altura, e sua ampliação também é permitida até o encerramento da discussão da causa em primeira instância, se se tratar de “desenvolvimento ou consequência do pedido primitivo” (art. 265º, n. 2); (iii) é, ainda, admitida a modificação simultânea do pedido e da causa de pedir, sem o pressuposto do acordo, “desde que tal não implique convolação para relação jurídica diversa da controvertida” (art. 265º, n. 6), isto é, desde que não se pretenda “exercer um direito novo em relação ao inicial”¹⁹; (iv) entre os poderes de gestão processual, o CPC português confere ao juiz o poder de convidar as partes a suprir insuficiências ou imprecisões na matéria fática alegada, fixando prazo para apresentação de novo articulado em que se complete ou corrija o inicialmente produzido (art. 590º, n. 4). Essa diligência parte de iniciativa oficiosa do juiz, como anotam LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE²⁰.
- b) A modificação da demanda, no CPC alemão (ZPO), consta do § 263, nos seguintes termos: “Após produzida a litispendência é admissível a modificação da demanda quando o demandado assim o consinta ou o tribunal a considere pertinente” (g.n.).
- c) No CPC francês de 1976, “as demandas adicionais são admissíveis se reportarem às pretensões originárias por conexão suficiente. Todavia, a demanda baseada em compensação é admissível mesmo na ausência de tal conexão, ressalvado ao juiz rejeitá-la se houver risco de excessivo retardamento do julgamento do todo” (art. 70).

¹⁸ TJSP, 9ª Câmara Cív., Ap. 123.360-2, Rel. Des. Ferreira da Cruz, ac. 19.11.87, RJTJSP, v. 114, p. 193.

¹⁹ NETO, Abílio. Novo Código de Processo Civil anotado. 4.ed. Lisboa: Ediforum, 2017, p. 362.

²⁰ FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. Código de Processo Civil anotado. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2018, v. 1º, p. 527.

6 Conclusão

- a) A norma fundamental enunciada no art. 10 do CPC, ao dispor, negativamente, que o juiz não pode decidir com base em fundamento que antes não tenha passado pelo contraditório entre as partes, autoriza a conclusão positiva de que, após ensejar-lhes oportunidade de se manifestar, poderá o magistrado julgar com apoio em fundamento distinto daqueles originariamente trazidos aos autos pelas partes.
- b) Não corresponde nem à letra nem ao espírito da norma, distinguir entre fundamento jurídico e qualificação jurídica, para afirmar que a regra do art. 10 só autoriza a inovação ex officio do enquadramento legal efetuado pela parte, e nunca a modificação do objeto litigioso concebido pelo litigante por meio do pedido e da causa de pedir.
- c) De início, o texto do art. 10 é claro e preciso em regular a adoção de fundamento jurídico escolhido diretamente pelo juiz para sua decisão; depois, cumpre ao direito positivo substancial velar pelos interesses de ordem pública, enunciando as regras e princípios que o juiz esteja obrigado a aplicar por dever de ofício; portanto, quando o processo envolve questão relativa a preceitos dessa natureza – como, v.g., direito indisponível, nulidade, prescrição, decadência etc. ainda que as partes não a suscite, o juiz tem o poder-dever de provocar o debate a seu respeito e de, em seguida, resolvê-la.
- d) Além das questões de exame necessário pela natureza da norma envolvida, o CPC admite a ampliação do objeto litigioso para permitir a apreciação de questão prejudicial de mérito, mesmo quando não suscitada pelas partes, desde que previamente resguardados o contraditório e a ampla defesa (art. 503, § 1º). Também o fato novo superveniente, deve ser apreciado de ofício no julgamento de mérito quando influente no direito em debate no processo (art. 493).
- e) É, enfim, a tutela da ordem pública e dos direitos indisponíveis, bem como a imposição lógico-jurídica, de resolução de questão prejudicial de mérito, ou de apreciação de fato novo relevante – e não apenas o enquadramento legal da pretensão da parte –, que ensejam a adoção ex officio de fundamento inovador no julgamento de mérito da causa, nos termos da norma fundamental enunciada no art. 10 do CPC; não sendo aceitável sua interpretação como simples regra de enquadramento legal, que nunca possa atingir o pedido e a causa de pedir (i.e, o objeto litigioso).



Humberto Theodoro Jr é Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas, do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e da International Association of Procedural Law. Doutor em Direito. Advogado.

Um raio X da arrecadação tributária federal - 2019/2020

Roberto Quiroga Mosquera

A arrecadação federal de tributos teve um incremento em 2019 de algo em torno de R\$ 100 bilhões se comparado aos números de 2018. Como mostram os números da Receita Federal, houve um pequeno aumento no total de tributos arrecadados, mas não o suficiente para se falar em grande crescimento econômico. Até porque, sabe-se que o PIB brasileiro teve um crescimento de apenas 1,1%, o que por si só demonstra tratar-se de um aumento de arrecadação que não traduz uma grande evolução na atividade econômica do País.

Obviamente, esse resultado é fruto de uma estabilização das fontes de receitas tributárias disponíveis. A carga tributária mantém-se em níveis bem elevados e ao redor de 32% do PIB nacional.

Contudo, uma análise mais detalhada da arrecadação federal nos últimos anos, demonstra que nossa fonte de receita tributária basicamente está concentrada na renda das pessoas físicas e jurídicas e em contribuições sociais sobre receita das empresas.

Muitos podem não acreditar, mas do total da arrecadação federal anual - 1 trilhão -, algo em torno de 60% é tributação sobre a renda. Isso mesmo! Nós brasileiros pagamos muito tributo sobre a renda. Façamos uma análise mais detalhada disso.

No ano de 2019, por exemplo, os contribuintes pessoas físicas e jurídicas pagaram ao fisco federal aproximadamente R\$ 443 bilhões de imposto sobre a renda (IR), R\$ 90 bilhões de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e R\$ 442 bilhões de contribuições para a previdência social ("INSS") que, na sua grande maioria, incidem sobre salários, remunerações e outro rendimentos decorrentes do trabalho - ou seja - incidem sobre a renda. Total no ano de tributação sobre a renda: algo em torno de R\$ 975 bilhões. O que equivale a 60% do total arrecadado no ano (R\$ 1,6 trilhões). A mesma realidade, com poucas diferenças em percentuais sobre a arrecadação anual total, verificou-se nos anos anteriores a 2019 e os mesmos números se repetem, proporcionalmente, no atual exercício fiscal de 2020.



Desse total aproximado de R\$ 975 bilhões, R\$ 375 bilhões são pagos pelas pessoas físicas e os outros R\$ 600 bilhões são pagos pelas pessoas jurídicas (nesse cálculo consideramos que 1/3 do INSS é contribuição das pessoas físicas e 2/3 das pessoas jurídicas).

Portanto, a tributação sobre a renda no Brasil está em 1o lugar no ranking dos tributos federais. Os números do governo não mentem!

Em segundo lugar estão os tributos que incidem sobre receita - COFINS e PIS. O total da arrecadação desses tributos em 2014 representa 20% de todo o bolo arrecadado no ano - o equivalente a R\$ 320 bilhões. Nos anos anteriores manteve-se percentuais similares e nestes últimos meses, também se repetem as estimativas acima.

É importante ressaltar que esses tributos sobre a receita são pagos apenas pelas pessoas jurídicas que assumem um grande ônus no financiamento das despesas públicas. Ademais, tais tributos apresentam duas sistemáticas de incidência fiscal: cumulativa e não cumulativa, a depender da base de cálculo do IR, bem como de alguns tipos de atividades específicas.

Em suma: 80% de toda a arrecadação brasileira depende de duas variáveis: RENDA e RECEITA. Numa linguagem mais simples, nossas fontes de recursos para fazer frente aos gastos públicos são em pequeno número. Nosso risco está concentrado em duas variáveis sujeitas a grande volatilidade. E quando esses dois índices de riqueza caem, obviamente, a arrecadação também cai.

Se a atividade econômica não vai bem, as pessoas jurídicas faturam menos o que, por consequência, provoca uma menor arrecadação do PIS e COFINS, uma vez que estes incidem sobre receita. No mesmo sentido, se o desemprego aumenta e a lucratividade das empresas diminui, o fisco federal não conseguirá arrecadar os tributos sobre a renda que deseja. Em outras palavras: forma-se um círculo vicioso: redução da renda e da receita na sociedade que provoca, por sua vez, redução das fontes de receita do Estado.

O problema é que o gasto não para de crescer e a receita não consegue mais subir!

Os restantes 15% da arrecadação em 2014 resumiu-se a R\$ 60 bilhões de imposto sobre produtos industrializados (IPI - 3,0% do total); R\$ 43 bilhões de Imposto de Importação (II - 3,0% do total); R\$ 40 bilhões de imposto sobre operações financeiras (IOF - 2,5% do total); R\$ 1,7 bilhão de imposto territorial rural (ITR) e outras receitas administradas pela receita federal e por outros órgãos (8% do total). A mesma realidade se repetiu, com pequenas diferenças, nos anos anteriores a 2019 e continuam se repetindo em 2020.



TRIBUTO	VALOR ARRECADADO 2014	% APROXIMADO SOBRE O TOTAL **
IR / CSLL / INSS *	R\$ 975	61%
COFINS / PIS	R\$ 320	21%
IPI	R\$ 60	4%
II	R\$ 43	3%
IOF	R\$ 40	2%
ITR	R\$ 2	1%
OUTRAS RECEITAS	R\$ 110	8%
TOTAL	R\$ 1.550	100%

* O INSS incide, na sua grande maioria, sobre salários e remunerações.

** Valores arredondados.

Em resumo: nossas fontes de receita para custear os gastos públicos federais baseiam-se, fundamentalmente, na renda auferida pelas pessoas físicas e jurídicas e no volume do faturamento das empresas. Quando tais variáveis são afetadas pela crise econômica, nossa arrecadação também sofre reduções drásticas. E, pelo jeito, poucas alternativas nos restam para aumentar a tributação no País. Melhor seria pensar na redução dos gastos públicos...



Roberto Quiroga Mosquera é Professor de Direito Tributário da USP e FGV DIREITO SP. Sócio do escritório de advocacia Mattos Filho Advogados.

Nova disciplina dos Fundos de Investimento?

Nelson Eizirik

“ Ora, os fundos de investimento constituem um dos mais notáveis instrumentos de alocação da poupança dos investidores ”

De acordo com os dados divulgados pela Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais (Anbima), em setembro de 2019, os fundos de investimento, cujo número total atingia, no período, mais de 18.000 instituições, apresentavam um patrimônio líquido de mais de cinco trilhões de reais. Trata-se de indústria de enorme importância na economia brasileira, movimentando parcela significativa da poupança popular.

O que justifica números tão relevantes? Ora, os fundos de investimento constituem um dos mais notáveis instrumentos de alocação da poupança dos investidores, pois permitem que eles apliquem seus recursos em carteira diversificada de ativos financeiros geridos por instituições especializadas. A diversificação dos investimentos propiciada pelos fundos de investimento confere-lhes em geral maior segurança, pois o rendimento satisfatório de determinados ativos compensa a eventual queda de valor de outros. Ademais, normalmente apresentam grande liquidez, advinda da possibilidade de cessão, transferência ou resgate das cotas dos fundos.



Ainda que exista alguma discussão doutrinária sobre a natureza jurídica do fundo de investimentos, a regulamentação administrativa da CVM (órgão encarregado de sua normatização e fiscalização) sempre o definiu como uma comunhão de recursos, constituída sob a forma de condomínio.

Os fundos organizam-se como condomínios, sem personalidade jurídica, cujos “condôminos” são os cotistas, cada um dos quais detendo uma parcela do patrimônio da comunhão de recursos.

Diversamente do que ocorre com as companhias, abertas ou fechadas, os fundos de investimento apresentam uma feição contratual e não societária, inexistindo relação interpessoal entre os cotistas investidores. Ao comprarem as cotas e tornarem-se investidores do fundo os cotistas vinculam-se à instituição financeira que presta os serviços de administração.

O fundo de investimento é constituído mediante deliberação do administrador, instituição financeira autorizada pela CVM, com capacidade técnica para administrar e gerir o patrimônio dos cotistas. Conforme a regulamentação da CVM o administrador, além de representar o fundo, deve prestar, ou delegar a outras instituições, os seguintes serviços: gestão da carteira de títulos; consultoria de investimentos; custódia dos títulos; distribuição, emissão e resgate das cotas.

O administrador e as entidades que prestam serviços ao fundo estão sujeitos ao poder disciplinar da CVM, que tem instaurado processos sancionadores e aplicado penalidades administrativas, principalmente multas, na maior parte dos casos, quando caracterizadas infrações aos deveres de diligência na administração do fundo e de lealdade aos cotistas.

O paradoxal é que jamais houve Lei disciplinando a natureza dos fundos de investimento e a conduta do administrador e dos demais prestadores de serviços. A partir de 1956, os fundos passaram a ser disciplinados pela SUMOC, posteriormente pelo Banco Central, e mais recentemente pela CVM. A Lei 6.385/76, com as modificações posteriores, simplesmente delegou à CVM a regulação dos fundos, sem nada dispor a respeito de sua natureza jurídica. A Anbima atua como entidade autorreguladora dos fundos de investimentos, elaborando um “Código de Melhores Práticas” e supervisionando o cumprimento de suas regras. Apesar da inexistência de Lei, tiveram os fundos de investimento um fantástico desenvolvimento, sempre regulados mediante normas administrativas e de autorregulação.

Recentemente foi promulgada a Lei 13.874/2019, autoproclamada “Lei da Liberdade Econômica”, que, dentre outras matérias, inseriu algumas normas no Código Civil a respeito dos fundos de investimento, visando a conferir-lhes maior segurança jurídica.

Quais são elas? Em primeiro lugar, definiu os fundos como condomínios de natureza especial, sujeitos à regulação da CVM, afastando os dispositivos aplicáveis ao regime geral do condomínio contidos no Código Civil. Ademais previu que os regulamentos dos fundos, respeitada a regulamentação que vier a ser baixada pela CVM, podem: limitar a responsabilidade do investidor ao valor de suas cotas; e limitar a responsabilidade dos prestadores de serviços, sem solidariedade entre cada um deles e o administrador. A limitação da responsabilidade dos investidores ao valor de suas cotas acarretará a insolvência civil do fundo caso não apresente patrimônio suficiente para pagar suas dívidas.

Outra inovação importante, objetivando conferir maior liberdade à gestão do fundo, refere-se à possibilidade de seu regulamento prever cotas com direitos e obrigações distintos. Assim, poderá o fundo emitir cotas com e sem direito de voto, assim como estabelecer um patrimônio separado para cada classe de cotas.

Há, porém, alguns problemas na nova legislação. O artigo 1.368-C introduzido no Código Civil define o fundo de investimento como uma comunhão de recursos, sob a forma de condomínio de natureza especial, destinado a aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza. Assim amplia-se, talvez excessivamente, o universo de bens que poderão compor a carteira dos fundos, abrangendo não só valores imobiliários, como também títulos emitidos por sociedades limitadas, por exemplo.

Por fim, uma omissão de relevo. Como fica a tormentosa aplicação do CDC aos fundos de investimentos? A jurisprudência de nossos tribunais, com base na interpretação extensiva (e a nosso ver equivocada) da expressão “serviço bancário”, contida no artigo 3º, § 2º da Lei 8.078/1990, tem equiparado o cotista do fundo de investimento ao consumidor.

O STJ, após editar a Súmula 297, já decidiu que entre o investidor e a instituição financeira administradora de fundos de investimento existe relação de consumo diante da prestação de serviço que a entidade bancária realiza, sendo aplicável o CDC (AgRg no Ag 1140811, Relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, J.23.02.2016). Ora, investidor e consumidor não se confundem, por definição. Assim a nova legislação perdeu boa oportunidade de deixar clara a inaplicabilidade do CDC aos fundos de investimento.



A redação da cláusula arbitral

Giovanni Ettore Nanni

O uso da arbitragem como bem-sucedido método de resolução de controvérsias é realidade incontestável no Brasil. Isso é devido à consolidação de cultura em favor do instituto, notadamente em função de seu largo emprego em disputas complexas, assim como seu pleno acolhimento tanto no meio jurídico entre advogados, doutrinadores e juízes, quanto no empresarial.

Tal êxito também encontra fundamento na experiência, pois a prática evidencia, em ampla extensão, que, salvo situações claramente excepcionais, a arbitragem é empregada com sucesso, propiciando rápida, qualificada e eficiente solução da disputa.

Todavia, é indispensável atentar que o triunfo da arbitragem tem início na elaboração da cláusula arbitral. O descuido no seu preparo, em muitas ocasiões, gera desgaste entre as partes ao surgir a controvérsia, ocasião em que não reina a mesma harmonia da época da contratação.

Logo, se a cláusula arbitral (denominada cláusula compromissória, que, ao lado do compromisso arbitral, são espécies do gênero convenção de arbitragem [art. 3º Lei n. 9.307/1996]) não é clara o bastante para permitir a instituição da arbitragem quando eclode o conflito, fatalmente leva a disputa judicial para propiciar o seu início, o que retarda a efetiva resolução do mérito da disputa. É o que se chama de cláusula patológica.

Cláusula compromissória clara é aquela cheia, isto é, contém os elementos identificadores da arbitragem a ser instituída, pelo que é dispensável o uso do Poder Judiciário caso a outra parte se recuse a participar do procedimento.

De outro lado, se a cláusula é incompleta, ou vazia, forçosamente é necessário consenso para iniciar a arbitragem, visto que algum elemento essencial, como o número

“

Todavia, é indispensável atentar que o triunfo da arbitragem tem início na elaboração da cláusula arbitral.

”

de árbitros ou sua forma de escolha, a definição da câmara, o lugar da arbitragem etc. não está previsto. Destarte, é preciso socorrer-se do Poder Judiciário para que seja suprido o vazio.

A cláusula ideal é aquela que contém os elementos básicos, sendo considerada apta para imediata instauração da arbitragem, independentemente da concordância ou não da outra parte. Com isso, são evitados erros comuns, tanto pela falta como pelo excesso.

A experiência dita que a cláusula deve estipular: (i) a lei aplicável e o idioma da arbitragem; (ii) o local e o seu escopo; (iii) as regras e a câmara que administrará o procedimento; (iv) se ele será decidido com base na lei, na equidade, nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes, nas regras internacionais de comércio etc.; (v) o número de árbitros que resolverão a disputa e a sua forma de seleção; (vi) confidencialidade; (vii) a excepcional participação do Poder Judiciário na arbitragem, elegendo o foro competente para tanto.

A atuação do Órgão jurisdicional estatal fica assegurada, em colaboração ao tribunal arbitral, para, por exemplo, (i) instauração da arbitragem em caso de resistência de uma das partes (art. 7º Lei n. 9.307/1996); (ii) conduzir a testemunha renitente (art. 22, § 2º Lei n. 9.307/1996); (iii) determinar medidas cautelares e de urgência (art. 22-A Lei n. 9.307/1996); (iv) cumprimento de carta arbitral (art. 22-C Lei n. 9.307/1996); (v) execução da sentença arbitral; (vi) reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira (art. 34 Lei n. 9.307/1996).

A sede da arbitragem é relevante decisão a ser tomada, particularmente se é doméstica ou internacional, pois diferente a forma de execução da sentença arbitral. Deve incluir o local onde será realizada e a cidade em que será proferida a decisão final.

Relativamente ao escopo, pode ser amplo ou limitado a alguns temas do contrato. A fim de evitar qualquer tipo de dúvida na instauração da arbitragem, especialmente se determinado ponto do dissenso é ou não abarcado pela cláusula compromissória, o ideal é que englobe todas as controvérsias em conexão com e decorrentes da avença, usando linguagem mais ampla possível.

A lei brasileira autoriza que a arbitragem seja decidida com base no direito ou por equidade, assim como as partes podem escolher livremente as normas legais que serão aplicadas na disputa, desde que não se viole os bons costumes e a ordem pública. Da mesma maneira se permite a decisão de acordo com princípios gerais de direito, usos e costumes e regras internacionais de comércio (art. 2º, § 1º e § 2º Lei n. 9.307/1996), salvo se envolver a administração pública (art. 2º, § 3º Lei n. 9.307/1996). Geralmente as disputas são julgadas tão só com base na lei vigente, porém é tema de relevância a ser definido de antemão.

A seleção da câmara de arbitragem deve ser realizada caso a caso, conforme o objeto do contrato, a sua complexidade, o valor envolvido, a localização, a nacionalidade das partes etc.

É indispensável, antes da escolha, certificar-se dos custos de cada centro de arbitragem. Reputa-se importante optar por instituição de inegável tradição e idoneidade, que seja conhecida e testada.

Embora parte dos regulamentos dos centros de arbitragem estipule a confidencialidade do procedimento arbitral, sugere-se a inclusão de tal previsão na cláusula compromissória para não subsistir dúvida a respeito, se essa for a intenção das partes. Excepcionalmente, se a administração pública figurar como parte, é necessário respeitar o princípio da publicidade (art. 2º, § 3º Lei n. 9.307/1996).

Ainda outros elementos opcionais podem ser incluídos: (i) negociação objetivando solução amigável quando deflagrado o conflito (cláusula escalonada); (ii) uso de mediação e de dispute boards; (iii) disposição sobre medidas cautelares e uso de árbitro de emergência antes do procedimento arbitral; (iv) regras sobre custos do procedimento e respectiva divisão etc.

É costume a previsão de que as partes devem tentar, amigavelmente, de boa-fé, resolver o litígio, o que se principia mediante notificação do surgimento da controvérsia e convocação para reunião. São louváveis e em certas ocasiões até efetivas tais tratativas. Contudo, o que não pode faltar é a fixação de prazo máximo para encerramento das conversas, sob pena de se perpetuar essa fase prévia. É corrente a previsão de trinta dias contados da notificação de controvérsia para negociação e, caso infrutífera, fica autorizada a instauração da arbitragem.

Além dessas opções, alternativa é o uso da mediação (Lei n. 13.140/2015), prática não contenciosa de resolução de controvérsia, que se tem buscado maior desenvolvimento no Brasil, especialmente porque é muito mais amistosa do que a lide instaurada.

Atualmente se tem procurado implementar o emprego de dispute boards, que se caracterizam pela criação de painel para orientar as partes no curso do contrato, mediante a emissão de recomendações ou a prolação de decisões, ainda que não tenham cunho jurisdicional.

Geralmente os membros dos dispute boards são especialistas na matéria objeto do negócio, independentes e neutros, que acompanham a execução do contrato, assim como participam de reuniões sobre o andamento do projeto, pelo que têm aptidão para resolver rapidamente qualquer disputa.

Quanto aos custos, trata-se de preocupação constante, pelo que se busca otimizar o procedimento, bem como ponderar a respeito do formato mais efetivo de alocação, o que também se faz por meio da cláusula arbitral.

Por exemplo, usa-se escolher árbitro único se o valor em disputa não é alto e o tema da disputa não é complexo. Da mesma maneira, procura-se selecionar centro de arbitragem cujos custos não sejam muito expressivos, bem como adotar único idioma para o procedimento – quando se trata de contrato internacional – a fim de evitar as despesas de tradução de petições, documentos e audiências.

A escolha dos árbitros não é apenas etapa relevante do procedimento, mas é também direito das partes, o qual demanda atenção no seu detalhamento na cláusula compromissória.

Se as partes optam por árbitro único, a cláusula deve estipular o consenso na eleição do nome. Porém, o mais comum é a formação de painel com três árbitros. Assim, tratando-se de contrato com uma parte em cada polo (por exemplo, A e B), A escolhe um, B outro e os dois eleitos nomeiam o terceiro, que será o presidente do tribunal arbitral.

Se o contrato contém mais do que uma pessoa em cada polo, tratando-se, portanto, de plurilateral, institui-se a arbitragem multiparte, isto é, aquela integrada por mais de duas partes litigantes, em que se prevê, a fim de preservar o direito de escolha a todos, forma particular de nomeação dos árbitros, que é realizada por polos. O polo requerente, integrado pela parte ou múltiplas partes que iniciarem a arbitragem, conjuntamente, elege um árbitro. O polo requerido, igualmente, nomeia outro. E a escolha do terceiro ocorre pelos dois já selecionados.

Em quaisquer das situações em que se exige a concordância na escolha do nome, seja do árbitro único, seja do presidente do painel ou ainda do polo requerente ou requerido na arbitragem multiparte, é indispensável fixar prazo para tal providência e eleger um órgão ou pessoa para indicá-lo caso as partes não cheguem a um acordo. Geralmente tal tarefa fica a cargo do presidente do centro de arbitragem que administrará o procedimento.

Prática que deve ser evitada é a previsão contratual de que a arbitragem será resolvida por um ou três árbitros, a critério das partes, conforme o teor da controvérsia, a ser decidido por ocasião de seu surgimento. Trata-se de outro evento de potencial conflito apto a adiar o início do procedimento. Um ou três árbitros, a cláusula arbitral deve ser clara de antemão.

Para exemplificar, a cláusula arbitral tipifica-se patológica em decorrência de variados fatores, seja porque vazia, seja porque detalhada demais, ainda por fixar requisitos que inviabilizam a sua operatividade etc.

Certamente o maior obstáculo para o início da arbitragem se situa na cláusula vazia. Veja-se: “As controvérsias decorrentes do contrato serão resolvidas por arbitragem”.

Cuida-se, sem dúvida, de cláusula arbitral. Contudo, é despida de elementos básicos para a identificação de onde será a arbitragem, quantos serão os árbitros, quem administrará etc. Assim, quando surgir a controvérsia, a parte somente conseguirá iniciar a arbitragem se contar com a boa vontade da outra, no sentido de obter o consenso acerca dos elementos omissos. E isso pode não acontecer, exigindo até, se o caso, a intervenção do Poder Judiciário, que não decidirá o mérito, mas somente definirá como e onde a arbitragem será processada.

A cláusula compromissória muito minuciosa, com excessivo regramento do procedimento e inclusão de requisitos de difícil concretização, também é problemática.

Portanto, é imperioso o extremo cuidado e criteriosa reflexão na elaboração da cláusula arbitral, não apenas levando em consideração as situações aqui expostas, como outras também relevantes, a fim de evitar problemas na implantação da arbitragem.

O presente artigo não pretende formar posicionamento de como redigir a cláusula arbitral, mas primordialmente chamar a atenção para a sua complexidade e destacar alguns pontos de maior relevância, baseada na experiência.



Giovanni Ettore Nanni é Professor de Direito Civil nos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação Stricto Sensu na PUC/SP. Presidente do Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAr.

Direito Ambiental

Werner Grau

Desde que o Rio de Janeiro e São Paulo estabeleceram suas políticas estaduais de meio ambiente, na década de 1970, seguidas pela Política Nacional de Meio Ambiente, a Lei Federal n. 6.938/81, não se viu momento de potencial avanço no debate, e modificação do cenário jurídico, que se compare ao atual.

Fazendo uma brevíssima retrospectiva, pode-se dizer que o debate sobre a conservação, preservação e recuperação ambiental enfrentou os temas da poluição atmosférica, nos anos 70; o da poluição das águas, nos anos 80 e início dos anos 90; e a questão dos resíduos sólidos, nos anos 90 e 2000, como linhas mestras. Sempre reativo, o direito ambiental teve seu foco central, nos debates judiciais e extrajudiciais, nos temas da natureza jurídica e formação das licenças ambientais; do alcance e configuração da responsabilidade administrativa, civil e criminal; e, por fim, na verificação da interação entre a atividade produtiva e o meio que a recebe, sob o olhar da sustentabilidade.

O debate acerca da criação de mecanismos econômicos para o estímulo e indução à adoção de sistemas de controle, voltados à sustentabilidade da produção econômica, é no entanto recente.

O cenário de ebulição política no que toca ao trato da questão ambiental, apimentado pelos recentes eventos dos incêndios na Amazônia e do vazamento do petróleo “órfão”, combinado com o sentido em que evolui o debate da legislação ambiental na Casa Legislativa, permitem-nos dizer que o advogado que milita na área precisará, nos próximos anos, debruçar-se sobre o estudo de alguns temas, cujo conhecimento será fundamental ao efetivo enfrentamento das demandas que surgirão:

- 1** O novo Código Florestal e os temas atinentes à sua aplicação - desde que veio ao ordenamento o novo regime jurídico de proteção às florestas, o debate tem-se dado especialmente no entorno do tema do alcance e momento de sua aplicação, notadamente no que diz respeito a ser ou não de imediata aplicação o novo regime. Decisão recentíssima no STF, de 16.1.2020, em caráter liminar, de lavra do Ministro Presidente do STF, indica que o debate promete - afinal, aplica-se de imediato e indistintamente o novo regime jurídico, ou respeita-se o ato jurídico perfeito, os licenciamentos ambientais já finalizados e as obrigações já estabelecidas?
- 2** Proteção ambiental lato sensu, conceitual, contraposta à necessidade de crescimento econômico e social - o debate promete contrapor as políticas públicas de retomada econômica às iniciativas de proteção ambiental e conservação. Não à toa, o Ministro Paulo Guedes, em 21.1.2020, no Fórum Econômico Mundial, ressaltou o risco que traz ao crescimento econômico a variável ambiental. Conhecer o conceito

de sustentabilidade, o texto do artigo 225 da Constituição Federal e as teses de implementação do conceito de sustentabilidade, bem como de que forma esses conceitos serão refletidos em políticas públicas por meio de instrumentos como a Avaliação de Impacto Regulatório (“AIR”), será fundamental. Teses rejeitadas pelo Judiciário, como a da proibição do retrocesso, criada para gerar ingerência indevida no processo legislativo, devem ser estudadas e conhecidas.

- 3** A questão do clima. O advogado que pretende estar inserido nos debates jurídico-sociais precisa conhecer o tema e seus instrumentos jurídicos e ferramentas. Do ambiente internacional para o plano interno, a mudança do clima afeta uma série de atividades e direitos. Como exemplo, a recentíssima decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU sobre os refugiados do clima, cujos efeitos são relevantíssimos. E, no âmbito nacional, o surgimento de ações judiciais que tangenciam as questões climáticas, a exemplo das ações ajuizadas contra empresas aéreas, em que o Ministério Público pleiteia a aquisição e recuperação de imóvel para absorção de gases de efeito estufa.
- 4** O controle do risco das atividades sensíveis. Por conta dos últimos casos de grande monta e efeitos ocorridos no país, relevantes mudanças legislativas e regulamentares vêm ocorrendo, e o profissional que atende os setores da economia em que verificados esses casos precisará estar sempre atualizado para poder bem atender seus clientes.
- 5** A regulamentação do pagamento por serviços ambientais. Os desdobramentos do Projeto de Lei do Senado nº 5028 de 2019, que visa instituir a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (PNPSA), serão fundamentais para determinar o desenvolvimento de ações produtivas e econômicas compatíveis com a preservação ambiental no Brasil.

Seja na indústria, seja no campo; olhe-se para a cidade e suas mazelas, olhe-se para a floresta e seus riscos, o fato é que a questão ambiental já está na agenda do dia a dia, e os debates em que se combinam as questões ambientais e as questões econômicas, tributárias e sociais, bem como as discussões em que misturam-se causas, efeitos e normas internas e internacionais, todas essas variáveis precisam ser conhecidas e dominadas pelo profissional da área.

Conhecer conceitos, saber conjugar princípios e normas, e acima de tudo ter a exata noção de quando cuidar e aplicar um e outro será, em tudo e sempre, fundamental para que o advogado desempenhe com qualidade seu trabalho.



Werner Grau é Membro da Comissão de Meio Ambiente e Sustentabilidade e Membro da Sub-Comissão de Mudança do Clima e coordena o Grupo de Trabalho de Defesa Animal e Saúde Pública da OAB/São Paulo. Formado em Direito pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Ambiental (2003). Mestre em Direito Ambiental Internacional (2006) e Doutor em Direito Tributário Ambiental (2012) pela Universidade de São Paulo.

Arte | Direito: pensamentos imperfeitos sobre livre-arbítrio e confidencialidade

Pierre Moreau

No outono europeu, novembro, do ano de 2015, tive o prazer de palestrar na tradicional University of St. Gallen (HSG), na Suíça. O convite foi feito pela Lemann Chair for International Business Law and Law & Economics, que fornece bolsas aos professores do Insper-SP, do qual tenho a honra de fazer parte.

Sugeri que minha palestra fosse sobre confidencialidade sob os aspectos do sigilo de dados pessoais, bancários e fiscais, tema sobre o qual eu já havia abordado em 2014 (<https://www.conjur.com.br/2014-out-27/pierre-moreau-sigilo-todo-cada-vez-fragilizado>). O direito à confidencialidade foi uma conquista da burguesia como classe social que tinha interesse de limitar o poder da monarquia, clero e Estado perante a sociedade, visto que os burgueses haviam conquistado a atividade mercantil, que a partir do século XV se tornou o maior setor da economia dos países europeus – a confidencialidade, portanto, os protegia de sofrerem represálias.

O tema não foi aceito e sugeriram que eu discorresse sobre outro assunto. Depois de refletir e devido a minha prática de advogado na área de Wealth Management, resolvi abordar o tema sobre “*Direito e Arte*”, que foi aceito de imediato. Confesso que deu um frio na barriga quando o tema foi aprovado, pois fiquei questionando se um advogado brasileiro teria capacidade de cativar alunos de diversos países como Suíça, China, Alemanha, Estados Unidos, Reino Unido, Espanha, entre outros.

A vida nos traz oportunidades espetaculares quando menos esperamos, pois se eu tivesse seguido com a aula de sigilo a mesma perderia relevância, tendo em vista os acontecimentos que ocorreram, a saber: 1. WikiLeaks (2006) – vazamentos anônimos de milhares de documentos que contribuiu para revelar algumas das atividades mais sombrias exercidas pelas mais altas instâncias do poder político em diversos países; 2. Panama Papers (2016) – vazamento de informações confidenciais de sociedades offshore em paraísos fiscais, incluindo identidades dos acionistas e administradores, dentre outros; 3. Cambridge Analytics (2018) – violação de informações de mais de 50 milhões de usuários de rede social, através de um aplicativo de teste psicológico.

Esta resenha trata-se dos principais tópicos da aula que ministrei em St. Gallen que acredito permanecerem atuais até hoje: Arte e Direito. Agradeço a advogada Gabriela Cardoso que me ajudou na elaboração desta.

Refletindo sobre o tema, Arte e Direito se relacionam com livre arbítrio e confidencialidade, pois foram conquistas burguesas em face do domínio do clero, nobreza e Estado, além de ser um tema que trata de um exercício de liberdade estética, política e econômica, o que ressalta a nosso livre arbítrio.

Livre arbítrio hoje é esquadrihado pela inteligência artificial, que através de seus algoritmos, nos induz a pensar que o estamos exercendo, quando na verdade, através de seus impulsos somos manipulados a reagir de acordo com o interesse de alguém que quer nos vender algum produto ou serviço. Dessa forma, a principal característica do ser humano sobre sua capacidade de escolha hoje já está sendo reduzida e os impactos em dez anos são inimagináveis, conforme quem bem discorre sobre o tema, Yuval Harari:

“O hacker pode impactar nossa liberdade cada vez mais, com a inteligência artificial tomando decisões por nós. Essa mudança já está a caminho. Hoje bilhões confiam no algoritmo do facebook ou do google para nos dizer a verdade. A Netflix nos diz o que assistir... no futuro nos dirão onde trabalhar, com quem casar, ou se o Banco Central deve diminuir ou não a taxa de juros. E a resposta será sempre a mesma: “porque o algoritmo disse assim”. O cérebro humano é limitado. Não seremos capazes de entender o algoritmo e suas decisões, não teremos essa capacidade de processar dados. Corremos o risco de perder o controle sobre nossas vidas e a capacidade de entender as políticas públicas. Hoje digamos que 1% da humanidade entende do sistema financeiro. No futuro talvez seja zero.”

O mercado de arte no Brasil e no mundo também é impactado pelos mesmos dilemas narrados acima, que vem se tornando cada vez mais profissional e utilizando as mesmas estratégias, em termos de produção artística e se colocando como uma forma de investimento alternativa em uma economia global.

O investimento em arte deve ser encarado como uma estratégia de diversificação, pois o mercado é complexo e pouco convencional, uma vez que a precificação dos ativos é mais dotada de subjetividade do que no mercado financeiro.

A visão de arte como um negócio tem se tornado cada vez mais relevante tendo em vista a globalização e organização deste mercado, através de uma série de eventos internacionais, sejam eles promovidos pela iniciativa pública ou privada.

É possível perceber o aumento dessa tendência principalmente nas feiras de artes mais conceituadas no mundo, tais como Art Basel, realizada anualmente em Basel, Miami Beach, e Hong Kong (<https://www.artbasel.com/>), Frieze, em Londres (<https://frieze.com/>) e Armory Show, em Nova Iorque (<https://www.thearmoryshow.com/>), dentre outras. São exibidas e colocadas à venda obras de diferentes artistas de países diferentes, representados por diversas galerias de arte. Reconhecidas por realizar exposições da melhor qualidade, as feiras tem o compromisso de aumentar a transparência e responsabilidade desse mercado. O mesmo acontece no Brasil, nas famosas feiras como ArtRio (<https://artrio.com/>) e SP-Arte (<https://www.sp-arte.com/>), além do mercado de galerias e casas de leilão, dentre outras iniciativas.

Esse crescimento de interesse no mercado da arte cria a necessidade de uma estratégia financeira e jurídica para prestar assistência a tais investidores. Afinal, esse mercado é complexo e as relações não estão limitadas apenas entre a venda e compra de determinada arte de um artista ao interessado, mas também inclui o amplo conhecimento de especialistas internacionais qualificados.

Além disso, o investidor, ou até mesmo, colecionador mais experiente, devem sempre atentar-se a adquirir obras que atendam diversos aspectos, como o seu gosto pessoal, a reputação do artista e questões de governança de acervo, como procedência da obra e declaração para fins de fiscais.

Dentre os aspectos jurídicos importantes que podemos destacar no mercado de arte no Brasil, dos quais os investidores devem ter ciência, estão os aspectos complexos da legislação fiscal quando pensamos na venda e compra de obras de arte, que incluem impostos, a discussão do direito de propriedade, autoria e autenticidade.

Destaquei os dez pontos, que julgo serem os mais relevantes, a serem considerados por investidores em arte, no sentido de manter uma adequada governança e não ser capturado por uma rede de impulsos a que estamos expostos, conforme mencionados pelo Harari, impulsos estes que podem nos tirar do eixo quando temos que tomar uma decisão de investimento neste mercado, a saber:

- 1. Investir naquilo que você gosta.** É importante adquirir e investir naquilo que você tem interesse, se a obra vai valorizar ou não, é outro quesito. Comprar algo que você não gosta achando que está fazendo um bom negócio pode ser um sacrifício. A obra de arte faz parte muitas vezes da sua casa, da vida da sua família, além do valor patrimonial, a arte tem um alto valor emocional.
- 2. Investimento no sentido estrito da palavra.** Ter em mente que a sua coleção é um investimento no sentido estrito da palavra e que dará um resultado econômico desde que ocorra uma gestão ativa da sua coleção.
- 3. Garantir histórico, procedência e documentação.** Investir sempre em obras que tenham procedência e histórico de transferência de propriedade da obra. Estabelecer regras de compliance para verificação da legitimidade, preservando documentos originais e certificados de propriedade; por exemplo, caso a obra seja adquirida em uma galeria, esta deve atestar se a obra é verdadeira e de autoria de determinado artista. Outro ato a ser considerado é a realização de avaliação periódica da obra, a cada cinco anos.
- 4. Dedicção naquilo que está adquirindo.** Aprender, entender e estudar sobre a história daquilo que está comprando, a oferta, as tendências de mercado, valor e preço, com base em pesquisas quantitativas, qualitativas e comportamentais. É necessário e talvez seja a parte mais interessante da aventura de colecionar, é o conhecimento. Além disso, a obra de arte pode ser uma porta para um estudo mais aprofundado da história da arte, do movimento do qual ela faz parte e como essa obra se encaixa no contexto de sua criação.
- 5. Networking.** Estabelecer bom relacionamento com pessoas qualificadas e ligadas à arte, tais como especialistas em arte, artistas, acadêmicos ligados à arte, curadores, consultores de seguros e avaliadores, entre outros. O interessado em iniciar seus investimentos em arte precisa transitar no meio, observar movimento das galerias, leilões, museus, entre outros, para conhecer as opiniões do mercado.



6. **Gestão do patrimônio.** Definir uma estrutura jurídica que se adeque às necessidades financeiras e/ou familiares, se for o caso, considerando o planejamento sucessório, financeiro e familiar a fim de proteger os ativos e bens, para tanto, é importante entender o real valor do seu acervo particular, como parte integrante e importante do seu patrimônio. Planejar a organização do patrimônio pensando no futuro, realizando discussões periódicas entre os membros da família para melhor compreender o interesse de herdeiros referente ao acervo e chegar a um consenso sobre a disposição das obras de arte. Somado a isso, a importância de verificar e se existe a intenção do colecionador estabelecer uma fundação ou constituir um museu para que a sociedade possa usufruir de tal legado.
7. **Declaração perante órgãos públicos.** O titular das obras deve se preocupar também com questões legais, tais como: regulatórias, fiscais e criminais.
8. **Incidência de impostos.** Quando a obra de arte for vendida, transmitida, cedida, doada ou herdada, devem ser recolhidos os eventuais impostos.
9. **Doação.** Caso decida doar determinada obra de arte, ou parte do acervo, recomenda-se contratar assessoria legal que possa auxiliar nas questões práticas e emocionais. O ideal é planejar em vida o destino das obras junto à família, podendo inclusive estabelecer condições aos documentos específicos de doação, como garantia da não deterioração da obra ou de seu legado.
10. **Litígios no mercado.** O mercado de artes está se tornando mais litigioso, e, portanto, deve-se contar com serviços de assessoria jurídica especializada para auxiliar em questões de auditoria legal e resolução de controvérsias.

A resenha acima apresenta um panorama do mercado de arte no Brasil e no mundo, e a importância do direito para atender as necessidades dos diversos players que atuam no setor de arte, como galerias de arte, casas de leilão, museus e instituições culturais.

Harari sustenta que a nossa filosofia, arte e história será revisitada, tendo em vista os desafios impostos pela inteligência artificial e as restrições ao nosso livre arbítrio. Saudades dos tempos de Bauman, no qual através dos relacionamentos líquidos nos sentíamos livres para nos conectar com as pessoas por meio das redes sociais, tempo em que tínhamos a doce ilusão que era possível nos desconectar.

Zygmunt Bauman: “Ao contrário da comunidade, a rede é feita e mantida viva por duas atividades diferentes. Uma é conectar e a outra é desconectar. E eu acho que a atratividade do novo tipo de amizade, o tipo de amizade do Facebook, como eu a chamo, está exatamente aí. Que é tão fácil de desconectar. É fácil conectar, fazer amigos. Mas o maior atrativo é a facilidade de se desconectar.”

São essas as minhas lembranças. Foi muito divertido recordar a minha experiência e espero que seja de alguma valia ao leitor, mas permaneço com a seguinte questão:

É possível nos desconectar, ou já fomos capturados pela rede?



Pierre Moreau é advogado, professor e árbitro.

CIRCO

Renato Aragão

Cursei Direito na Universidade do Estado do Ceará, concluindo o curso em 1961, enquanto ainda era funcionário do Banco do Nordeste.

Durante o último ano da graduação, em 1960, fui em busca de tornar realidade a minha outra vocação - humorista, sendo contratado pela TV Ceará, para o Programa Vídeo Alegre.

Após a graduação, durante o período de um ano, trabalhei como assistente em um renomado escritório de advocacia no Ceará, e assim tornei-me apto para requerer a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Seccional do Ceará. Conquista esta que, a cada renovação da minha carteira da OAB, enche meu coração de orgulho.

Formado e já inscrito na OAB/CEARÁ, optei por abrir mão do exercício efetivo da advocacia.

Em 1964, mudei-me para o Rio de Janeiro e mesmo trabalhando como humorista, a paixão pelo Direito foi sempre latente e fazia com que eu realmente me orgulhasse de ser um advogado no circo da vida.

A formação em Direito, entretanto, tem o poder de transcender os conhecimentos para o exercício específico da profissão de advogado. Os ensinamentos recebidos durante os anos de academia preparam-nos para viver de modo digno, tornando-nos conscientes de nossos deveres, aptos a discernir a forma mais adequada para lidar, sob os auspícios da lei, com as situações que nos acometem, em qualquer carreira.

Ter aprendido a instrumentalizar e entender a letra da lei foi uma das maiores conquistas da minha vida, e certamente devo tal conquista à formação acadêmica que recebi durante minha faculdade de Direito.

Durante toda a minha vida, contei com profissionais competentes na área do Direito, e com eles foi possível dialogar e encontrar sempre a melhor opção que a Lei nos oferecia.

Em 2011, tive o imenso prazer de rever todos os meus colegas da minha turma de 1961. Nós nos reunimos numa grande festa de confraternização em Fortaleza, e juntos, mais uma vez, celebramos a vida e as conquistas de cada um de nós.

“

...mesmo trabalhando como humorista, a paixão pelo Direito foi sempre latente e fazia com que eu realmente me orgulhasse de ser um advogado no circo da vida.

”

Renato Aragão é ator, comediante, diretor, produtor, humorista, escritor, roteirista, apresentador, cantor, advogado, cineasta, empresário, redator, dublador e blogueiro.

Juízes e Advogados: somos o Sistema de Justiça

Renata Gil

Em meio ao movimento natural de transformação da sociedade, percebemos profundas alterações no sistema de justiça, seja por meio da aprovação de novíssimos textos legislativos, como a nova Lei do Abuso de Autoridade, a que inaugura o Juiz das Garantias, as que buscam celeridade e efetividade à prestação jurisdicional.

Nesse contexto, os papéis de juiz e advogado por vezes parecem se chocar, especialmente em razão dos rituais que vigoram nos espaços judiciários, diante da própria dialética processual, em que há um vencedor e um vencido, afigurando-se humanamente natural que o perdedor tenha algum ressentimento pessoal contra o ganhador e contra aqueles que acolheram a tese que prevaleceu. Natural sob a ótica dos sentidos humanos, mas absolutamente superável pelo profissionalismo que deve orientar os que lidam com vidas, liberdades, direitos individuais de grandeza constitucional, legal ou normativa. Há que se equilibrar a força demandante de 1.300.000 (um milhão e trezentos mil) advogados e os 18.000 (dezoito) magistrados em atuação no Brasil, cotejada com o enorme acesso à justiça que desfruta o cidadão brasileiro e os limites orçamentários do Poder Judiciário.

Por força da Constituição da República, juízes são agentes de poder; agentes políticos, portanto. Dessa forma, o magistrado assume posição de protagonismo no sistema de distribuição de justiça, certo, ainda, de que sua atividade não prescinde da efetiva participação do advogado. Se, por um lado, somos titulares e detentores de jurisdição, por outro, estamos constrictos ao princípio da inércia, o qual, em regra, nos impede de prosseguir sozinhos, sem a indispensável participação do advogado, o habitual portador da prerrogativa de postular em juízo. Daí porque considerá-lo “indispensável à administração da justiça” (CF/88, art. 133).

Assimilando a importância de todos os atores envolvidos no processo de administração da justiça, o Novo Código de Processo Civil promoveu avanços importantes. Reforçou o espírito de colaboração entre o advogado e todos os envolvidos no processo judicial, a partir da materialização do princípio da cooperação – assinalado no art. 6º da codificação –, além de criar diversos outros instrumentos hábeis a estimular a conciliação, a arbitragem, a mediação e a autocomposição. Inovou o código ao prever, em seu art. 191, a possibilidade

de as partes, por meio de seus advogados, de comum acordo e conjuntamente com o juiz, estabelecerem um calendário para a prática de atos processuais, criando, dessa forma, um rito especialíssimo, em que se pode transigir inclusive sobre o conformismo com a decisão judicial, renunciando ao direito de recorrer em nome da solução definitiva do processo.

Ao que se evidencia, de forma incontestável, há elo substantivo entre advogados e magistrados. Devem se tratar com cordialidade e urbanidade, sempre dispensando respeito mútuo e tratamento recíproco adequado, cada qual na magnitude do seu campo de atuação.

Lembrava o jurista italiano Piero Calamandrei, em sua obra “Eles, os juízes, vistos por um advogado”, (tradução brasileira de Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 1994, p.54) que beca e toga devem se colocar em posições simétricas no dia a dia do foro:

O juiz que falta ao respeito para com o advogado e, também, o advogado que não tem deferência para com o juiz, ignoram que a advocacia e a magistratura obedecem à lei dos vasos comunicantes: não se pode baixar o nível de uma, sem que o nível da outra desça na mesma medida.

O jurista alagoano Paulo Luiz Netto Lôbo (Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB, 2011, p. 62), considerando também a importância do Ministério Público no processo de administração da justiça, assevera a necessidade de cooperação entre os três personagens:

Cada figurante tem um papel a desempenhar; uma postula, outro fiscaliza a aplicação da lei e outro julga. As funções são distintas e não se estabelece entre elas relações de hierarquia e subordinação. Em sendo assim, mais forte se torna a direção ética que o preceito encerra no sentido do relacionamento profissional independente, harmônico, reciprocamente respeitoso e digno. O prestígio ou o desprestígio da justiça afeta a todos os três figurantes.

De fato, o magistrado e os demais operadores do direito, ao faltarem com o respeito devido, mais do que se desviarem da educação recomendada e dos bons costumes, praticam grave conduta profissional, na medida em que ignoram a isonomia constitucional existente entre eles.

E não se diga que inexistente legislação a assinalar essa obrigação. O dever de urbanidade está presente em diretrizes legais específicas de juízes e advogados:



Código de Ética e Disciplina da Advocacia e da OAB:

“Art. 44. Deve o advogado tratar o público, os colegas, as autoridades e os funcionários do Juízo com respeito, discrição e independência, exigindo igual tratamento e zelando pelas prerrogativas a que tem direito.

Art. 45. Impõe-se ao advogado lhanza, emprego de linguagem escoreita e polida, esmero e disciplina na execução dos serviços.”

Lei Orgânica da Magistratura (lei n. 35/1979):

“Art. 35. São deveres dos magistrados:

[...]

IV – tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se trate de providência que reclame urgência.”

O advogado desrespeitoso, tanto quanto o juiz desrespeitoso, esquece-se de que não é mais, e nem menos, que um personagem da justiça, sendo injustificável que sua má conduta atrole e se sobreponha a sua relevante função social.

Com toga ou beca, sem beca ou toga, juizes e advogados são essenciais à justiça. Atuam como peças indispensáveis ao funcionamento dessa complexa engrenagem, que, entre outros tantos ingredientes, requer harmonia e cooperação. O futuro da justiça depende disso.

Como representante da magistratura nacional, delegação que tive a honra de receber em novembro do ano de 2019, por quase 80 % (oitenta por cento) dos magistrados de todas as áreas, ousar pensar na elaboração de projetos legislativos conjuntos, em planos de trabalho entre o Conselho Nacional de Justiça e a OAB Federal, em ações sociais conjuntas e muitos outros esforços comuns possíveis e desejáveis entre o Poder Judiciário e a advocacia.

Conclamo sejam solidários e colaborativos. Aliados, com equilíbrio e serenidade, inspiraremos respeito e construiremos o país justo que desejamos para nós e nosso filhos.



Renata Gil é Presidente da AMB.

Vantagens da Convergência¹

Gustavo Franco

Em meados da década passada o professor Luciano Timm, atual titular da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) do Ministério da Justiça, preparou a primeira edição de uma coletânea de artigos de economistas e advogados.

Era oportuno aproximar os dois saberes ou, ao menos colocar seus portadores lado a lado, todos a demandar maior colaboração entre suas respectivas profissões. Havia e continua a haver muito a ganhar.

A apresentação que fiz à coletânea, falando pelos economistas, era otimista e começava com uma exortação: “a Economia e o Direito são disciplinas cujo diálogo tem sido cada vez mais intenso, e já estava mais do que na hora”.

“Fazer política econômica dentro de um ‘Estado de Direito’ pressupõe que o profissional de economia possa dialogar com as leis e instituições que corporificam a Democracia, sendo esta a lacuna que este curso pretende contribuir muito modestamente para preencher.”

Minha experiência na rica e contenciosa fronteira entre as duas disciplinas tinha sido particularmente bem-sucedida - com o Plano Real - e a nova moeda nacional completava, nessa ocasião, a sua primeira década de existência, e parecia pronta para a futuro. Volto ao tema com ainda maior entusiasmo outra década depois.

¹ Baseado na apresentação à coletânea “Direito e Economia”, Luciano Timm (org). São Paulo, IOB Thomson, 2005.

Meu próprio livro sobre a experiência do Plano Real, publicado alguns anos adiante, trazia um título revelador - “A Moeda e a Lei” - e que exibia com orgulho o resultado do diálogo interdisciplinar do qual resultou o sucesso da reforma monetária de 1994. O livro, ademais, era também o resultado da experiência docente do autor, que desenvolveu seus temas em uma disciplina oferecida regularmente aos alunos de economia da PUC-Rio e que, com frequência, capturava alguns estudantes de direito.

No prefácio de “A Moeda e a Lei” se reproduzia uma passagem chave do programa desse curso, uma advertência dirigida sobretudo aos futuros economistas: “Fazer política econômica dentro de um ‘Estado de Direito’ pressupõe que o profissional de economia possa dialogar com as leis e instituições que corporificam a Democracia, sendo esta a lacuna que este curso pretende contribuir muito modestamente para preencher.”

Sempre gostei de pensar que o Plano Real punha um fim numa era de “tecnocratas de vezo autoritário” e de “czares econômicos”, seja pelas opções que oferecia à população, alternativamente às medidas coercitivas como os congelamentos e tablitas, que tinham sido a base dos “pacotões” que antecederam o Plano Real (Cruzado, Bresser, Collor, etc.), seja por conta do bom entrosamento com advogados interessados em traduzir os dilemas da economia para o idioma das leis.

Os piores momentos do relacionamento entre economistas e advogados tinham ocorrido justamente durante esses “planos econômicos heterodoxos” (Cruzado, Bresser, Collor, etc.) os quais, como se sabe, trouxeram muitos tipos de agressões não apenas à teoria econômica, mas também, ao nosso ordenamento jurídico.

Economistas e advogados não estavam inocentes, como era possível afirmar sobre os “pacotões”, os quais, como se sabe, “geraram injustiças e desequilíbrios, e também incontáveis tentativas, no plano judiciário, de se extrair vantagens indevidas, ou de se recuperar ‘perdas’ imaginárias, especialmente da Viúva, sempre culpada, ou distraída, e amiúde ineficiente na defesa de seus interesses. Tais demandas movimentaram bilhões, assim alimentando uma próspera indústria que se sustentava exatamente sobre o afastamento entre a Economia e o Direito.”

Nos anos subsequentes, todavia, observa-se o desenvolvimento de um ramo da ciência econômica voltado para o estudo das instituições, e que já produziu duas premiações pela Academia Sueca e pela Fundação Nobel - Ronald Coase e Douglas North - as quais deram grande impulso a muitos programas de pesquisa interdisciplinares, alguns, inclusive, no Brasil. A importância das instituições para o crescimento, aí incluído este bem público conhecido como Segurança Jurídica, tornou-se o centro de um novo paradigma, que veio a se materializar no mundo das políticas públicas, por exemplo, através da publicação pelo Banco Mundial e pelo IFC (International Finance Corporation), em bases anuais, do relatório “Doing Business”, cobrindo a quase totalidade dos países que reportam estatísticas para estas instituições. Ao focar nas dificuldades práticas trazidas às empresas pelas leis trabalhistas e tributárias, pelas normas que regulam a formação e o

fechamento de empresas, e pelos caminhos a serem percorridos para a obtenção de crédito e para o perfeito cumprimento dos contratos, este relatório apresenta um impressionante acervo comparativo, e de bases planetárias, sobre o modo como as esferas econômica e jurídica se superpõem nem sempre, ou quase nunca de forma harmônica e conducente ao desenvolvimento econômico.

O escopo e profundidade desta pesquisa é bastante revelador. Esforços de amplitude semelhantes foram empreendidos no Banco Mundial, na OCDE e em incontáveis institutos de pesquisa desde os anos 1970 com vistas a consolidar consensos internacionais sobre liberalização comercial, disciplina fiscal, desrepressão financeira, privatizações e tantas outras reformas notadamente no terreno macroeconômico na direção da consolidação de economias de mercado que se tornaram dominantes nas agendas nacionais no final do século XX.

Não há dúvida que um novo paradigma vem se estabelecendo e que devemos enfrentar o desafio do diálogo interdisciplinar.

Ao economista cabe aprender, idealmente ainda na universidade, que seu ofício, a política econômica, não é exercido no vácuo, mas dentro dos marcos institucionais e jurídicos de um Estado de Direito, que o economista deve conhecer em seus aspectos formais e institucionais. Os “modelos” com que trabalham os economistas são criaturas da matemática, portanto, composições dentro de um idioma, com sua sintaxe própria e específica para potencializar o entendimento de relações de causa e efeito. Os economistas devem aprender que este não é o único idioma relevante para a prática de sua profissão.

Ao advogado cabe aprender que o Direito não é um universo paralelo imune ao que se passa no mundo prático da economia e das relações sociais em geral. O Direito pode ser visto como um outro idioma que, todavia, descreve e ordena a mesma realidade observada pelos economistas com o auxílio de seus próprios instrumentos. Estudantes de Direito, e os de economia, deviam dialogar com mais freqüência, aprender a outra disciplina, inclusive e principalmente pois assim se tornam melhores profissionais. A realidade do mercado de trabalho saberá valorizar o profissional que sabe olhar além dos limites de sua própria especialização.



Gustavo Franco é Professor do Departamento de Economia da PUC-Rio, ex-Presidente do Banco Central do Brasil e sócio fundador da Rio Bravo Investimentos.

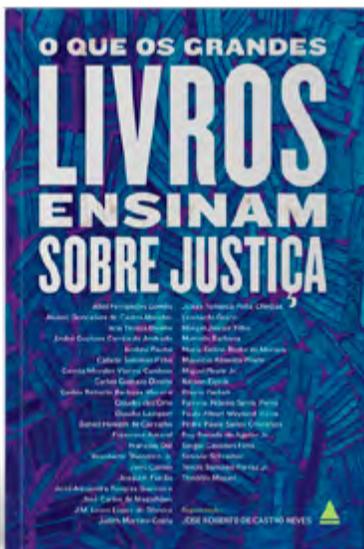


Lei de Liberdade Econômica e seus Impactos no Direito Brasileiro

REVISTA DOS TRIBUNAIS

Luís Felipe Salomão
Ricardo Villas Boas Cuêva
Ana Frazão (org.)

A recente promulgação da Lei nº 13.847/19, também conhecida como **Lei da Liberdade Econômica**, provoca importante e necessária rediscussão de diversos conceitos e princípios do direito privado. Os Ministros do STJ, Luís Felipe Salomão e Ricardo Villas Boas Cuêva, junto com a advogada e professora Ana Frazão, coordenaram obra que trata da nova lei, analisando as suas alterações e seus impactos no direito privado.



O que os grandes livros ensinam sobre justiça

NOVA FRONTEIRA

José Roberto de Castro Neves (org.)

Renomados profissionais de Direito discorrem em como a Justiça permeia grandes clássicos da literatura. Dom Quixote, Antígona, O Processo, Moby Dick, entre tantos outros monumentos da literatura mundial são apresentados sob a lente jurídica.



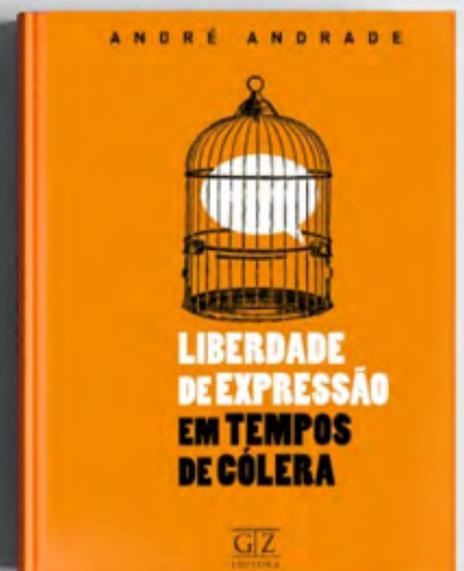
LANÇAMENTO

Liberdade de Expressão em Tempos de Cólera

GZ EDITORA

Andre Gustavo Corrêa de Andrade

Como o ordenamento jurídico reage à absoluta liberdade de expressão? A partir do exame dos fundamentos filosóficos e oferecendo exemplos colhidos da história, examina-se o tema atual, a fim de compreender a dimensão, nos dias de hoje, do conceito de liberdade.



ADVOCACIA HJ
n. 3, mar. 2020

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, 2020
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. 3 (mar. 2020) - Brasília, 2020.

Trimestral.

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

1. Advocacia, Brasil. 2. Advocacia, prerrogativa constitucional, Brasil. 3. Direito, Brasil.

CDDir: 341.415

Elaborado por: CRB 1-3148.

QUALQUER PARTE DESTA PUBLICAÇÃO PODE SER REPRODUZIDA, DESDE QUE CITADA A FONTE.
OS CONCEITOS E DECLARAÇÕES CONTIDOS NOS TRABALHOS SÃO DE TOTAL RESPONSABILIDADE DOS AUTORES.



