advocacia hj.

Legalidade e Liberdade são as tábuas da vocação do advogado

RUI BARBOSA

REVISTA DA OAB: ADVOCACIA HOJE / NO. 001 / JUNHO - 2019

OAB NACIONAL

Caro Colega, Você está recebendo a Revista Advocacia Hoje

Caro Colega,

Você está recebendo a Primeira Edição da Revista do Conselho Federal da OAB. Um serviço da OAB para levar informação, por meio de publicações trimestrais, aos seus milhares de filiados em todo Brasil.

Direito Constitucional, Direito do Trabalho, Direito Civil, Direito Penal, Processo, entre outros ramos do Direito. Grandes nomes da nossa advocacia e da sociedade brasileira contribuirão, sempre com textos atuais e de interesse prático sobre temas que convivemos diariamente.

Além daqueles relacionados a matérias específicas, haverá a nota de um advogado que ocupa um cargo relevante, demonstrando como a profissão sobressai em diversos setores. Nesta primeira edição, Marcelo Barbosa, atual Presidente da CVM, dividirá conosco de que forma sua experiência de advogado o ajuda a cumprir sua função.

Em outro tópico, um grande magistrado falará do papel da advocacia e seus desafios na atualidade. Nesta edição, o Ministro Luís Roberto Barroso nos deu um belo testemunho.

Como não vivemos isolados, haverá, finalmente, uma seção na qual um profissional fora da área jurídica, de destaque na sociedade brasileira, cuidará dos advogados. Desta vez, o jornalista e membro da Academia Brasileira de Letras Merval Pereira assumiu a missão.

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

Por fim, cada edição será marcada pela homenagem a um grande advogado. Para começar, vamos prestigiar Rui.

Rui Barbosa (1849-1923) é justificadamente o patrono da advocacia brasileira. Natural de Salvador, iniciou seus estudos na Faculdade de Pernambuco, terminando no Largo de São Francisco, em São Paulo.

Sua estreia na tribuna se deu para defender um escravo contra seu senhor, engajando-se à causa abolicionista, o tema social mais relevante de sua época.

Advogado eloquente, culto e estudioso, Rui também se notabilizou na política, com fundamental atuação no início da República. Partiu dele, por exemplo, a ordem de queimar todos os registros de escravos, a fim de apagar esse passado nefasto da história (o seu objetivo não era esconder a verdade, porém proteger a honra e a liberdade de muitos que viviam nessa condição).

Rui Barbosa participou diretamente de todos os eventos que marcaram o seu tempo: a Constituição brasileira de 1891, a elaboração do Código Civil, a

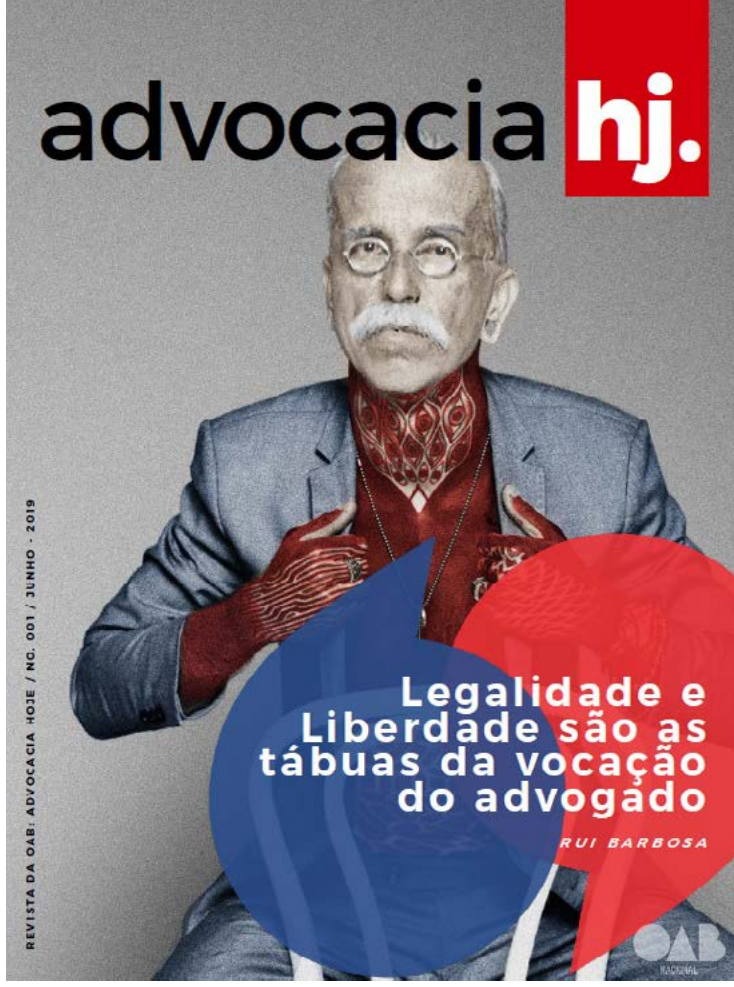
fundação da Academia Brasileira de Letras, a construção de uma ordem jurídica internacional (ele foi o representante do Brasil na Convenção de Haia de 1907), a campanha civilista (movimento que buscava garantir o poder nas mãos civis – e não de militares), entre tantos outros.

Em 1920, convidado, na condição de paraninfo, à formatura de uma turma da Faculdade de Direito de São Paulo, Rui Barbosa elabora a "Oração aos Moços", texto no qual oferece reflexões sobre o papel do advogado. Devido à sua saúde já debilitada, Rui não consegue comparecer ao evento, mas seu discurso é lido e aclamado.

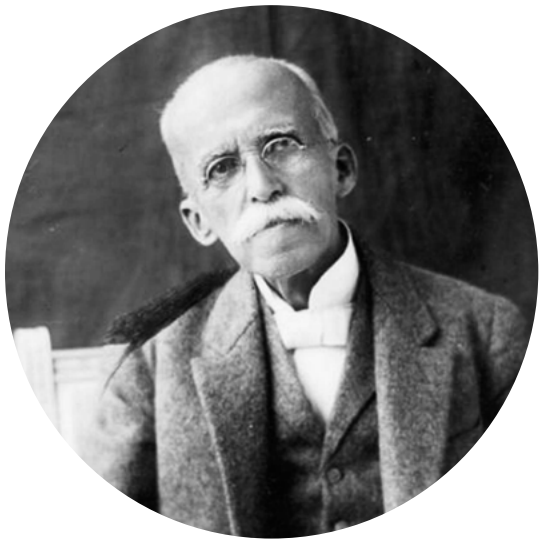
Uma das principais lições desse texto é a de que cabe ao advogado trabalhar: inteirar-se, desenvolver-se, apurar-se. Rui, advogado consagrado, registra a necessidade de estudo contínuo e da reflexão: "Vulgar é o ler, raro o refletir", disse ele. Rui Barbosa concita os jovens advogados a seguir, com seus atos, uma estrita fidelidade aos princípios virtuosos, com rigor, constância e coragem. Ao fim de seu discurso, pontifica Rui, em uma joia da deontologia jurídica, justificando sua posição de ícone da advocacia no Brasil:

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

Deixou um legado para a história do país, construído pelo exemplo de homem que lutou pela liberdade. Um advogado.



PERSONALIDADE DA CAPA


RUI BARBOSA

José Roberto de Castro Neves
Presidente Executivo da OAB Editora

05 **Advocacia Hoje**
Felipe Santa Cruz

06 DIREITO CONSTITUCIONAL
Apontamentos sobre a Repercussão Geral no STF
Marcus Vinicius Furtado Coelho

12 DIREITO ADMINISTRATIVO
O Direito Administrativo e o desafio do "interesse público"
Marçal Justen Filho

18 DIREITO DO TRABALHO
O acesso à Justiça do Trabalho
João Baptista Louzada Câmara

22 DIREITO CIVIL
A prescrição da pretensão derivada do inadimplemento contratual
Judith Martins-Costa

27 DIREITO PENAL
Panorama do Direito Penal Ambiental: do crime à responsabilidade
Ademar Rigueira

31 DIREITO PROCESSUAL
A definição dos Honorários Advocatícios de Sucumbência pelo STJ
José Rogério Cruz e Tucci

38 DIREITO TRIBUTÁRIO
ISS das Sociedades Uniprofissionais: a eterna e incansável luta da Advocacia
Luiz Gustavo Bichara, Mattheus Reis e Montenegro

42 DIREITO COMERCIAL/SOCIETÁRIO
A Limitação de Responsabilidade e a MP da Liberdade
Marcelo Trindade

51 ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO
O progresso da Arbitragem
Selma Ferreira Lemes

57 DIREITO EM EXPANSÃO
A Lei da inovação (Lei 10.973/2004) e as patentes originadas do Brasil - um caso de boas intenções não realizadas
Gabriel Leonardos

63 DIREITO, LITERATURA E FILOSOFIA
Justiça e vingança
Tércio Sampaio Ferraz Júnior

68 UM ADVOGADO NA
CVM
Marcelo Barbosa

70 NÓS, OS ADVOGADOS, POR ELES, OS JUÍZES
De um ex-advogado para os advogados
Luís Roberto Barroso

75 OS OLHOS DOS OUTROS
O papel do Advogado
Merval Pereira

78 INDICAÇÃO
Literatura

VOLTAR PARA O ÍNDICE

Advocacia hoje

Ciente de sua indispensabilidade à Justiça (art.133, da CF/88), cada advogado e advogada é um agente importante na construção democrática do País. A advocacia constitui serviço público e função social ao atuar na defesa dos direitos do cidadão. O pleno desempenho desse mister é do interesse de toda a sociedade, por isso a lei nos assegura um amplo conjunto de garantias para nos salvaguardar de arbítrios e autoritarismos.

O início da nossa Gestão na Ordem dos Advogados do Brasil coincide com um dramático capítulo da história brasileira. Em meio aos contextos de crise, a sociedade aposta mais do que nunca em nosso dever institucional, em nossa missão pública de pacificação social e de defesa da sociedade civil.

> **“A advocacia constitui serviço público e função social ao atuar na defesa dos direitos do cidadão”**
>
> **Felipe Santa Cruz**
> *Presidente Nacional da OAB*

A advocacia brasileira tem sido cada vez mais demandada para resolver questões de grande complexidade, sejam elas de natureza social, ética, cultural, econômica ou política. Devemos, portanto, desenvolver novas maneiras de capacitar advogados para enfrentar os desafios do século XXI. O cumprimento dessas metas exigirá uma permanente parceria entre acadêmicos, profissionais e associações profissionais.

Diante disso, esta Revista apresenta artigos que refletem, de forma crítica, sobre as mais diversas questões que impactam o cotidiano do exercício da nossa profissão. Ao reunir grandes juristas brasileiros, esta publicação é mais uma iniciativa que reafirma o compromisso da Ordem dos Advogados do Brasil com a defesa da livre atuação da advocacia e, consequentemente, com o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, cumprindo as finalidades institucionais elencadas no art. 44 da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB).

VOLTAR PARA O ÍNDICE

DIREITO CONSTITUCIONAL

Apontamentos sobre a Repercussão Geral no STF

Marcus Vinicius Furtado Coêlho

O caráter analítico da Constituição brasileira e a judicialização da política daí decorrente têm provocado uma hipertrofia do Poder Judiciário que, em última análise, desemboca no Supremo Tribunal Federal. Calcula-se que somente no ano de 2017 cerca de 100 mil novos processos foram protocolados no STF. A dificuldade em se administrar o alto volume de feitos, acumulando as funções de Corte Constitucional com as de instância revisora, levou à necessidade de se desenvolver mecanismos capazes de racionalizar e dar vazão de forma célere e uniforme a essas demandas que assoberbam a Suprema Corte do país.

O instituto da repercussão geral insere-se exatamente nesse contexto, originando-se na Emenda Constitucional 45/2004, que instituiu a chamada reforma do Poder Judiciário. O Relatório Final da Comissão Mista de Reforma do Poder Judiciário assentou que a repercussão geral servirá para "restaurar o caráter paradigmático das

> **"a repercussão geral servirá para 'restaurar o caráter paradigmático das decisões do STF, à medida que possibilitará que essa Corte examine apenas as grandes questões do país discutidas no Poder Judiciário'"**

decisões do STF, à medida que possibilitará que essa Corte examine apenas as grandes questões do país discutidas no Poder Judiciário".

Instituída com a promessa de filtrar as demandas que chegam à apreciação do STF, seja em termos quantitativos como em termos da relevância da questão constitucional debatida, a repercussão geral passou a ser requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários, conforme previsão do art. 102, §3º da Constituição.

Com o fim de regulamentar a EC 45, o Código de Processo Civil foi alterado estabelecendo que, para reconhecer a repercussão geral, o STF deverá considerar a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico e que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Por meio de emenda ao Regimento Interno do STF, foi instituído o plenário virtual para possibilitar o cumprimento da exigência legal sem sobrecarregar o plenário físico, uma vez que o sistema possibilita o exame prévio da existência ou não de repercussão geral sem necessidade da sessão presencial. A medida permitiu que os ministros apreciassem a existência ou não de repercussão geral em determinado recurso de forma remota, mesmo estando fora de seus gabinetes, conferindo maior celeridade aos processos.

Nota-se que a inserção do instituto no ordenamento jurídico faz parte de um movimento de objetivação do controle concreto de constitucionalidade. Entendimentos jurisprudenciais e alterações legislativas têm sinalizado para a existência de uma tendência de se introduzir elementos do processo objetivo no controle concreto, aproximando-o do controle abstrato. Daí a o uso da expressão "objetivação" do controle concreto em referência ao uso de elementos do processo objetivo em processos nos quais as questões constitucionais são discutidas em um contexto subjetivo, regido por regras processuais comuns. Assim, o que antes eram características próprias do controle abstrato agora também podem ser observadas no controle concreto.

A exigência de que as questões constitucionais transcendam o caso concreto, ultrapassando os interesses subjetivos das partes implica na alteração do alcance e dos efeitos das decisões do STF. Não há

previsão expressa na Constituição ou na lei quanto à existência de efeitos vinculantes erga omnes das decisões proferidas em sede de recurso extraordinário em que reconhecida a repercussão geral e, a rigor, a inconstitucionalidade pronunciada no controle difuso somente surtirá efeito erga omnes a partir da suspensão dos efeitos da norma atingida por Resolução do Senado Federal (art. 52, X da CF).

No entanto, na prática, embora seja possível que o tribunal de origem mantenha o acórdão em dissonância com o afirmado pelo STF, não há dúvidas de que, provocado, o Supremo irá reformar prontamente decisão contrária a entendimento firmado em tema de repercussão geral.

A exigência de repercussão geral nos recursos extraordinários também está inserida num contexto global de aproximação entre os sistemas da Civil Law e da Common Law, no caso do Brasil, representado pelo estabelecimento de um sistema de precedentes, especialmente após o advento do novo Código de Processo Civil de 2015. E, por fim, é parte de um movimento, ainda polêmico e distante de consensos, no sentido de se transformar o STF numa legítima Corte Constitucional, retirando do Tribunal a competência de instância revisora de casos concretos.

Passados mais de dez anos da implementação da repercussão geral no ordenamento brasileiro, o que se avalia, entretanto, é que as mudanças provocadas pelo instituto ainda estão aquém das muitas expectativas criadas. A promessa de celeridade e redução significativa dos processos remetidos à apreciação do STF não se concretizou, mesmo com as elevadas estatísticas de processos julgados anualmente pela Corte.

Em uma década de aplicação da repercussão geral, os números dão conta que: (i) 974 questões foram afetadas ao regime de repercussão geral; (ii) em 317 temas ela foi negada, significando que recursos versando aquelas matérias não mais serão apreciados pelo STF; (iii) das 657 questões remanescentes, 359 haviam sido julgadas; (iv) 298 ainda estavam pendentes; e (v) a média de julgamento ao longo do período foi de aproximadamente 34 temas com repercussão geral por ano (359 em dez anos e meio).

Ocorre que, se por um lado é positivo o reconhecimento da existência de repercussão geral acerca de determinado tema, no sentido de que a Corte unificará o entendimento sobre a matéria assegurando a segurança jurídica, por outro, enquanto o mérito não é apreciado, a afetação do tema tem resultado no sobrestamento de milhares de processos nas instâncias inferiores, que ficam aguardando a decisão do Tribunal para serem solucionados.

Com cerca de 39 mil ações em tramitação no Supremo, as sessões de julgamento não têm logrado absorver todas as discussões com repercussão geral reconhecida. Levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça revela que nos últimos seis anos, mais do que dobrou o número de ações paralisadas no Judiciário aguardando o desfecho no Supremo do julgamento de temas afetados por repercussão geral. Segundo dados do STF, em fevereiro de 2019 havia 425 mil processos sobrestados, aguardando decisão final em temas de repercussão geral.

A facilidade do diagnóstico, todavia, contrasta com a complexidade e variedade de soluções oferecidas ao "gargalo do Judiciário". O ministro Luís Roberto Barroso defende que o Supremo não reconheça mais temas de repercussão geral do que é capaz de julgar no período de um ano e que, enquanto houver temas pendentes de julgamento, o STF deve limitar o reconhecimento da repercussão geral a 40 recursos por ano.

O ministro também já reconheceu, em artigos publicados, que há, nos gabinetes do STF, o que chamou de "filtro oculto de relevância". Assim, nas suas palavras, "em lugar de explicitar que o caso e a questão não tiveram a relevância reconhecida, pratica-se a antiga e tradicional jurisprudência defensiva que se materializa em um de três clichês para negar seguimento a recurso extraordinário: a) a matéria é infraconstitucional; b) a solução do problema envolve matéria de fato ou revolvimento de provas; e c) a questão constitucional não foi adequadamente prequestionada". A consequência disso seria ainda mais recursos contra essas decisões, sendo a solução apresentada, que a existência ou não de repercussão geral fosse o primeiro exame a ser feito pelo relator, antes dos demais critérios de admissibilidade[1].

1 BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 7, n. 3, dez.2017, p. 695-713.

Ocorre que o equilíbrio entre celeridade processual e justiça no caso concreto, num cenário em que impera a cultura da litigiosidade, tem sido um malabarismo quase sobre-humano. A perspectiva de ampliação dos julgamentos via plenário virtual, em razão do volume das causas, pode desumanizar e robotizar a prestação jurisdicional, além de tornar cada vez mais reduzidas as possibilidades de sustentação oral pelos advogados e, como consequência, as chances de convencimento, reflexão e mudança de entendimento por parte dos julgadores. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição pode ver-se reduzida, em nome da celeridade, a julgamentos monocráticos e a posicionamentos individuais dos onze ministros manifestados virtualmente, sem o debate presencial e a construção de decisões efetivamente colegiadas, que engendrem, ainda que parcialmente, um consenso da Corte quanto à determinada matéria.

De outro lado, a apreciação, pelo Supremo, da repercussão geral como requisito primeiro da análise de admissibilidade, força a Corte a eleger os casos sobre os quais se manifestará, de acordo com a sua concepção de relevância econômica, política, social ou jurídica. A abertura e a indeterminação desses conceitos atraem o risco de tornar as manifestações do Supremo deveras suscetíveis às pressões das maiorias políticas de ocasião, da opinião pública e das contingências econômicas, em detrimento do seu consagrado papel contramajoritário, de defesa dos direitos fundamentais, em respeito ao pacto original de Ulisses com seus marujos, que o permitiu não ser tragado pelo canto das sereias e resistir às tentações conjunturais. Abre-se o risco de se ampliar os subjetivismos e as preconcepções também no controle difuso, já, em certa medida, presentes no controle abstrato pela prática do ativismo judicial.

Finalmente, ainda que se reconheçam os méritos da repercussão geral e da tentativa de reservar ao STF as questões constitucionais de alta relevância nacional, a questão que fica é: quem irá apreciar as violações constitucionais nos casos concretos, nas demandas individuais? É sabido que na primeira e segunda instâncias, as alegações de violação constitucional beiram à argumentação retórica, figurando como um reforço secundário, na maioria das vezes tido por

irrelevante, ante à violação ao Código de Processo Civil, ao Código de Defesa do Consumidor ou ao Código Tributário – e nem se diga quanto às Convenções Internacionais.

Se o Supremo vai abrir mão dessa competência – ou já abriu, em grande medida, após a instituição da exigência de repercussão geral – é urgente que as violações constitucionais sejam efetivamente apreciadas e possam figurar como fundamento válido e suficiente para as decisões judiciais nas instâncias ordinárias, o que, definitivamente, não acontece hoje. Não é razoável que a norma fundamental, que orienta todo o ordenamento jurídico seja, nos casos concretos e individuais, relegada a um papel secundário, havendo uma lacuna em sua apreciação ao longo de toda a tramitação processual, uma vez que, não sendo o caso de repercussão geral, também não será apreciada pelo STF.

Não se trata, como se vê, de uma equação fácil. Se pudesse arriscar uma luz, um farol, apostaria na importância dos métodos adequados de solução de controvérsia, na redução da cultura da litigiosidade e da judicialização da vida e na busca pela solução efetiva dos conflitos em sociedade de forma menos heterônoma, com menos Estado-juiz e mais cidadão autônomo. O sistema de justiça do futuro é aquele em que os sujeitos participam da construção da solução de seus conflitos. São artífices da decisão. Assim, não seria necessário remediar as pilhas infindáveis de processos que abarrotam as secretarias do Poder Judiciário.

Marcus Vinicius Furtado Coelho é advogado e professor, Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca, Presidente Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil nos anos de 2013 a 2016, Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB nos anos de 2016 a 2019.

VOLTAR PARA O ÍNDICE

DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo e o desafio do "interesse público"

Marçal Justen Filho

Todo advogado que atua no direito administrativo se depara, com frequência, com a figura do interesse público. É comum os doutrinadores e a jurisprudência invocarem a supremacia do interesse público como critério de validade dos atos administrativos. Diante disso, surgem muitas perguntas, tais como:

o que é "interesse público"?

a quem cabe determinar o que é "interesse público"?

o "interesse público" sempre se sobrepõe sobre os interesses privados?

Essas são questões difíceis na teoria e muito mais difíceis na prática, especialmente, porque determinam o resultado de controvérsias e litígios. A relevância do tema exige respostas que propiciem um mínimo de certeza.

O que é "interesse público"?

A expressão "interesse público" não possui um conteúdo preciso e determinado. Não existe algo que seja reconhecível como "interesse público" em termos abstratos e teóricos. "Interesse público" indica situações, necessidades, valores, bens, direitos que apresentam uma importância que ultrapassa a dimensão individual. Sob um ângulo,

interesse público é sinônimo de interesse coletivo. Assim, por exemplo, podemos dizer que o abastecimento de água apresenta interesse público. Afinal, todos os seres vivos necessitam de água.

Mas não é correto afirmar que o "interesse público" seja sinônimo de interesse de todos. Se fosse, bastaria um interesse divergente para não existir o interesse público. Em muitos casos, interesse público é o interesse da maioria. Por exemplo, é correto afirmar que existe interesse público em fixar as tarifas de água no menor valor possível. Mas esse é o interesse dos consumidores, que são aqueles que pagam pela água fornecida. O interesse do fornecedor de água – usualmente, um concessionário privado – não consiste em que a tarifa de água seja a menor possível.

Em outros casos, o interesse da maioria não é o interesse público. Há situações em que o interesse público relaciona-se a minorias. Por exemplo, existe interesse público em proteger as minorias raciais, religiosas, sexuais etc.

Esses exemplos demonstram que a expressão "interesse público" é utilizada em diferentes situações, para indicar coisas muito distintas. Significa que "interesse público" não é uma situação única, uniforme e padronizada.

Não implica que possamos usar "interesse público" de modo arbitrário. Ninguém concordaria, por exemplo, que o interesse público autorizaria estabelecer como feriado nacional o dia de fundação do time de futebol mais popular do país. Todos reconhecem que a preferência futebolística é uma questão privada, não pública.

Ou seja, o interesse público se refere a situações, valores, bens e direitos que são protegidos em virtude de apresentarem importância diferenciada. Indica valores reputados como essenciais, relevantes, que ultrapassam a dimensão individual e egoística da existência.

Quando o direito protege o interesse público, não está protegendo a maioria em detrimento da minoria da população. O direito tutela os valores essenciais e fundamentais. Na maior parte dos casos, isso significa proteger a maioria da população, porque esses valores

fundamentais se relacionam à existência coletiva. No entanto, há muitos casos em que a minoria é protegida, porque muitos valores essenciais referem-se ao ser humano, considerado como indivíduo.

Indo avante, existem muitos valores diferentes protegidos pelo direito. Não é correto imaginar um "interesse público" único. Não existe "o" interesse público, mas há "interesses públicos", no plural.

Por exemplo, é muito importante construir rodovias, que facilitam o deslocamento de bens e pessoas, permitem a integração nacional e promovem o desenvolvimento econômico. Mas também é fundamental proteger o meio ambiente e preservar sítios arqueológicos. Por isso, a construção de rodovias deve observar limites. Esses valores são igualmente relevantes e protegidos.

Em síntese, pode-se dizer que "interesse público consiste no conjunto de valores fundamentais, compartilhados pela sociedade e protegidos pelo direito, que são relevantes para a existência da sociedade e para a proteção dos indivíduos".

A quem cabe determinar o que é "interesse público"?

A determinação do interesse público cabe ao direito. Mas a determinação concreta daquilo que é de interesse público ao povo, por meio de seus representantes, nos termos do art. 1º, parágrafo único da CF/88. As regras jurídicas estabelecem procedimentos e formalidades para o reconhecimento formal da existência do interesse público e atribuem, como regra, às autoridades estatais a competência para isso.

Portanto, a lei (entendida em sentido amplo, para abranger inclusive a Constituição) e o ato administrativo são o instrumento para a identificação do interesse público. Isso não

"Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos dessa Constituição"

art. 1º, parágrafo único da CF/88.

significa existir um poder arbitrário. Num Estado Democrático de Direito, todas as competências estatais são instituídas e limitadas, mesmo quando existir uma margem de autonomia (discricionariedade) para a autoridade estatal.

Por isso, a afirmação pela autoridade estatal da existência de interesse público não é suficiente para legitimar um ato administrativo concreto. Nenhuma competência legitima um ato administrativo destituído de motivação ou cujo conteúdo for incompatível com o direito. É indispensável que a autoridade administrativa detalhe a situação, indique os valores envolvidos, com observância de um procedimento administrativo.

Se a decisão administrativa apenas invocar a expressão "interesse público" e não contiver motivação concreta e satisfatória, o juiz não disporá de condições de cumprir o art. 489, § 1º, do CPC, que determina o seguinte:

> **"Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:**
>
> **I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;**
>
> **II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; ...".**

Essa regra se aplica também para o ato administrativo, porque é vedado ao juiz se substituir ao administrador (para identificar a presença do interesse público). Se o ato administrativo não foi motivado adequadamente, será impossível que a sentença supere esses defeitos.

Há ainda outra imposição legal. O art. 20 do Dec.-lei 4.657/1942 (com a redação da Lei 13.655/2018) estabelece que:

"Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas."

É inválida a decisão de qualquer autoridade estatal que se limitar a invocar o "interesse público", sem demonstrar a presença de valores cuja proteção se faz necessária ou de que derivem as consequências impostas. Aplicam-se os remédios tradicionais do direito administrativo, tal como a teoria dos motivos determinantes, a verificação do erro de fato e a apuração do desvio de finalidade.

Cabe à autoridade estatal determinar o que é de interesse público, mas a validade de sua decisão depende da observância de um procedimento adequado e da demonstração das circunstâncias concretas que demonstrem a legitimidade da decisão.

O "interesse público" sempre se sobrepõe aos interesses privados?

A resposta é negativa. O direito define a proteção aos interesses públicos e privados. Em muitos casos, existem direitos fundamentais dos sujeitos privados, oponíveis à coletividade e ao Estado. Essa é uma das características da CF/88: a proteção aos direitos fundamentais do cidadão. Nenhum ato estatal é válido quando infringir direitos subjetivos reconhecidos ao particular – especialmente quando se tratar de direitos fundamentais. O interesse público somente prevalece sobre o interesse privado nas situações em que o direito assim o determinar. Afirmar que o "interesse público" prevalece sobre um direito fundamental privado é uma violação à Constituição.

Talvez seja mais correto afirmar que o "interesse público" incorpora os direitos fundamentais. Quando se avalia a situação para definir a existência do interesse público, é obrigatório considerar também os direitos fundamentais dos particulares. Ou seja, o direito fundamental do particular não pode ser sacrificado, menosprezado, diminuído mediante a invocação ao interesse público porque a definição de "interesse público" compreende inclusive a proteção aos direitos fundamentais.

Em muitas situações, o direito contém soluções para compatibilizar os direitos fundamentais do indivíduo com os valores e interesses da coletividade. O direito admite a restrição ou sacrifício aos direitos do particular, mas assegura a ele uma compensação justa. O exemplo mais evidente é a desapropriação, prevista no art. 5º, inc. XXIV, da CF/88.

Conclusão

A CF/88 consagrou uma sociedade justa e igualitária e impôs ao Estado o dever de promover a dignidade de todos, combater as desigualdades regionais, eliminar a miséria e fomentar o desenvolvimento econômico sustentável. O interesse público compreende uma grande variedade de valores, que se referem tanto à coletividade como ao indivíduo. A validade dos atos estatais depende da compatibilidade com esse conjunto de valores, que se traduzem em princípios e regras jurídicos. O cumprimento da missão do Estado não é simples. Mas a dificuldade envolvida não pode ser superada mediante o expediente de denominar de "interesse público" aquilo que tiver sido arbitrariamente escolhido pelo governante.

Marçal Justen Filho é advogado e autor de diversos livros jurídicos.

VOLTAR PARA O ÍNDICE

DIREITO DO TRABALHO

O acesso à Justiça do Trabalho

João Baptista Lousada Camara

“Resistência é forma de luta. O acesso pleno, integral e total à Justiça do Trabalho representa um direito fundamental da cidadania.”

Iniciava meu caminho pela advocacia trabalhista, ainda estudante, já lá se vão mais de 60 anos, quando o acesso à justiça era pleno.

A Constituição de 1946, então vigorante, proclamara o acesso à justiça que havia sido expurgado pela Carta de 1937, como próprio das ditaduras.

Naquela época, quando começava a minha carreira pelo apadrinhamento de Evaristo de Moraes Filho, advogar na Justiça do Trabalho era diferente.

As iniciais podiam ser tomadas a termo. As custas eram pagas com estampilhas; os agravos de petição eram decididos de modo monocrático; havia audiências aos sábados; e a primeira máquina de fotocópia na cidade atraía filas de advogados no Mercado das Flores, Centro do Rio de Janeiro.

A inépcia dos pedidos só se tornou mais conhecida dos advogados trabalhistas depois do CPC de 1973.

O acesso à Justiça voltou a sofrer restrições pelos Atos Institucionais nº 3 de 1966 e nº 5 de 1968, por motivos óbvios.

A Constituição cidadã de 1988 restabeleceu o acesso pleno à Justiça. No entanto, agora o acesso à Justiça do Trabalho restou coarctado por legislação ordinária!!!

O acesso à justiça antevisto por Aristóteles ultrapassou os anos e a melhor definição que encontrei para conceituar o princípio foi o de Hannah Arendt – "é o direito a ter direitos".

Correu todo esse tempo e novas atividades, novas concepções do trabalho e recentes progressos da tecnologia passaram a exigir uma atualização da legislação nacional sobre o Direito do Trabalho.

No entanto, sob o fundamento do denominado "Custo Brasil" (falso), com argumento de que o número de ações trabalhistas no país correspondia a 95% de todas as ações trabalhistas do mundo (falso), debaixo do pretexto da não existência da Justiça do Trabalho em outros países (falso) e com a promessa de que seriam aumentados os empregos (muitas vezes falso), em vez de atualização, foi editada, de afogadilho, a denominada Reforma Trabalhista sem um estudo mais acurado e um largo debate com a sociedade.

No referido diploma – Lei 13467/2017, de modo sutil e cerebrino, o acesso à Justiça do Trabalho foi mascarado com o disfarce de restrições à gratuidade de justiça.

O então Procurador Geral da República, ato contínuo, propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 5766 afirmando que a Reforma Trabalhista havia imposto limitações inconstitucionais à garantia de gratuidade judiciária para os que comprovassem insuficiência de recursos adotando de forma sibilina a restrição do acesso à Justiça do Trabalho. O requerimento da peça inicial apontava a inconstitucionalidade dos artigos 790-B e 791-A, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ressalta inquestionávela inconstitucionalidade dos supramencionados dispositivos em face do artigo 5º, LXXIV e XXXV da Constituição. Na espécie, o Supremo Tribunal Federal já declarou que o

direito à assistência plena e gratuita, inserida na Carta Maior abarca, igualmente, o direito à gratuidade de Justiça.

A decisão prolatada na referida ADI não escondeu o propósito de reduzir o acesso à Justiça do Trabalho. No seu inciso 1, para justificar a procedência parcial, é dito: "o direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários".

Evidentemente, verificou-se um tratamento discriminatório do conceito da litigância abusiva que ocorre, igualmente, em ações de outra natureza. A litigância abusiva pode ser penalizada pela má-fé. Na espécie, entretanto, das ações trabalhistas, a litigância abusiva, pela manifestação da Suprema Corte, foi prévia e presumidamente punida de modo ostensivo com o claro objetivo de reduzir o número de processos.

Ora, uma singela interpretação léxica da expressão litigância abusiva representa, de plano, um preconceito subjetivo. Recente pesquisa (Portal G1 de 22/02/2019) denunciou que o maior percentual de ações na Justiça do Trabalho perseguia a reparação de verbas rescisórias, resultado que desmente todos os fundamentos da decisão proferida na ADI.

A Corte Superior, em matéria de arguições de inconstitucionalidade, questão regulada pela Lei 9868/1999, em seu artigo 27, pode restringir os efeitos da decisão. Como a dicção do vocábulo restringir é induvidosa, os doutos, por eufemismo, resolveram substituir a expressão restringir por modulação, mais palatável para os leigos, tudo para justificar se uma norma era mais ou menos inconstitucional, como se tal fosse possível. Uma simples consulta aos sites que tratam dos significados das palavras vai revelar semelhança entre modulação e degradação.

Pedro Serrano, notável jurista, intitulou artigo recente dizendo (Conjur – 11/12/2017): "Não há imoralidade maior do que a degradação de direitos".

É o que está ocorrendo com o acesso à Justiça do Trabalho.

Em termos Brasil o acesso à Justiça continua aberto para todos com limites somente para aqueles que buscam a reparação de direitos na Justiça do Trabalho. A Reforma Trabalhista, com digitais hoje conhecidas, trouxe artigos geradores de insegurança jurídica, contrariando jurisprudência consolidada, doutrina uniforme e vulnerando direitos fundamentais estabelecidos no artigo 8º da Convenção Inter-Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, tratado ratificado que elevou o referido instrumento ao nível de preceito constitucional.

Vale a lição do Ministro Edson Fachin que, ao votar no julgamento da ADI resumiu tão árduo tema, em um simples parágrafo, sic: "A restrição, no âmbito trabalhista, das situações em que o trabalhador terá acesso ao benefício da gratuidade da justiça, pode conter em si a aniquilação do único caminho que dispõem esses cidadãos para verem garantidos seus direitos sociais trabalhistas".

Todos aqueles que lidam com o direito, nas mais diversas áreas e atividades, devem assumir suas posições na defesa da Constituição.

Concluímos com a lição de Julián Fuks, na sua premiada obra A Resistência: "É preciso aprender a resistir. Nem ir, nem ficar, aprender a resistir".

Resistência é forma de luta. O acesso pleno, integral e total à Justiça do Trabalho representa um direito fundamental da cidadania.

João Baptista Lousada Camara é advogado.

DIREITO CIVIL

A prescrição da pretensão derivada do inadimplemento contratual

Judith Martins Costa

O vigente Código Civil modificou o regramento da prescrição, seja do ponto de vista *estrutural* (discernindo, na estrutura codificada, entre prescrição e decadência), seja quanto à *extensão*, reduzindo amplamente os prazos prescricionais e prevendo diferentes hipóteses de incidência. A Lei passou a prever prazos prescricionais específicos de um, dois, três e cinco anos (art. 206, § 1º a § 5º), classificados de acordo com a espécie de pretensão, mantendo, todavia, a *regra geral* – incidente se não configurado qualquer um dos prazos específicos –, fixando-o em dez anos (art. 205).

Embora a clareza as regras legais, doutrina e jurisprudência hesitaram quanto à definição do prazo aplicável à prescrição da pretensão derivada do inadimplemento contratual: incidiria o prazo decenal, previsto como regra geral para todas aquelas hipóteses em que não há regra especial ou o inadimplemento de contrato faz nascer pretensão à "reparação civil", então fazendo incidir o prazo prescricional específico de três anos, conforme o artigo 206, § 3º, V, do Código Civil?

O tema foi recentemente enfrentado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça[1], em decisão da maior importância, pois coloca um ponto final na incerteza que tantas situações injustas causou, definindo ser decenal o prazo prescricional incidente a ações que visam obter indenização motivada pelo incumprimento imputável de contrato.

Examinada em retrospectiva, a matéria já fora objeto de vinte e uma decisões, entre 2008 e 2016, aplicando o prazo de dez anos à responsabilidade contratual; e apenas duas inclinando-se ao prazo

1 STJ. EREsp 1.281.594/SP. Corte Especial. Relator Min. Benedito Gonçalves. Relator p/ Acórdão Min. Felix Fischer. J. em 15.05.2019.

trienal, mas sem análise do mérito, seja porque a matéria não fora impugnada em sede recursal, mantendo-se a decisão da instância anterior, seja em virtude do óbice das Súmulas 5 e 7 do STJ.

No final de 2016, porém, concluiu-se em um julgado da 3ª Turma do STJ, pela aplicação do prazo trienal também para as pretensões indenizatórias fundadas no inadimplemento contratual. Conquanto enfrentado o mérito da questão, não se explicou o porquê da viragem, nada se tendo referido acerca da razão de tão radical descontinuidade no entendimento do Tribunal responsável por uniformizar a interpretação das leis infraconstitucionais do país a fim de dar segurança jurídica e previsibilidade aos cidadãos.

Desde então, proliferaram decisões em ambos os sentidos, até que, em junho de 2018, no EREsp 1.280.825/SP, da Segunda Seção, relatora a Min. Fátima Nancy Andrighi, reafirmou-se a aplicabilidade do prazo de dez anos, sendo essa a solução acorde ao regime da inexecução contratual previsto no Código Civil. É esse o entendimento que vem de ser agora respaldado pela acima mencionada decisão da Corte Especial.

O primeiro ponto a destacar no novel julgado é o fato de ter obedecido e reafirmado o inafastável princípio da segurança jurídica. Decisões contraditórias, proferidas ao sabor dos valores – muitas vezes mutáveis – dos julgadores, não servem ao Estado de Direito.

O segundo e não menos importante aspecto diz respeito à alta qualidade técnica da decisão. O voto condutor do Exmo. Min. Felix Fischer, relator para o acórdão, é tecnicamente irretocável, pois fundado na compreensão da inteira disciplina codificada no que diz com a execução e à inexecução das obrigações contratuais.

Começa por não ignorar o fato de o inc. V do art. 206, §3° do Código Civil, ter usado a expressão "reparação civil" ao fixar o prazo trienal. Porém, como as palavras da lei não são unidades isoladas e soltas no espaço, a decisão situa o elemento literal no seu entorno normativo. Visualizando o Código Civil em sua integralidade sistemática, percebe que o alcance da expressão "reparação civil" é pontuado pelo distinto tratamento conferido pela Lei, de um lado, às obrigações fundadas em contrato; de outro, às obrigações fundadas em ato ilícito absoluto.

Analisando a disciplina legal das obrigações contratuais, recorda

que o regime principal é o do contrato, sendo o dever de indenizar um dever acessório, ou dever subsidiário, dotado de função própria do plano sancionatório. Assim, enquanto não prescrita a pretensão principal (a referente à obrigação contratual), não seria lógico poder prescrever a respectiva sanção (a obrigação pelas perdas e danos). Se a pretensão ao adimplemento ainda não foi atingida pela prescrição e, portanto, o contratante pode exigir a observância ao avençado, a lógica reclama que também lhe seja reconhecida a possibilidade de responsabilizar o devedor pelo descumprimento. Como consequência, enquanto se puder exigir a prestação contratual, subsistirá a exigibilidade do acessório (pretensão ao equivalente econômico e seus acréscimos legais)[2].

De fato, careceria de sentido afirmar que o credor tem um prazo para exigir o cumprimento da prestação e outro para reclamar o pagamento das perdas e danos que lhes são devidos em razão do mesmo descumprimento. Pode-se afirmar o mesmo a propósito da execução pelo equivalente e da resolução. Se o credor ainda pode reclamar a prestação substitutiva ou a extinção da relação contratual, deve-se, igualmente, reconhecer-lhe a pretensão indenizatória decorrente do mesmo inadimplemento definitivo[3]: do contrário, se admitida fosse a tese do prazo prescricional de três anos para reclamar indenização do incumprimento de contrato, o credor teria dez anos para exigir o cumprimento da prestação, mas apenas três para exigir a indenização decorrente da inobservância do tempo, lugar ou modo pactuados por parte do devedor, é dizer, da mora. Passados três anos, o devedor poderia, mediante o cumprimento tardio da prestação, obter o efeito equivalente à purgação da mora sem, todavia, ressarcir os prejuízos causados ao credor, o que

2 Assim, THEODORO JUNIOR, Humberto. Comentários ao novo Código Civil. Vol. III. Tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 333). No mesmo sentido: MALUF, Carlos Alberto Dabus. Código Civil Comentado: artigos 189 a 232. Atlas: São Paulo, 2009, p. 111-112; CARNEIRO, Athos Gusmão. Prescrição trienal e "reparação civil". Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais vol. 13, n. 49, 2010, p. 18-19.

3 Assim escreveu-se em: MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil. Vol. V. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 160-161); Ainda: THEODORO JR., Humberto. Comentários ao novo Código Civil. Vol. III. Tomo. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 310 e 332-334; ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. Contrato de Distribuição. O inadimplemento recíproco. São Paulo: Atlas, 2015, p. 121 e ss.; e ZANETTI, Cristiano de Sousa. A transformação da mora em inadimplemento absoluto. Revista dos Tribunais, vol. 942, 2014, p. 13-14.

contrastaria com a regra constante do art. 401, inc. I, do Código Civil[4]. E o mesmo se verifica na hipótese de inadimplemento definitivo. O credor teria então dez anos para pleitear a execução pelo equivalente ou, se cabível, a resolução, mas apenas três anos para reclamar o pagamento das perdas e danos decorrentes do inadimplemento, de modo que o art. 475 do Código Civil passaria a ser aplicado pela metade[5].

Solvida a questão sob os critérios literal, lógico e sistemático, a decisão da Corte Especial voltou-se, enfim, ao *critério axiológico*, para destacar a falta de identidade valorativa entre as espécies de pretensão contratual e extracontratual. Com apoio em boa doutrina[6] rejeita a ideia da prevalência da tese unitária ou monista – que "parece andar na contramão da história ao buscar igualar – *contra legem* – o que a peculiaridade impõe distinguir"[7], dissolvendo em uma mesma e única disciplina a responsabilidade contratual e a delitual.

O aresto bem discerne, ao contrário, entre os bens jurídicos em jogo. De um lado, a pretensão extracontratual diz respeito a bens jurídicos gerais, em atenção ao comando *neminem laedere*. Nestes casos, o fundamento da responsabilidade reside, basicamente, numa reprovação à injusta violação de direitos alheios derivada de uma falta de diligência, *lato sensu* compreendida. De outro, a pretensão contratual atine a relações que se protraem no tempo por meio de uma sucessão de condutas voltadas à obtenção de um fim comum – o adimplemento do pactuado – voluntariamente buscado pelas partes. O dever de indenizar, nesse caso, traduz a reprovação a um *atentado contra determinada relação especial de confiança legítima* existente entre as partes, concretizado na violação de um direito de crédito. Como

4 *In verbis*: "Art. 401. Purga-se a mora: I - por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta".

5 Esses argumentos estão mais demoradamente expostos em: MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade Contratual: Prazo Prescricional de Dez Anos. *Revista dos Tribunais*, vol. 979, mai./2017, p. 215-241.

6 FRITZ, Karina Nunes. Comentário ao EREsp. 1.280.825/RJ: prazo prescricional de dez anos para responsabilidade contratual? Revista IBERC v. 2, n. 1, p. 01-24 jan-abr.2019. Na doutrina francesa v. CARVAL, Suzanne. La Construction de la responsabilité civile. Paris, PUF, 2001, especialmente p. 124-126.

7 FRITZ, Karina Nunes. Comentário ao EREsp. 1.280.825/RJ: prazo prescricional de dez anos para responsabilidade contratual? Revista IBERC v. 2, n. 1, p. 01-24 jan-abr.2019.

já bem havia apontado a 2a. Seção do STJ, no julgamento do EREsp. 1.280.825/RJ, não existe qualquer afronta ao princípio constitucional da isonomia em o legislador reservar prazos prescricionais distintos para os casos de violação contratual e cometimento de ato ilícito absoluto, pois ambos os tipos de responsabilidade se distinguem ontológica, estrutural e funcionalmente, tratando-se, essa conclusão, não de um anacrônico conservadorismo, mas "um mandamento de respeito à lei e de racionalidade, imprescindível ao desenvolvimento seguro e progressivo do direito[8]".

Assinala a decisão, por fim que, por se tratar de uma regra restritiva de direitos, a norma que versa sobre prescrição não comporta interpretação extensiva nem analógica. De fato, trata-se de assegurar a devida proteção ao crédito. A fixação dos prazos prescricionais não pode ficar ao arbítrio do que o julgador considera "melhor", "mais moderno" ou "mais oportuno", dependendo da estabilidade da fixação por lei. É de ser festejada, pois, a decisão proferida no julgamento do EREsp 1.281.594/SP pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça ao consolidar a orientação que já era majoritária: para o inadimplemento de contrato incide o prazo de dez anos.

8 FRITZ, Karina Nunes. Comentário ao EREsp. 1.280.825/RJ: prazo prescricional de dez anos para responsabilidade contratual? Revista IBERC v. 2, n. 1, p. 01-24 jan-abr.2019.

Judith Martins-Costa é advogada. Foi professora de Direito Civil na UFRGS. Livre Docente pela USP. Autora de diversos livros jurídicos.

DIREITO PENAL

Panorama do Direito Penal Ambiental: do crime à responsabilidade

Ademar Rigueira Neto

Reconhecer que o direito penal tem sido posto à prova não se trata de uma novidade. Entre todos os ramos do direito talvez seja ele o que mais prendeu a atenção da sociedade brasileira nos últimos cinco anos. É verdade que, em parte das discussões, o que está mesmo em causa é a transformação do método do processo penal: de um modelo reativo para o proativo.

Apesar do crescente interesse - não por acaso - em temas de natureza processual, no direito penal também se tem visto o nascimento de problemas que incidem diretamente no exercício da advocacia criminal. Refiro-me precisamente a três espécies de problemas, são eles: a) as dificuldades probatórias quanto a configuração de determinados delitos ambientais; b) a atribuição de responsabilidade penal aos dirigentes de empresas acusadas por crimes ambientais; e c) a defesa criminal das pessoas jurídicas envolvidas nos delitos contra o meio ambiente.

Como se nota, os problemas apontados se relacionam diretamente às discussões particulares de qualquer processo criminal que vise a apuração e determinação de responsabilidade penal aos sujeitos que possam ser considerados como os "donos do fato" e, portanto, merecedores do juízo de reprovação penal. Eis a relevância prática dos temas que serão aqui desenvolvidos, os quais, registro, de maneira apenas provocativa ante as limitações colocadas pela finalidade a que se destinam.

Fixadas essas questões, passamos à tentativa – não exaustiva – de apontar diretrizes para tornar o exercício da advocacia criminal do meio ambiente menos tortuosa e quiçá mais atenta aos eventuais obstáculos que se apresentam nesse âmbito já naturalmente complexo.

Quanto a materialidade dos delitos ambientais, opõe-se desde logo o seguinte questionamento: qual o nível de exigência probatória a respeito da ocorrência ou não de um dano ambiental atual ou potencial apta a sustentar, por exemplo, o crime de poluição do art. 54 da lei nº 9.605/98?

Essa provocação tem razão de existir, pois o princípio da ofensividade e da culpa assim o exigem. Não basta, portanto, que simplesmente se apele para a técnica de incriminação dos delitos cumulativos para responder aquela pergunta. É essencial compreender que nem toda a poluição é crime – na realidade, sob a perspectiva dos princípios do direito penal, poucas o são.

Guiado pelos parâmetros constitucionais, o decisivo é que dos autos se constate ao menos uma ameaça real ou iminente ao meio ambiente, pois, caso contrário, o direito penal assumirá um papel de gestor de riscos próprio do direito administrativo – o que não se deve admitir num direito penal ancorado na ideia de culpa e de proteção aos bens jurídicos.

Mas caso exista uma tal "ameaça real ou iminente" e se estabeleça o vínculo causal entre o dano/perigo e uma empresa poluidora, quem dos integrantes da pessoa jurídica serão pessoal e criminalmente responsáveis pelo dano?

Sobre essa questão já se escreveram rios de tinta, mas ainda se teima no uso de soluções arcaicas que nada mais fazem se não responsabilizar dirigentes empresariais apenas pelo cargo que ocupam, pelas competências formais estipuladas num estatuto social distante da realidade ou pelo "não sabe, mas devia saber por alguma razão". De fato, responsabilizar um dirigente no meio de tantos outros não é tarefa fácil, mas na empresa nem tudo é assunto de todos.

Maior desafio consiste na atribuição de responsabilidade em virtude de decisões colegiadas. Ora, nesse ponto é necessário impor uma premissa básica que impeça a imputação penal pelo mero fato do dirigente ter participado de votações, ter composto o quórum mínimo ou de não ter realizado aquilo que o estatuto social da empresa não lhe permitia quando percebe que a decisão colegiada para a qual contribuiu poderia desencadear na consumação de um crime ambiental.

Em outras palavras, o advogado criminal deve estar atento ao fato de que a responsabilidade penal jamais poderá se assentar na prática de atos lícitos e completamente integrados à normalidade da vida empresarial. Além disso, merece um alerta especial o julgamento sob a perspectiva ex post. A relevância criminal dos atos empresariais deve ser vista desde uma perspectiva ex ante, sob pena de se punir por aquilo que não se sabia e nem se poderia saber.

Mais justo e eficiente seria, creio, averiguar a realidade fática de corporações complexas, tendo sempre em vista a repartição de tarefas, a hierarquia, os deveres formais e materiais porventura negligenciados e as delegações de funções, entre outros aspectos do dia-a-dia empresarial.

Ainda que essa apuração demande tempo e energia dos órgãos de justiça criminal, mais vale realizá-la do que simplesmente ignorar que a condenação de um inocente não atende a quaisquer dos fins das penas. É evidente que, quem não sabe o porquê está sendo punido está fadado a repetir o erro. E, sublinhe-se, isso se aplica de um modo geral à própria sociedade, que não reconhece as razões pelas quais pune ou deixa de punir.

Nesse caso, cabe ao advogado criminal buscar maneiras de racionalizar o poder punitivo estatal, não apenas por meio do combate justo e dialético, mas também pela promoção da investigação defensiva, antecipando-se e colhendo indícios e meios de prova admissíveis para corroborar a estratégia de defesa eleita.

Por último, mas de maneira alguma menos importante, recordemos que o direito penal ambiental guarda uma particularidade que o distingue de todos os outros ramos do direito penal: a possibilidade de responsabilização criminal das pessoas jurídicas por delitos cometidos no seu interesse.

Na atual realidade jurídica brasileira não parece haver dissenso de que a empresa sempre responderá por ato de outrem, nesse caso, dos seus representantes e dirigentes, desde que tal ato seja praticado no interesse ou benefício da corporação. Entretanto, se o legislador previu a responsabilidade criminal da pessoa jurídica nos delitos ambientais seria de se esperar que empresa pudesse responder por si só pelos crimes eventualmente cometidos.

Por outro lado, caso a empresa tivesse se precavido ao máximo para evitar a prática de ilícitos em seu seio, mas ainda assim tivessem ocorrido, haveria alguma justiça na atribuição da responsabilidade penal em prejuízo dela por um ato isolado e exclusivo de um ou alguns de seus dirigentes? A resposta parece ser negativa, pois a responsabilidade criminal atrai o princípio da individualização, não sendo possível alguém responder por ato exclusivo de outrem.

Nessa lógica, abrem-se espaços para o surgimento de novas formas de prevenção de crimes implementadas no interior de empresas, sejam elas grandes ou pequenas, locais ou nacionais. O que vale, afinal, é evitar as pesadas sanções penais previstas em lei, que comprometem o patrimônio, o funcionamento e a credibilidade das empresas.

Daí que nos últimos anos as discussões a respeito dos programas de compliance tenham estado tão acaloradas, pois são medidas preventivas de ilícitos cuja implementação visa a criação de um ambiente corporativo desfavorável ao crime, através da criação de códigos de conduta corporativa, canais de denunciação do crime e, em última análise, o cumprimento rigoroso dos comandos normativos. Tais programas visam não só evitar o cometimento de ilícitos, mas ainda a redução de penalidades caso crimes venham a ser praticados, pois revelam uma certa intenção da empresa em seguir fielmente o direito.

Dito isso, conclui-se que, em matéria de direito penal ambiental, as dificuldades para o advogado criminal e as garantias fundamentais são imensas, embora abram na mesma medida a oportunidade de traçar novas estratégias de defesa voltadas a preservar as necessidades jurídico-penais dos acusados em geral, dentre eles as pessoas jurídicas, em uma área naturalmente complexa e repleta de inovações.

Ademar Rigueira Neto é advogado e Conselheiro Federal da OAB.

DIREITO PROCESSUAL

A definição dos Honorários Advocatícios de Sucumbência pelo STJ

José Rogério Cruz e Tucci

Além de muitas novidades introduzidas pelo vigente Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), foram modificados os critérios norteadores da fixação dos honorários advocatícios de sucumbência.

Houve, de fato, inúmeras alterações sobre essa importante temática, desde a condenação da Fazenda Pública em honorários mais condizentes com o exercício profissional até a denominada sucumbência recursal.

A matéria encontra-se agora pontualmente disciplinada, em particular, nos arts. 85 a 90 do aludido diploma processual.

O princípio da causalidade continua a justificar a responsabilidade pela sucumbência, como se infere do *caput* do art. 85: quem perdeu deve arcar com os honorários do advogado do vencedor.

Ademais, prestigiando, em vários aspectos, o posicionamento que já prevalecia na jurisprudência, o § 1° do art. 85 estabelece que são devidos honorários: a) na reconvenção; b) no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo; c) na execução, resistida ou não; e d) nos recursos.

Como regra de regência, o § 2° do art. 85 dispõe que os honorários deverão ser fixados no percentual entre 10% e 20% (em ordem de preferência) da condenação, do proveito econômico ou, na impossibilidade de estimar-se o quantum debeatur, sobre o valor atualizado da causa. E isso tudo, independentemente da natureza da decisão, se de extinção do processo sem julgamento do mérito, de procedência ou de improcedência do pedido (§ 6°). Na hipótese de perda superveniente de interesse de agir (perda de objeto), a parte que deu causa ao processo deverá também arcar com o pagamento dos honorários.

Não há que se confundir os i) honorários contratuais, que são aqueles acertados entre advogado e cliente, com base na autonomia privada, com os ii) honorários de sucumbência, aqueles que decorrem da condenação da parte vencida (sucumbente) a pagar honorários diretamente ao advogado da parte vencedora, em um processo judicial.

Vale dizer, a relação entre advogado e cliente gera, no mais das vezes, honorários contratuais, convencionados na esfera da autonomia privada das partes da relação de confiança, enquanto que, no âmbito do processo judicial, emerge outra remuneração, atinente aos honorários de sucumbência. Ambas as espécies de honorários, convencionais (ou fixados por arbitramento) e de sucumbência são cumulativos e pertencem ao advogado, como forma de remunerá-lo pelo seu serviço indispensável à administração da Justiça.

Pois bem, a nova regulamentação do Código de Processo Civil atinente à fixação dos honorários de sucumbência gerou notória insegurança nestes três anos de vigência, uma vez que pairava dúvida se, realmente, a mens legis teria rompido o paradigma que já estava de certo modo sedimentado em nossos tribunais, qual seja o de que a verba honorária de sucumbência deveria, em alguns casos, ser estimada pelo juiz, tomando-se como parâmetro, à luz do disposto no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil revogado, o princípio da razoabilidade, a evitar que a respectiva condenação implicasse, de um lado, manifesta irrisoriedade; ou, de outro, injustificado enriquecimento do advogado ou dos advogados beneficiários em detrimento do patrimônio do litigante que perdeu a causa.

No entanto, antes mesmo das primeiras manifestações do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento da doutrina era no sentido de que os honorários de sucumbência, mesmo sob a égide do novo código, seriam estimados pela extensão do trabalho realizado e o tempo exigido para o seu serviço (ver, a respeito, por exemplo, Luiz Henrique Volpe Camargo, Breves comentários ao novo Código de Processo Civil, coord. Teresa Arruda Alvim et alii, São Paulo, Ed. RT, 2015, pág. 316).

É dizer, com Giuseppe Chiovenda: "O processo deve dar, na medida do possível, a quem tem um direito [inclusive o advogado], tudo aquilo e exatamente aquilo que tem direito de conseguir" (Dell'azione nascente dal contratto preliminare, Saggi di diritto processuale civile, 1, Roma, Foro Italiano, 1930, pág. 110).

Passado o tempo, tudo levava a crer que esse entendimento iria resultar inalterado, como, por exemplo, infere-se de acórdão da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Interno no Agravo de Instrumento no Recurso Especial 1.714.545-SC, com voto condutor do Ministro Sérgio Kukina, textual:

> "A jurisprudência deste Superior Tribunal admite, em caráter excepcional, a alteração do quantum arbitrado a título de danos morais, caso o valor se mostre exorbitante, em clara afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não ocorreu no caso concreto. *In casu*, considera-se que o patrono da parte agravada atuou de forma diligente, apresentando as cabíveis contrarrazões ao recurso especial, fato que, aliado ao caráter desestimulador dos honorários recursais, justifica sua majoração em 20% (vinte por cento) sobre o valor anteriormente arbitrado pelas instâncias ordinárias para a verba advocatícia, nos termos do artigo 85, parágrafo 11, do novo CPC/2015".

Secundando esse posicionamento, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial 439.746-CE, da relatoria do Ministro convocado Lázaro Guimarães, decidiu ser:

> **"pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que o valor estabelecido a título de honorários advocatícios pelas instâncias ordinárias pode ser alterado nas hipóteses em que a condenação se revelar exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que ocorre no caso em**

apreço, em que arbitrado o montante de 20% sobre o valor da execução (R$ 9.176.333,98)".

E essa orientação vem sendo seguida, sob a vigência do novo Código de Processo Civil, no Tribunal de Justiça de São Paulo, como, por exemplo, extrai-se de significativo acórdão da 23ª Câmara de Direito Privado, proferido no Agravo de Instrumento 2005955-85.2017.8.26.0000, valendo transcrever o seguinte trecho:

> "(...) Ocorre que o percentual mínimo aplicável de 10% sobre o valor atualizado da causa, implicaria no importe excessivo. Ora, não é crível que a legislação processual pretenda coibir tão-somente a fixação de honorários advocatícios irrisórios (artigo 85, parágrafo 8º, do CPC/15) e, por outro lado, permita a fixação de valores injustificáveis que impliquem no enriquecimento sem causa do causídico. Desta forma, o montante pretendido pela recorrida destoa dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade".

Esposando o mesmo posicionamento, a 2ª Câmara de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça paulista, no julgamento do Apelação 1088694-94.2015.8.26.0100, teve igualmente a oportunidade de admitir margem de adequação na fixação da verba honorária, observado o princípio da razoabilidade, com a seguinte ementa:

> "Ação anulatória de sentença arbitral. Honorários advocatícios. Fixação por equidade, nos termos do artigo 85, parágrafo 8º, do CPC. Admissibilidade. Valor da causa elevado, que ensejaria verba honorária em valor excessivo caso observada a regra do artigo 85, parágrafo 2º, do CPC".

Não obstante, aos poucos, o Superior Tribunal de Justiça, em particular a 4ª Turma, foi superando essa clássica orientação, para chegar a uma interpretação acentuadamente objetiva, emergente da literalidade do referido § 2º do art. 85:

“Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa...”.

Daí, com efeito, a expectativa da comunidade jurídica no julgamento do Recurso Especial 1.746.072-PR, que foi ultimado na tarde do dia 13 de fevereiro passado.

A importante questão fora afetada à 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, para julgar recurso especial interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná, que deu provimento a agravo de instrumento de uma empresa, a fim de reduzir os honorários advocatícios com fundamento na equidade.

Segundo se extrai dos autos do respectivo processo, a empresa credora, na fase de cumprimento de sentença contra o Banco do Brasil, indicou como valor a ser executado o montante de R$ 2.886.551,03. Após a apresentação de impugnação pelo executado, o juiz, amparando-se em prova pericial contábil, reduziu o valor para R$ 345.340,97, arbitrando os honorários sucumbenciais devidos ao procurador da instituição financeira em R$ 100 mil, com base em critério equitativo, previsto no artigo 85, parágrafo 8º, do Código de Processo Civil. O Tribunal de Justiça do Paraná, provendo o recurso, reduziu os honorários advocatícios para R$ 5 mil, igualmente com base na equidade. Ambas as partes recorreram ao Superior Tribunal de Justiça.

Lastreando-se na redação do indigitado § 2º do art. 85, o banco argumentou que os honorários deveriam ficar entre 10% e 20% do proveito econômico obtido com o parcial acolhimento da impugnação do cumprimento da sentença. Asseverou ainda que a fixação dos honorários com base na equidade só se aplicaria às causas de valor muito baixo ou de proveito econômico inestimável ou irrisório.

Diante desse contexto, a Ministra Nancy Andrighi, relatora sorteada, com arrimo no § 8º do art. 85, defendeu a majoração dos honorários

de R$ 5 mil para R$ 40 mil do recorrente, ponderando ser possível a fixação dos honorários advocatícios fora do critério de 10% a 20% estabelecidos no § 2º. De conformidade com o entendimento da Ministra, o conceito de "inestimável", na redação do § 8º, abrange igualmente as causas de grande valor.

Não obstante, abrindo a divergência em voto-vista, acabou prevalecendo o voto do Ministro Raul Araújo, ao sustentar "que o espírito que deve conduzir o intérprete no momento da fixação do quantum da verba é o da objetividade", aduzindo que o novel Código de Processo Civil estabeleceu "três importantes vetores interpretativos", que tendem a conferir "maior segurança jurídica e objetividade" à matéria em discussão.

Segundo o relator designado, Ministro Raul Araújo, a regra geral e obrigatória é a de que os honorários sucumbenciais devem ser fixados no patamar de 10% a 20% do valor da condenação, consoante os termos do § 2° do art. 85. O percentual pode ainda incidir sobre o proveito econômico ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa:

> **"Nessa ordem de ideias, o Código de Processo Civil relegou ao parágrafo 8º do artigo 85 a instituição de regra excepcional, de aplicação subsidiária, para as hipóteses em que, havendo ou não condenação, for inestimável ou irrisório o proveito econômico obtido; ou for muito baixo o valor da causa".**

De modo muito didático, consignou o Ministro relator, que:

> "a incidência, pela ordem, de uma das hipóteses do artigo 85, parágrafo 2º, impede que o julgador prossiga com sua análise a fim de investigar eventual enquadramento no parágrafo 8º do mesmo dispositivo, porque a subsunção da norma ao fato já se terá esgotado".

Para o Ministro Raul Araújo, é nítida a intenção do legislador em correlacionar a expressão "inestimável valor econômico" somente às causas em que não se vislumbra benefício patrimonial imediato, como, por exemplo, nas causas de estado e de direito de família:

> **"Desse modo, no caso em apreço, diante da existência de norma jurídica expressa no novo Código, concorde-se ou não, descabe a incidência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ou mesmo a aplicação, por analogia, do parágrafo 3° do mesmo dispositivo".**

Assim, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, com os votos, convergentes ao do relator, dos Ministros Luis Felipe Salomão, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro, assentou o entendimento de que os honorários advocatícios só podem ser fixados com base na equidade de forma subsidiária, quando não for possível o arbitramento pela regra geral ou quando inestimável ou irrisório o valor da causa.

Com estes fundamentos, a 2ª Seção rejeitou o recurso da empresa e deu provimento ao do Banco do Brasil, fixando os honorários sucumbenciais em 10% sobre o proveito econômico — diminuição do valor pretendido — obtido pela instituição financeira.

Tal entendimento, contudo, ao meu ver, não afasta a hipótese de que, no futuro, o Superior Tribunal de Justiça, ao examinar esta questão, posicione-se no sentido de que a má aplicação dos critérios pré-estabelecidos na legislação processual possa ser corrigida em casos extremos, com a finalidade de restabelecer um equilíbrio de natureza financeira, tanto quanto possível justo, entre a parte vencida e a remuneração do advogado da parte que venceu o litígio.

José Rogério Cruz e Tucci é advogado, Professor Titular da Faculdade de Direito da USP e Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

DIREITO TRIBUTÁRIO

ISS das Sociedades Uniprofissionais: a eterna e incansável luta da Advocacia

Luiz Gustavo Bichara
Mattheus Reis e Montenegro

Ao disciplinar a base de cálculo para fins de incidência de ISS, o Decreto-lei nº 406/68 prevê, em seu art. 9º, §1º, que quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

Em complemento, o §3º do supracitado dispositivo dispõe que, quando forem prestados por sociedades alguns dos serviços especificamente listados, nos quais se incluem os serviços advocatícios, estas sociedades ficarão sujeitas ao imposto calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável.

Historicamente, os municípios, inconformados com a tributação fixa das sociedades profissionais, criam argumentos para que, na prática, a cobrança do tributo ocorra com base no preço do serviço, que é a regra geral.

Inicialmente, sustentavam que o Decreto-lei não havia sido recepcionado pela Constituição Federal, o que foi solucionado a partir da análise do tema pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos Recursos Extraordinários 220.323/MG e 236.604-7/

PR, tendo sido editada a Súmula nº 663: "Os §§ 1º e 3º do art. 9º do Decreto-Lei 406/1968 foram recebidos pela Constituição".

Em seguida, defenderam os municípios que esta sistemática de tributação havia sido revogada pela Lei Complementar nº 116/03, o que foi rechaçado pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.016.688, 1ª Turma, relator ministro José Delgado, DJ 5/6/2008 e REsp 713.752, 2ª Turma, relator ministro João Otávio de Noronha, DJ 10/8/2006).

A nova celeuma envolvendo o tema se deu em razão de uma lei do Município de Porto Alegre que, a pretexto de regulamentar os requisitos para que determinada sociedade fosse considerada uniprofissional, inovou em relação ao disposto no Decreto-Lei nº 406/68.

Detalhando o exposto, vale pontuar que a Lei Complementar nº 20/73 (Código Tributário Municipal) estabeleceu que a contratação de advogado correspondente impediria a sociedade de advogados de se valer da tributação fixa, com base no entendimento de que a atividade passaria a ter caráter empresarial.

Como é de conhecimento notório, tal requisito afeta em cheio as sociedades profissionais de advocacia, sobretudo os pequenos escritórios, que atuam em causas de menor repercussão econômica, para os quais se torna inviável arcar com o custo de uma viagem mais longa para fazer uma diligência relacionada a determinado processo, razão pela qual revela-se absolutamente comum a contratação de correspondentes.

Importante dizer, ademais, que esse profissional precisa se desdobrar para comparecer a todas as audiências dos seus clientes, fazer prospecção e atender aos prazos processuais. Noutras palavras, a disponibilidade de material humano, na maioria dos escritórios do país, é deveras limitada, sendo difícil e improdutivo "abandonar" o Escritório para ir a outra localidade realizar uma diligência mais básica, como tirar cópia de uma decisão ou despacho.

Os escritórios menores, mais do que ninguém, precisam recorrer aos serviços de um correspondente, e são também os que mais precisam da regra da tributação fixa.

Sempre atenta ao tema, a Seccional da OAB do Rio Grande do Sul impetrou Mandado de Segurança objetivando que as sociedades de advogados não se submetessem às regras previstas na legislação de Porto Alegre.

Defendeu a OAB/RS, com brilhantismo, que os requisitos a serem cumpridos pelas sociedades de advocacia são exclusivamente aqueles previstos no Decreto-Lei nº 406/68, de modo que a legislação municipal não teria competência para inovações, destacando, ainda, que o Estatuto da OAB, em seu art. 16, prevê que "Não são admitidas a registro nem podem funcionar todas as espécies de sociedades de advogados que apresentem forma ou características de sociedade empresária, que adotem denominação de fantasia, que realizem atividades estranhas à advocacia, que incluam como sócio ou titular de sociedade unipessoal de advocacia pessoa não inscrita como advogado ou totalmente proibida de advogar."

Portanto, se uma sociedade de advogados apresentar forma ou característica de sociedade empresária, sequer será admitida a registro e, se tal característica for constatada posteriormente, haverá cassação do respectivo registro.

Ao tentar definir uma sociedade de advocacia como empresarial, o Município de Porto Alegre, para além de invadir a competência de lei complementar de índole nacional para definição dos elementos do tributo, invadiu, da mesma forma, a competência do órgão de classe a quem cabe regulamentar e fiscalizar o exercício da profissão (Ordem dos Advogados do Brasil.)

Nesse contexto é que foi levada à análise do Supremo Tribunal Federal, sob o rito da repercussão geral, através do Recurso Extraordinário nº 940.769/RS, a decisão quanto à competência tributária dos municípios para estabelecer impeditivos à submissão de sociedades profissionais de advogados ao regime de tributação fixa ou per capita em bases anuais, prevista no art. 9º, §§1º e 3º do Decreto-Lei 406/1968.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no exercício de sua prerrogativa de defesa da classe, atuou no caso como amicus curiae, levando à Corte Suprema argumentos adicionais

que demonstravam a evidente inconstitucionalidade da legislação atacada.

Como não poderia ser diferente, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária realizada no dia 24 de abril de 2019, decidiram, por maioria de votos (7 votos a 1, vencido o Min. Marco Aurélio), que "É inconstitucional lei municipal que estabelece impeditivos à submissão de sociedades profissionais de advogados ao regime de tributação fixa em bases anuais na forma estabelecida por lei nacional".

Trata-se, portanto, de uma belíssima vitória para a classe. Resta saber, todavia, qual será a próxima tentativa argumentativa dos municípios a fim de evitar essa forma de tributação, visto que, nos últimos anos, estas foram muitas.

A Ordem dos Advogados do Brasil permanecerá vigilante, levando ao Poder Judiciário qualquer tentativa de restrição ao direito de recolhimento do ISS na forma prevista no Decreto-lei nº 406/68.

Luiz Gustavo Bichara é advogado, Conselheiro Federal da OAB e procurador Tributário do Conselho Federal da OAB.

Matheus Montenegro é advogado, procurador Tributário Adjunto do Conselho Federal da OAB.

VOLTAR PARA O ÍNDICE

DIREITO COMERCIAL/SOCIETÁRIO

A limitação de responsabilidade e a MP da liberdade

Marcelo Trindade

> **“Quão limitada é a responsabilidade dos sócios por obrigações da empresa?**
>
> **Como se pode ultrapassar aquela limitação ou, na mão inversa, como se pode assegurá-la?”**

O direito societário é dos campos mais interdisciplinares do direito. Nele convivem o direito e a economia, normas e números, leis e negócios, e até mesmo línguas, dada a influência dos modelos e capitais internacionais. Nada obstante, o direito societário tende a ser percebido como um assunto de especialistas, o que contrasta, também, com o fato de que quase todos os advogados lidam diariamente com as sociedades. As pessoas jurídicas são autoras e rés, clientes, partes adversas ou contrapartes, e estão sempre nos obrigando a estudar como organizam-se e presentam-se (para citar Pontes de Miranda). E talvez a questão mais frequente na vida dos advogados, envolvendo o direito das sociedades, diga respeito à responsabilidade por suas dívidas. Quão limitada é a responsabilidade dos sócios por obrigações da empresa? Como se pode ultrapassar aquela limitação ou, na mão inversa, como se pode assegurá-la?

Entre outros temas relevantes, a Medida Provisória 881, editada em 30 de abril de 2019 (MP 881) – que tem sido chamada de MP da Liberdade, porque instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica –, alterou disposições relativas àquele tema, da limitação de responsabilidade de sócios e investidores em sociedades. Nesse como nos demais temas a MP 881 tem pecados conceituais e muitas falhas redacionais, que espera-se sejam corrigidas no processo legislativo. Mas é preciso reconhecer que, ao menos quanto à limitação de responsabilidade, o diploma alinha-se ao louvável esforço iniciado com a edição do Código de Processo Civil de 2015 (CPC) – cujos artigos 133 e seguintes disciplinaram o incidente de desconsideração de personalidade jurídica, conferindo maior solenidade à pretensão de ultrapassar-se a limitação de responsabilidade. Depois do CPC, veio a reforma da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), procedida pela Lei 13.467 de 2017, que expressamente mandou aplicar aos processos trabalhistas as normas do CPC relativas ao referido incidente de desconsideração.

A MP 881 procedeu à alteração do artigo 50 do Código Civil, para acrescentar novos requisitos à desconsideração da personalidade jurídica, com repercussão nos juízos do trabalho e falimentares (neste caso por meio do acréscimo do artigo 82-A à Lei 11.101/05 - Lei de Falências). Também pretendeu estabelecer critérios de interpretação daquela norma central do Código Civil. E, além disso, introduziu uma breve disciplina dos fundos de investimento, admitindo expressamente a possibilidade de que, apesar de sua natureza condominial, seja estabelecida a limitação de responsabilidade de seus cotistas condôminos (acréscimo dos artigos 1.368-C a 1.368-E ao Código Civil).

Com a redação da MP 881, o caput do artigo 50 do Código Civil passa a exigir, como requisito da desconsideração da personalidade jurídica, que os administradores ou sócios cujo patrimônio se pretende alcançar tenham sido "*beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso*" da personalidade jurídica. Com isso afasta-se a mera má gestão

como causa de desconsideração. Já os parágrafos acrescentados ao citado artigo 50 destinam-se principalmente a limitar os conceitos de *desvio de finalidade e de confusão patrimonial*, já hoje exigidos pelo *caput*. O novel § 1° impõe, como elemento subjetivo do desvio de finalidade, o dolo específico de prejuízo a credores na atuação do sócio ou administrador – acrescendo ainda uma confusa exigência, aparentemente adicional (pelo uso da conjunção aditiva "e"), da finalidade de "*prática de atos ilícitos de qualquer natureza*". Já o acréscimo do § 5° do artigo 50 destina-se a deixar claro que "*[n]ão constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica*". A norma alinha-se ao correto entendimento de que a atuação fora do objeto social não comprova, ao menos isoladamente, o desvio de finalidade, na medida em que, na vida prática das sociedades, especialmente nas de menor porte, frequentemente olvida-se a formalização da alteração ou da ampliação do objeto.

Já quanto à configuração de confusão patrimonial, exige-se, no novo § 2° acrescido ao artigo 50 do Código Civil, "*a ausência de separação de fato entre os patrimônios*", caracterizada por três elementos aparentemente cumulativos (novamente pelo uso da conjunção aditiva "e" ao final do inciso II do § 2°): reiterado cumprimento "*pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa*" (inciso I); transferências patrimoniais "*sem efetivas contraprestações*" ou com contrapartida irrelevante (admitindo-se que esta seja a correta interpretação da norma, cuja redação é confusa no particular) (inciso II); e "*outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial*" (inciso III). Como o último elemento parece referir-se a outras hipóteses de confusão entre o patrimônio das sociedades e o dos sócios ou administradores, distintas das duas primeiras mencionadas pela norma, a interpretação de que os requisitos referidos são cumulativos exigiria, além da presença de ambos os indícios mais frequentes de confusão patrimonial, a comprovação de um terceiro elemento, necessariamente diverso dos dois primeiros. Espera-se que

o processo legislativo venha a depurar a redação, adotando-se um de dois caminhos mais razoáveis e diretos. Uma primeira trilha seria a de considerar-se a enunciação dos elementos indicativos de confusão patrimonial como exemplificativa, e assim admitir-se que basta a presença de uma das evidências para que a desconsideração tenha cabimento – entendimento alinhado ao da atual jurisprudência. Um segundo caminho, que parece mais em linha com a postura restritiva adotada pela MP 881, seria o de limitar-se a ocorrência de confusão patrimonial às hipóteses dos dois primeiros incisos do novo § 2º do artigo 50, não se admitindo a desconsideração em outros casos.

Enquanto não for encerrado o processo legislativo, pode-se afirmar que as mais intensas novidades na MP 881, quanto ao tema da desconsideração da personalidade jurídica, concentram-se na necessidade de prova do benefício direto ou indireto para o sócio ou administrador, decorrente da alteração no *caput* do art. 50 do Código Civil, e no requisito subjetivo introduzido pelo § 1º do mesmo artigo 50, consistente no dolo específico de prejuízo dos credores (acrescido da finalidade de prática de ato ilícito, a prevalecer a redação original). Com essas duas iniciativas pretende-se, ao que tudo indica, proteger a limitação da responsabilidade do sócio ou o gestor que fracassem com culpa – negligência, imperícia ou imprudência –, mas sem terem a intenção de causar o prejuízo aos credores e obterem benefícios com isso.

É importante ressaltar, entretanto, que a norma, como atualmente editada, não afasta (e de fato não deveria) a responsabilidade de administradores e sócios por prejuízos decorrentes de atos culposos, e que possam ser reparados por meio de ação própria. Atualmente, nas sociedades simples, em que os sócios respondem subsidiariamente pelas obrigações sociais (Código Civil, artigos 1.008, 1.023 e 1.024), "*[o]s administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções*" (Código Civil, artigo 1.016). Já nas sociedades anônimas (e nas sociedades limitadas às quais se apliquem subsidiariamente as

regras das S.A., como autorizado pelo § único do artigo 1.053 do Código Civil), o administrador responde pelos prejuízos que causar quando atuar com culpa ou dolo ou se violar a lei ou o estatuto (art. 158 da Lei das S.A.), mas sua responsabilidade perante a sociedade pode ser afastada se o juiz se convencer de que atuou "*de boa-fé e visando ao interesse da companhia*" (§ 6º do artigo 159 da Lei das S.A.). Assim, apenas a responsabilidade por meio da desconsideração da personalidade jurídica, qualquer que seja o tipo societário, passa a depender, com a vigência da MP 881, e ressalvadas normas especiais, da presença do benefício direto ou indireto ao sócio ou administrador e do dolo específico de causar prejuízo. A responsabilidade por ato culposo, e mesmo que ausente o benefício para o causador do dano, continuará a ser possível por meio de ação de indenização, desde que tenha sido praticado o ato ilícito e não incida uma excludente como a do § 6º do art. 159 da Lei das S.A.

O segundo aspecto relevante da MP 881 quanto à limitação de responsabilidade de investidores decorre da introdução da disciplina dos fundos de investimento no Código Civil, por meio da adição dos artigos 1.368-C a 1.368-E àquele código. A iniciativa merece elogios, dado que a relevância econômica dos fundos de investimento como instrumento da poupança popular no Brasil – o valor de seus ativos montava a quase cinco trilhões de reais em abril de 2019 – não corresponde ao seu tratamento em nível legislativo, limitado, até a MP 881, a poucas normas esparsas em algumas leis. A MP 881 também andou bem, quanto ao tema, por adotar uma disciplina minimalista, restrita aos assuntos que dependem de lei para garantia da plena segurança aos agentes econômicos, e preservando (por meio do § único do art. 1.368-C, acrescido ao Código Civil) o poder regulamentar da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), que tem décadas de experiência acumulada em regular de maneira detalhada, e quase sempre apropriada, a indústria de fundos de investimento no Brasil.

A natureza condominial dos fundos de investimento, majoritariamente aceita pela doutrina nacional e pela própria

regulamentação da CVM, sempre veio acompanhada da dificuldade de que, em caso do fundo apresentar patrimônio líquido negativo, os cotistas condôminos seriam chamados a aportar recursos. Em grandes fundos de varejo, destinados a milhares de investidores e administrados por instituições financeiras com grande patrimônio, a própria política de investimentos, de baixo risco, quase sempre concentrado em títulos governamentais, torna essa hipótese remota. A situação modifica-se perigosamente quando o fundo assume obrigações com terceiros – como em operações em mercados futuros e com derivativos – e pode vir a perder o seu patrimônio e tornar-se devedor de obrigações que o superem. Nesses casos, os condôminos respondem pelas dívidas, e mesmo que tenham direito de regresso contra o administrador ou gestor em caso de culpa ou dolo deste – ou independentemente de culpa, caso incida na relação o Código de Defesa do Consumidor –, no caso do próprio administrador ou gestor entrar em insolvência, os cotistas poderão vir não apenas a responder como a sofrer inteiramente o prejuízo.

Por outro lado, a responsabilidade ilimitada dos cotistas de fundos também afetava diretamente uma importante função daquela indústria, qual seja a de captar recursos para serem investidos em empresas que iniciam suas atividades e que enfrentam, pela sua própria natureza, grande risco de quebra. Nessas situações, o risco de o fundo ser chamado a responder pelas dívidas da sociedade investida – por desconsideração da personalidade desta última – implicava na imediata extensão de tal risco aos condôminos do fundo, com impacto negativo no financiamento das atividades de maior inovação, normalmente associadas a uma maior possibilidade de fracasso.

Com a MP 881, o regulamento do fundo de investimento (que equivale ao estatuto, no modelo de uma sociedade anônima) poderá prever que os cotistas (ou parte deles, se nem todas as classes de cotas forem abrangidas) não responderão pelas obrigações do fundo, mas apenas pelos valores que aportarem e se comprometerem

a aportar em subscrição das cotas (art. 1.368-D do Código Civil). Também é louvável a preocupação da MP 881 de não permitir que credores anteriores do fundo sejam afetados por eventual alteração da disciplina de responsabilidade – ainda que a redação do art. 1.368-E, nesse sentido, seja defeituosa e demande aprimoramento no processo legislativo.

Pode-se afirmar, em conclusão, que as iniciativas legislativas constantes da MP 881, no tema da limitação de responsabilidade dos sócios, são em geral louváveis. A prática disseminada de desconsideração irrestrita da personalidade jurídica é extremamente injusta, pois privilegia os credores – em grande medida os bancos – em detrimento dos sócios. Ignora-se que as empresas precisam de recursos para começar e manter suas atividades e que tais recursos são em boa parte obtidos com terceiros, isto é, não são integralmente gerados pela própria atividade empresarial. Esses terceiros podem ser divididos em três grandes categorias: os que investem com a expectativa de partilhar o lucro no futuro – em sua maioria sócios; os que emprestam recursos para serem pagos num certo prazo ou sob certas condições – em sua maioria bancos; e os que vendem produtos ou prestam serviços necessários às atividades empresariais, mas aceitam receber a prazo, "emprestando" esses recursos até o vencimento – o que inclui os empregados (corretamente protegidos em caso de concurso de credores) e os fornecedores.

A limitação de responsabilidade dos sócios aos aportes no capital das sociedades se impôs, ao longo de séculos, como o modelo que mais contribui para o desenvolvimento econômico e a geração de empregos, tributos e riqueza, indicando que a busca pelo lucro e pela limitação da responsabilidade têm igual papel na decisão dos sócios de arriscar e empreender. No Brasil, entretanto, a personalidade jurídica tem muitas vezes sido desconsiderada com base exclusivamente na falência ou na insuficiência patrimonial do devedor, para permitir alcançar-se o patrimônio de seus sócios ou de outras sociedades do mesmo grupo econômico – e de cotistas

de fundos de investimento, quando estes são veículos de realização do investimento na sociedade. Tais ordens judiciais são percebidas como de justiça no caso concreto, ainda que sejam extremamente injustas com os sócios, revelando grande preconceito contra quem investe capital de risco e, pior, indevida proteção aos bancos e demais credores, que assumiram riscos também limitados ao que investiram.

É verdade que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é pacífica no sentido de uma interpretação atenta aos requisitos da desconsideração da personalidade jurídica estabelecidos pela redação original do artigo 50 do Código Civil – "*abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial*". Entretanto, é forçoso reconhecer que as dificuldades da revisão de provas pelo STJ e os custos da interposição de recursos terminam por permitir que inúmeras decisões judiciais desconsiderem a limitação da responsabilidade dos sócios apenas com base na circunstância de que o patrimônio da pessoa jurídica não é suficiente para responder por suas dívidas. Na Justiça do Trabalho a situação se agrava pela reiterada aplicação do § 2º do artigo 2º da CLT, que determina a responsabilidade solidária das sociedades integrantes de grupo econômico pelos débitos trabalhistas. Na reforma da CLT de 2017 foi acrescido ao artigo 2º o § 3º, estabelecendo que "*[n]ão caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes*". A MP 881 foi adiante nesse ponto, estabelecendo que "*[a] mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica*" (§ 4º acrescido ao artigo 50 do Código Civil).

Apesar de louvável, a iniciativa legislativa parece ser insuficiente quanto ao tema. Além do Código Civil, há outras diversas leis no Brasil (como a Lei 9.605/98, que trata dos ilícitos ambientais; o Código de Defesa do Consumidor; a Lei 12.529/11, que disciplina o sistema

brasileiro da concorrência e a Lei 12.846/13 – a Lei Anticorrupção) que tratam da desconsideração da personalidade jurídica, revelando a intensa utilização do instrumento, inclusive como (indevida) alternativa à morosidade da cobrança judicial dos créditos e à ineficiência dos meios judiciais de combate à fraude a credores.

A mudança cultural é, por isso, no mínimo tão importante quanto a legislativa. As pessoas precisam convencer-se de que as empresas são fundamentais para a criação de empregos, de riqueza e de inovação, e que sem a limitação de responsabilidade haverá (e possivelmente já há) muito menos empreendedores dispostos a operar no país. Enquanto grande parte dos juízes (e, em menor medida, dos árbitros em procedimentos arbitrais), continuarem a perceber a limitação da responsabilidade dos sócios como injusta, farão prevalecer o que lhes pareça a adequada realização da justiça, afetando a coletividade por conta de uma equivocada atuação nos casos concretos.

A missão de difundir uma visão equilibrada sobre o tema cabe, em grande medida, aos advogados. Cumpre-nos, na defesa dos interesses específicos de nossos clientes, demonstrar as graves consequências, para a coletividade, de decisões que afastem a personalidade jurídica fora das restritas hipóteses legais, porque somente com o apoio do Poder Judiciário será possível obter o efetivo, e fundamental, respeito à limitação da responsabilidade no Brasil.

Marcelo Trindade é advogado, ex-Presidente da CVM, professor da PUC-RJ.

VOLTAR PARA O ÍNDICE

ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO

O progresso da Arbitragem

Selma Ferreira Lemes

Pode-se dizer que há mais de 22 anos vivemos uma revolução silenciosa na forma da prestação jurisdicional, em decorrência da inserção de cláusula compromissória em contratos cíveis e empresariais. Isso se deve a modernização do instituto jurídico da arbitragem, por meio da Lei nª 9.307/96 (Lei de Arbitragem - LA). Houve a substituição de um antigo paradigma por outro, tal como asseverado pelo físico Thomas Kuln ao se referir ao progresso científico.

A LA nasceu na sociedade civil e, sem alarde, foi se instalando com a simplicidade que seu texto revelava (apenas 44 artigos), mas com toda a sabedoria e experiência calcada na prática de textos comparados, nos quais o legislador escorou-se para dar um toque brasileiro: ser arrojado em muitos pontos, mas cauteloso quando necessário, observando a tradição brasileira de distinguir a cláusula compromissória do compromisso arbitral. Enfrentar dois pontos fundamentais da legislação anterior foi a chave para permitir o florescer da arbitragem: i) dar

> **“A arbitragem vive da confiança, o Judiciário da obediência.”**

efeito vinculante à clausula compromissória e ii) equiparar a sentença arbitral à sentença judicial.

Inovou a LA em termos comparativos, entre outros, em prever a instituição judicial da arbitragem diante de cláusula arbitral vazia (arts. 6° e 7°); instituiu o código de ética para o árbitro, que tem que proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição (art. 13, §6°); permite que finalizado o prazo para se ditar a sentença, não tendo o árbitro único ou tribunal arbitral (três árbitros) apresentado a sentença arbitral, a arbitragem não estará extinta, pois há a necessidade de se solicitar o pronunciamento (sentença arbitral) dos árbitros em 10 dias (art. 12, III); o art. 32, que relaciona os casos de possibilidade da propositura da ação de anulação da sentença arbitral é numerus clausus, não existindo a possibilidade de se invocar a violação da ordem pública (somente a ordem pública in procedendo, art. 21, § 2°); o conceito de que sentença estrangeira é aquela proferida fora do território nacional (art. 34, § único), o que permite termos arbitragens com partes estrangeiras e se a arbitragem for sediada no Brasil será arbitragem doméstica, dispensando, com isso, o processo de homologação de sentença arbitral estrangeira.

Um dos pontos mais importantes e a chave para entender a arbitragem é ter ciência de que se trata de um microssistema, com conceitos e princípios próprios, que se distanciam dos rigores do processo civil.

Após o teste de constitucionalidade da LA pelo Supremo Tribunal Federal – STF (SEC 5.206-7, j. 12.12.2001), a arbitragem passou a gerar mais segurança na sua utilização. Estava pavimentada a estrada pelo STF. O percurso até chegarmos ao estágio atual foi desafiante para todos, sociedade e advogados. O Judiciário, também, empreendeu de forma alvissareira a adequada interpretação aos princípios e novos conceitos da LA.

Nesse período pudemos presenciar três fases do desenvolvimento da arbitragem no Brasil. No início, havia a necessidade de divulgar o instituto fundamentado em duas premissas básicas: a primeira, comparativa para demonstrar o que mudou diante da lei anterior;

a segunda, o que era novo e inédito. A fase seguinte experimentou a enorme aderência ao instituto e a pungente manifestação da comunidade jurídica, que não mediu esforços para abraçar a ideia, inserindo a cláusula compromissória nos contratos cíveis e empresariais de largo espectro. O entusiasmo contagiou os estudantes de direito e os advogados, que rapidamente estudaram e se habilitaram a trabalhar com esta nova ferramenta. Representou uma nova forma de exercer a advocacia, mais moderna e rápida. Tudo, também, graças ao Judiciário que, como dito, traçou o caminho da segurança jurídica para trilhar a arbitragem, pois como leciona Cabral de Moncada "a lei reina, mas é a jurisprudência que governa".

Em 2015 tivemos o texto da LA aprimorado (Lei nº 13.129), com a inserção de muito do que a jurisprudência já havia fixado em termos de interpretação da LA. Passou-se a regular a previsão da prescrição, a carta arbitral, a estipulação expressa da arbitragem nos contratos com a Administração Pública (apesar de nunca ter sido proibido) etc., e a bem-vinda supressão do art. 25 (suspensão da arbitragem por questão prejudicial a ser examinada pelo Judiciário).

A terceira fase é a atual, denominada de desafio e representa o compromisso e a responsabilidade de manter este avanço, aprimorar o instituto da arbitragem e sua utilização. Vivemos em um universo multifacetado e dinâmico e nele se insere o direito da arbitragem em movimento. Essa realidade é fruto do progresso da arbitragem e a necessidade de adaptar-se às complexidades das relações contratuais hodiernas e em nível mundial. A arbitragem é um instituto de trânsito universal, haja vista estar inserida nos contratos comerciais internacionais.

Esse aperfeiçoamento do instituto está ocorrendo universalmente, não somente por meio de alterações legislativas, mas preponderantemente por mudanças nos regulamentos das instituições administradoras de procedimentos arbitrais, que introduzem novas disposições para tratar de arbitragens complexas, relacionadas e concomitantes e dispor de procedimentos e incidentes processuais. Citem-se, nesse sentido as alterações procedidas no Regulamento de Arbitragem da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de

Comércio Internacional – CCI, que a partir do Regulamento de 2012 instituiu novas previsões para tratar da integração de partes adicionais (art. 7º); a multiplicidade de contratos (art. 9º); os efeitos abrangentes da convenção de arbitragem (art. 6º); a consolidação de arbitragens (art. 10) visando a economia processual e evitar decisões conflitantes; a possibilidade de se introduzir, em casos especiais, novos pedidos após a Ata de Missão ter sido firmada (art. 23.4); a confidencialidade deixava de ser regra para ser flexibilizada e analisada pelo árbitro a requerimento das partes (art.22.3) e, em janeiro de 2019, as "Notas as Partes e ao Tribunal Arbitral sobre a Condução da Arbitragem, segundo o Regulamento CCI" estabelecem que a sentença arbitral poderá ser publicada integralmente, com as particularidades que especifica. Em 2017 a CCI introduziu o procedimento de arbitragem expedita, com rito simplificado e a custos menores para demandas até US$ 2 milhões.

Nota-se, também, que cada vez mais a confidencialidade e o sigilo na arbitragem vêm sendo flexibilizado, haja vista a presença de entidades públicas como partes na arbitragem e as regras de transparência (accountability) que demandam. O art. 2º, § 3º da LA estabelece que as arbitragens com a Administração Pública observem a publicidade, sendo que a interpretação decorrente é que se aplique os ditames da Lei de Acesso a Informação (Lei nº 12.527/2011). Também há Câmaras de Arbitragem que publicam informações sobre as arbitragens em andamento e o nome de árbitros.

As instituições que administram arbitragens no Brasil, na mesma linha, adaptam-se às circunstâncias decorrentes da complexidade de contratos, tal como a recepção das arbitragens coletivas (class arbitration). A Câmara de Arbitragem do Mercado – CAM BOVESPA, em 2017 administrava várias arbitragens coletivas tendo em média 127 partes em um dos polos. A instituição da figura do árbitro de apoio, de emergência ou provisório, no sentido de se dispor de uma forma de eleger um árbitro para julgar uma medida urgente previa a arbitragem, sem que para isso tenha que recorrer ao judiciário e, posteriormente, com o tribunal arbitral instituído a medida

ditada ser avaliada, podendo ser mantida ou revogada, é o que está regulado na Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/ FIESP (Resolução 4/ 2018), no Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil – Canadá – CAM/CCBC (Resolução 32/2018) e na CAM-BOVESPA (art. 5.1 do Regulamento de 2011).

A CAMARB – Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil desde 2017 tem um regulamento diferenciado para administrar arbitragens com a Administração Pública e mantem escritórios em Belo Horizonte, São Paulo, Rio de Janeiro, Recife e Brasília.

Na questão referente à impugnação de árbitros as Câmaras de Arbitragem instituíram formas próprias para julgar essa matéria com a formação de Comitês Especiais compostos por árbitros, que exaram decisões terminativas, tais como previstos nos Regulamentos da CAM-CCBC (art. 5.3) e Câmara CIESP/FIESP (art.7.3). A London Court of International Arbitration – LCIA – veicula as decisões exaradas nos Comitês de Impugnação de Árbitros em seu site com a supressão do nome do árbitro impugnado. Vale notar que não há nenhum demérito para um árbitro ser impugnado, pois isso apenas representa que para o caso em tela ele não possui a independência ou imparcialidade para atuar como árbitro.

Considerando que a quase totalidade de conflitos societários são solucionados por arbitragem, bem como os de outras áreas derivadas de contratos empresariais, está-se diante de uma carência de jurisprudência, que esclareça como o direito está sendo aplicado, o que fez muitas instituições passarem a publicar extratos de sentenças arbitrais, tais como a CAM-BOVESPA e a Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas – CAM/FGV. No âmbito da CAM-CCBC há atualmente uma comissão dedicando-se a este mister. A CCI há décadas publica excertos de sentenças arbitrais, o que muito auxilia na interpretação do direito material e processual arbitral aplicado, sem caráter vinculante, evidentemente.

Quando se participa de entidades internacionais, com o olhar de fora para dentro, se observa a pujança do tamanho da economia brasileira, medida pela envergadura dos conflitos surgidos e seus

valores em contratos domésticos e internacionais, o que faz das empresas brasileiras um celeiro de usuárias da arbitragem.

A CCI em 2017 instalou em São Paulo seu terceiro escritório fora de Paris, sendo os outros em Nova Iorque e em Hong Kong. No ano de 2018, o Brasil está em 3º lugar no número de arbitragens no âmbito mundial da CCI, estando na frente da Espanha e Alemanha. São Paulo está em 6º lugar, entre as 10 maiores cidades no mundo (Top Teen) que sediam arbitragens da CCI.

Em seis Câmaras brasileiras sediadas em São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte, em 2017, discutiam-se matérias societárias, de energia, de engenharia, contratos com a administração pública, contratos empresariais em geral em que se superou a cifra de mais de R$ 26 bilhões de valores envolvidos, somente para as arbitragens entrantes naquele ano. A média de duração de uma arbitragem é de 12 a 19 meses, a partir da assinatura do Termo de Arbitragem.

A arbitragem atinge este estágio de progresso e aprimoramento por gerar segurança jurídica, economia nos custos de transação e estar alicerçada na confiança e boa-fé.

Rui Barbosa ao se celebrizar em âmbito mundial em 1907 na Segunda Conferência da Haia, por ocasião da instituição da Corte Permanente de Arbitragem – CPA acentuou: “A arbitragem vive da confiança, o Judiciário da obediência.”

Selma Ferreira Lemes é advogada e professora de arbitragem.

DIREITO EM EXPANSÃO

A Lei da Inovação (Lei 10.973/2004) e as patentes originadas do Brasil - um caso de boas intenções não realizadas

Gabriel Leonardos

“isso me lembra de comentar, que o primeiro ato oficial que eu fiz em minha administração - e foi em seu primeiro dia - foi abrir um escritório de patentes, pois eu sabia que um país sem um escritório de patentes e uma boa lei de patentes é como um caranguejo, que não pode andar de outra forma que não seja de lado ou para trás[1]”

Neste brevíssimo artigo farei uma análise do número de patentes depositadas no Brasil por entidades nacionais a partir da edição da Lei de Inovação (Lei nº 10.973, de 02.12.2004, modificada posteriormente pela Lei nº 13.243, de 11.01.2016), a fim de verificar se a referida lei atingiu um de seus principais objetivos, que era o de estimular o desenvolvimento tecnológico nacional.

Na Exposição de Motivos enviada em 27.04.2004 pela Presidência da República ao Congresso Nacional do projeto de lei que resultaria na Lei de Inovação era possível perceber claramente quais eram os principais objetivos da legislação proposta, a saber, estimular a criação de invenções patenteáveis em nosso país e possibilitar a aproximação entre as forças produtivas da indústria e a Academia.

1 *A Connecticut Yankee in King Arthur's Court, IX, Mark Twain, 1889*. A obra citada é uma alegoria escrita por Mark Twain na qual um engenheiro estadunidense do final do Séc. XIX é transportado para a Corte do Rei Artur, na Inglaterra do Séc. VI, lá atingindo uma posição de proeminência equivalente à de um Primeiro Ministro.

O objetivo da Lei de Inovação de estimular a apropriação da tecnologia através de patentes foi também percebido pelo saudoso mestre Denis Borges Barbosa:

“A Lei de Inovação implementa o artigo 218 da Constituição e cria um dever de proteção genérico para a produção de conhecimentos no Brasil. É algo que foi novo a sua época, e que, do ponto de vista da estrutura dos direitos, reverteu o procedimento costumeiro anterior[2]”

Um instrumento importante da Lei de Inovação adotado com o objetivo de estimular o patenteamento é a proibição, contida em seu art. 12, de que o pesquisador divulgue ou publique as suas descobertas sem que ele ou ela tenha antes obtido a prévia e expressa anuência da ICT à qual estiver vinculado. Com isso, o legislador enviou uma mensagem forte à Academia, qual seja, a de que não havia mais espaço para o conhecido adágio “publish or perish” (publique ou pereça), que até então regia as atividades dos pesquisadores brasileiros. Evita-se, desta

2 BARBOSA, Denis Borges, “Direito ao desenvolvimento, inovação e a apropriação das tecnologias após a Emenda Constitucional no. 85”, 2015, pág. 30 (disponível em: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/inovacao/direito_ao_desenvolvimento_2015.pdf , consulta em 27.09.2017)

forma, que a publicação precoce da tecnologia, muitas vezes feita inadvertidamente, acarrete a preclusão da possibilidade de obter a patente de invenção, em decorrência da perda do requisito da novidade, sem a qual a patente não pode ser concedida.

A Lei de Inovação foi justificadamente saudada, portanto, como o primeiro instrumento legislativo que visava retirar entraves legais para que fosse efetivada a parceria entre universidades e instituições públicas de pesquisa, de um lado, e empresas privadas, de outro. Sua inspiração foi o conhecido Bayh-Dole Act, dos Estados Unidos, que em 1980 passou a permitir acordos entre empresas e universidades cujas pesquisas são financiadas com recursos públicos.

Nesse sentido, a **Lei 10.973/2004** passou a permitir a celebração de, entre outros, contratos de parceria para o desenvolvimento de novas tecnologias e, para tanto, uma norma relevante é a que regula a titularidade da propriedade intelectual resultante do acordo de parceria. A redação original da lei determinava que os direitos seriam obrigatordeveriam ser compartilhados entre a entidade pública de pesquisa e a empresa privada, de acordo com a proporção da contribuição de cada um.

Havendo o compartilhamento da propriedade intelectual, passa a ser indispensável existir um contrato entre os cotitulares da patente de invenção a fim de regular os direitos e deveres de cada parte. Entre as muitas questões que devem ser tratadas contratualmente (conforme, aliás, determina o § 2º do art. 9º da lei) podemos, exemplificadamente, citar as seguintes: (i) quem pode ou deve nomear e custear os agentes de patentes para redigir e processar os requerimentos? (ii) quem deve pagar as taxas oficiais e anuidades exigidas pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI? (iii) quem pode explorar economicamente a invenção? (iv) se a empresa privada explorar a invenção ela deverá pagar algum royalty ao ICT, e em qual valor? (v) quem pode conceder licenças a terceiros, definir taxas de royalties, e como devem ser compartilhados os royalties? (vi) os direitos das partes serão idênticos com relação às patentes que podem ser obtidas em países estrangeiros?

Posteriormente, visando flexibilizar as condições dos contratos

para o desenvolvimento tecnológico, uma importante modificação introduzida pela Lei 13.243/2016 passou a permitir que a entidade pública de pesquisa conceda onerosamente à parceira privada a totalidade dos direitos sobre a propriedade intelectual resultante da parceria.

Assim, após quase quinze anos de vigência da Lei de Inovação, entendemos que são bons os resultados obtidos no sentido de aproximar as universidades e instituições públicas de pesquisa das empresas privadas. Mas o que podemos dizer a respeito da evolução do número de patentes depositadas no INPI por entidades nacionais, a partir da promulgação da Lei de Inovação?

Lamentavelmente, verificamos que o Brasil continua sem produzir patentes internacionais. Com efeito, em 2017 os EUA produziram 100 (cem!) vezes mais patentes que o Brasil (56.680 contra 589), e até mesmo a Itália – um país pequeno, mas com um PIB praticamente idêntico ao do Brasil – produziu 3.225 patentes internacionais, ou seja, quase 6 (seis) vezes mais do o nosso país.

Sabe-se que atualmente não há uma relação direta entre o bem-estar de um país (medido pelo PIB per capita ajustado por seu poder de compra - "*purchase power parity* – PPP"), e os elementos "antigos" que denotavam o poderio de um país até o início do Século XX, notadamente o tamanho de sua população e sua extensão territorial. Hoje, há países com elevado PIB per capita, como Alemanha, Reino Unido, França, Itália, Coréia do Sul e Japão, que não possuem nem uma grande população, nem um vasto território.

Da mesma forma, não há uma relação direta entre o PIB per capita, de um lado, e o número de patentes, de outro. Tanto assim que a Índia possui um PIB per capita muito inferior ao Brasil (menos da metade), mas produz muito mais patentes que o Brasil (quase o triplo). E a China possui um PIB per capita praticamente idêntico ao Brasil, mas produz atualmente 83 (oitenta e três!) vezes mais patentes que o Brasil.

Por outro lado, podemos constatar uma correlação direta entre o tamanho da economia (PIB) e o número de patentes, sendo o Brasil o único país "fora da curva" dentre as 11 maiores economias do

mundo, ou seja, com um volume de patentes desproporcionalmente pequeno, se comparado ao tamanho de sua economia. Sabemos que a pujança da economia brasileira é fortemente baseada em produtos primários, minerais e agropecuários, com baixo valor agregado, o que em parte explica essa distorção.

Neste ponto, lamentavelmente, a Lei de Inovação em nada contribuiu. A proporção de depósitos de patentes de invenção, no Brasil, entre requerentes nacionais e estrangeiros, analisada em diferentes anos (2005, 2010 e 2015 e 2017), permaneceu sempre constante, com os nacionais variando entre 15% e 21% do total de patentes requeridas perante o INPI brasileiro, e nunca ultrapassando esse patamar. Ou seja, a despeito dos nobres propósitos da Lei de Inovação, na prática ainda não se detectou nenhuma modificação substancial na realidade nacional.

A rigor, pode-se constatar desde o início de vigência da Lei de Inovação um claro aumento no patenteamento por universidades públicas, que, em 2017, já constituiam 15 dos 19 maiores depositantes de patentes nacionais perante o INPI. Comparando-se as médias dos períodos 2000 a 2012, de um lado, e 2013 a 2017 de outro, percebe-se que recentemente tem aumentado ainda mais a produção de patentes pelas universidades públicas: a USP quase que dobrou a sua média anual, de 36 para 62; a UNICAMP foi de 47 para 61; a UFMG foi de 32 para 59; a UFPR de 16 para 46; e a UFRGS de 12 para 29. Ademais, diversas outras universidades apareceram no ranking mais recente com uma média de mais de 10 depósitos anuais. Tudo isso deve ser creditado, ao nosso ver, à percepção na Academia da importância da proteção à propriedade industrial, uma decorrência direta da Lei de Inovação.

Com efeito, deve-se elogiar o maior interesse de algumas universidades públicas brasileiras em depositar patentes. As patentes contribuem para a disseminação de informações tecnológicas (pois são acessíveis através de diversas bases de dados públicas) e têm o potencial de gerar receitas de royalties para as universidades. Entretanto, não se pode deixar de mencionar que nas economias mais desenvolvidas os maiores depositantes são sempre empresas

privadas, pois são elas que têm o interesse econômico imediato na exclusividade de mercado assegurada pela patente.

O papel de levar as patentes brasileiras para o resto do mundo deveria ser, portanto, das empresas privadas nacionais. Mas estas, por diversas razões, até hoje não ocuparam tal espaço. Enquanto isto não ocorrer, continuaremos a ser um anão tecnológico no cenário mundial. Note-se que não propugnamos a redução do número de patentes depositadas por entidades públicas de pesquisa (número este que, quando comparado ao de outros países, nem é tão alto), mas sim o aumento substancial das patentes a serem requeridas por empresas privadas nacionais.

A constatação de que as empresas brasileiras ainda não têm uma política clara de desenvolvimento tecnológico e inovação, da qual seria uma consequência natural o incremento no número de patentes por elas requeridas no Brasil e no exterior, nos leva à conclusão de que, lamentavelmente, a Lei de Inovação, com todas as suas qualidades, ainda é largamente insuficiente para as necessidades nacionais. Para o nosso país entrar na Era do Conhecimento deve ser priorizada nos debates nacionais a adoção de políticas públicas visando estimular as empresas privadas a se engajarem na criação de invenções a serem patenteadas no Brasil e no exterior.

Gabriel Leonardos é advogado, Mestre em Direito (USP), Presidente da Comissão Especial de Propriedade Intelectual – CEPI do Conselho Federal da OAB.

DIREITO,LITERATURA E FILOSOFIA

Justiça e vingança

Tercio Sampaio Ferraz Junior

Há algum tempo, foi mostrada na televisão brasileira a esposa de ex-governador do Rio de Janeiro sendo conduzida à prisão domiciliar e como o povo se aglomerou diante do seu apartamento para protestar. A decisão da Justiça provocou revolta. Como explicar o fenômeno?

Tem-se aí a percepção de que o direito positivado é incapaz de lidar com a profundidade (o sentimento do sofrer o crime e a dificuldade de relacionar crime e castigo). Ou seja, a punição efetiva pode consistir e qualquer punição em grau pré-estabelecido, mas aquilo que se oferece às vítimas não alcança jamais o sentimento de satisfação.

Na tragédia Electra, Eurípedes faz Clitemnestra justificar o assassínio de Agamenon, por ter sacrificado Efigênia aos deuses:

> **“foi pelo bem da nação grega que ele matou minha filha, eu sei disso, mas não justifica que ele tenha assassinado a própria filha e, nesse sentido, eu como mãe podia e até devia me vingar”**

Quanto mais o ser humano é capaz de ternura dentro do seu grupo, tanto mais é indiferente quanto aos grupos vizinhos. Donde um sentimento de (quase) "igualdade" em força para dentro e de "desigualdade" para fora. Todo sistema repousa nessa "igualdade aproximativa": o espaço do outro. É o que propõe Hobbes: a igualdade natural engendra o combate, este engendra o medo, o medo engendra o contrato, o contrato engendra o mundo do Leviathan: da igualdade inicial à equidade final, o equilíbrio precário e perigoso é substituído pelo equilíbrio mais estável e mais seguro.

Nesse modelo, a clivagem das grandes dicotomias, o penal e o civil, o público e o privado, o "mistério" da *punição* versus a "racionalidade" da *indenização*. De um lado, *satisfazer uma ofensa*, donde *corrigir, emendar, dissuadir os imitadores, reeducar, purificar*; de outro, a pecúnia, a mensuração, a razoabilidade: multa civil e multa penal, por que a distinção?

O mundo grego conhecia um duplo sistema de *nomoi*: a justiça intrafamiliar (Themis) e a justiça interfamiliar (Diké). O mundo de Themis era o mundo familiar, lugar privilegiado do terror ético cujo centro de referência é o círculo da família e nele, a figura do pai, com a forte presença de uma agregação natural marcada pela desigualdade, donde a punição maior a rejeição, o abandono, o banimento. As grandes infrações a Themis são marcadas pelo medo difuso – angústia -, pela violação dos laços de sangue, particularmente percebida no assassinato de um parente (parricídio, matricídio, fratricídio, infanticídio), na transgressão sexual (incesto, estupro, adultério), em que presentes as angústias edipianas. Em tudo, a marca do *discrimen* (no sentido de *separar, separação*) e a proibição de sua violação, em que o fulcro de uma infração está em *tocar* (com a mão) *o que é proibido.*

E aqui aparece a **vingança**. O sangue derramado estimula a reação contra uma proximidade *proibida*. O assassino é desprezado, ninguém o acolhe, donde, até hoje, a aceitação desconfiada de direitos do preso. A vingança tem a ver, assim, com uma expectativa de destruição total, condenar o maldito a errar nas trevas do remorso.

Nas suas origens míticas, a vingança não é bem uma punição, cujo sentido ficou obscurecido pela proximidade com as punições

executadas por ordem soberana. É uma reação a uma *mancha* intolerável que cobre todo o grupo. Donde a exaltação heroica do que mata em nome da sociedade, uma reação não necessariamente pública, como se vê pela morte em nome da honra (legítima defesa da honra).

Na vingança, o ofensor ocupa um papel secundário: o papel primário cabe ao ofendido. É o *ofendido* que, na **estrutura da vingança**, tem necessidade de uma reparação (como no duelo, por exemplo). Ou seja, o "beneficiário" da "compensação" é a vítima, não se tratando de uma relação de retribuição do tipo crime/castigo. Nessa estrutura, não importa, afinal, o que fez o ofensor, que pode ter agido até honradamente (legítima defesa). A carga da vingança repousa no ofendido.

Por isso o vingador evoca solidariedade. De se lembrar que mesmo a palavra *vindex*, que vem de *vindicare* (vingar e vindicar), palavra que, em latim, substituiu *ultor*, de origem desconhecida, que designava, primitivamente, aquele que que vem em proteção de um devedor e que restou na expressão *insultus – in – sem – ultor*- defensor, donde, insultar, podendo-se imaginar que o *vindex* tivesse algo a ver com a solidariedade familiar mais do que alguém que pune no sentido objetivo de impor uma pena. Esse é um dado que ficou também obscurecido no curso da história com o aparecimento do Estado e o monopólio da força, fazendo da vingança algo "inútil". O que, curiosamente, mascara essa sensação de que o Estado pareça frágil ou inexistente, quando não cumpre o papel do ofendido na estrutura vingativa (donde, o linchamento ou as propostas de armar o cidadão...). Mas que desponta no asilo político, quando um Estado se põe a defender o banido contra os seus próprios.

Apesar da aproximação com condutas "naturalmente" violentas, a vingança não deixa de ser um fato da cultura, uma verdadeira instituição, com suas crenças, seus valores, seus ritos. Posto de lado o caso em que a vingança derrapa na direção do puro sadismo (vingança sem medidas), ela guarda, como instituição social, algum "regramento", pois ela serve, como se diz, para "acertar as contas com alguém".

Não há dúvida de que a ilimitação da vingança está presente em várias situações em que ela é exercida contra quem contesta a

majestade do pai, da nação. Daí o treinamento diferente que se dá ao soldado, para a guerra, e para o policial, na contenda interna, e a punição do crime de traição à pátria, em que se clama por uma nulificação total do outro (pena de morte). A vingança "repercute", tende a se amplificar a cada ato, como numa vertigem sem qualquer limitação ou medida. Mesmo assim, na linguagem homérica, a vingança não deixa de ser uma APOTISIS, um *pay back*. E é por essa razão que a vingança se introduz nas estruturas da justiça, trazendo certa ambiguidade para os procedimentos vindicatórios e para as obrigações *ex delicto*. De se lembrar que o ladrão a mão armada poder ser morto pela vítima; o que mostra, na defesa legítima, a importância, de um lado, da estrutura da vingança, de outro, da possibilidade de calcular a gravidade da ameaça para justificar a reação (justiça). E as ambiguidades das dicotomias: o civil privado (venda, herança), o penal privado (os crimes comuns), o civil público (o terreno dos contratos administrativos), o penal público (os tribunais especiais, os privilégios de foro). De uma parte, mesmo modernamente, o ponto está na ideia de que a reparação contém sempre uma lesão de interesse não patrimonial (problema do dano moral). De outra parte, de se ver como, na evolução do capitalismo moderno, o dinheiro aparece como um equalizador neutro capaz de criar uma ficção necessária para substituir as incertezas da vingança privada.

De todo modo é preciso ressaltar que um esquema estático, de equilíbrio de pratos (Diké), não é inteiramente adequado à vingança (Themis). É sabido que em sociedades em que a vingança atua como um "pedir satisfação" não se trata de um restabelecimento do *status quo ante*, mas de um processo dinâmico, de criação de novas amarguras e exigência de novas vinganças. Na verdade, mesmo quando a vingança tende a uma espécie de "contabilidade", isso não significa que as partes façam suas "contas" da mesma maneira (*talis, talis, lei de talião*). O que significa, afinal, que o esquema estático (da balança da justiça – Diké) mais pareça uma aspiração ideal de equilíbrio que se frustra na realidade dos fatos. Daí, de um lado (justiça), a ideia que decisões (jurídicas) não terminam conflitos, solucionando-os (solvendo, dissolvendo), mas pondo-lhes um fim (proibição de continuar: coisa julgada, prescrição, decadência); de

outro (vingança), que mesmo obtendo uma decisão favorável, à parte sempre resta um sentimento de que poderia ter sido mais...

De um ângulo ético-cosmológico pode-se dizer, pois, que o esquema estático (Diké) leva à justiça em termos jurídicos (regras, controles, medidas), enquanto a vingança é expressão de um esquema dinâmico (Themis) sem medida e, pois, sem fim, donde os ressentimentos e as sublimações como soluções diabólicas.

De todo modo, o que está aqui presente é o *tremendum*, o sagrado como portador da perdição para aqueles que se aproximam: o mundo humano habitado por uma ameaça absoluta. Donde a estranha figura do acusador como aquele que participa da majestade do sagrado e na qual o conteúdo da acusação também é indesvendável. O culpado é um maldito, que não se deve tocar. Daí a lapidação, forma de punição que evita o contato com o maldito. Mas também a necessidade de um terceiro para acusar (o promotor público) e punir (o carrasco).

Donde o juiz não ser nunca uma simples máquina de fazer silogismos (subsunção), posto que a personalidade do culpado nunca é encerrada em sua problemática singular de um sentido único (*tipo*): sempre há uma nebulosa de leituras possíveis, organizadas em torno de um sentido dominante. Do nascimento à morte, o homem reedita a maldição do maldito.

Tercio Sampaio Ferraz é professor (USP e PUC-SP), advogado.

UM ADVOGADO NA...

CVM

Marcelo Barbosa

O convite que me foi feito para colocar por escrito a perspectiva de um advogado que passa a se dedicar a outra atividade se revelou um ótimo pretexto para fazer uma reflexão sobre a experiência na supervisão e regulação do mercado de capitais iniciada em agosto de 2017, quando tomei posse no cargo de Presidente da Comissão de Valores Mobiliários.

A expectativa de que estaria diante de uma oportunidade de conduzir ações que gerariam grande impacto para a sociedade funcionou como importante atrativo não apenas para mim mas para tantos outros, advogados ou não, que aceitaram desafios semelhantes. E ver essa expectativa se confirmar é imensamente gratificante, além de servir como motivação para lidar com os obstáculos que se apresentam.

Do ponto de vista técnico-jurídico, dificilmente haverá oportunidades mais interessantes para quem milita na área de mercado de capitais. Seja na discussão de normas, seja no julgamento de processos sancionadores, nos vemos diante de questões de grande complexidade, que devem ser consideradas sob diversos pontos de vista, com atenção não apenas às suas consequências para os diversos agentes de mercado envolvidos, mas também aos limites dados pela legislação.

“

...para os advogados, a oportunidade de colaborar com o setor público abre os horizontes e oferece novas perspectivas que de outra forma não seriam percebidas.

”

O Colegiado da CVM contou, historicamente, com diversos advogados em seus quadros, que, com sua experiência e preparo, ofereceram importantes contribuições para os trabalhos aqui realizados. Além disso, inúmeros integrantes da casa – muitos dos servidores e todos os integrantes de nossa Procuradoria Federal Especializada - têm formação jurídica. A especial atenção para aspectos como o devido processo e a segurança jurídica, tão importantes no exercício da atividade de supervisão e regulação, é, portanto, uma prioridade constante.

No entanto, a experiência de um advogado em uma autarquia como a CVM não se restringe, por óbvio, à oportunidade de contribuir com sua experiência. Acredito que, para os advogados, a oportunidade de colaborar com o setor público abre os horizontes e oferece novas perspectivas que de outra forma não seriam percebidas.

Marcelo Barbosa é advogado e Presidente da CVM.

VOLTAR PARA O ÍNDICE

NÓS, OS ADVOGADOS, POR ELES, OS JUÍZES

De um ex-advogado para os advogados

Luís Roberto Barroso

“O maior perigo, para a maioria de nós, não é que o alvo seja muito alto e não se consiga alcançá-lo. É que ele seja muito baixo e a gente consiga.”

1. Trinta anos de advocacia e seis de magistratura

Fui advogado por quase trinta anos. Comecei na planície. Estagiei na Defensoria Pública, no cível e no crime. No início da minha carreira, fiz separação judicial, divórcio, júri, fui a delegacias, impetrei *habeas corpus*, propus e defendi reclamações trabalhistas. Por um ano, coordenei a área de família do escritório modelo de uma instituição privada. Voltava para casa angustiado todos os dias. O Direito não é capaz de resolver todos os problemas da vida.

No início da minha advocacia privada, tive a sorte de trabalhar com dois grandes profissionais: Miguel Seabra Fagundes, jurista e parecerista notável, e Eduardo Seabra Fagundes, um advogado do primeiro time. Foram quatro anos de aprendizado que me serviram por toda a vida. Em 1984/85 prestei concurso para a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, onde ingressei em 1985.

Paralelamente, dediquei-me à vida acadêmica, que sempre foi uma das minhas paixões.

Foi precisamente a minha paixão pelo direito constitucional que me abriu caminhos até então imprevistos. Meus primeiros trabalhos acadêmicos de maior expressão foram sobre a efetividade das normas constitucionais, isto é, os limites e possibilidades de concretização da Constituição. Era um tempo em que os advogados nem tinham Constituição no escritório. Os civilistas usavam o Código Civil e o Código de Processo Civil. Os criminalistas, o Código Penal e o Código de Processo Penal. Os advogados trabalhistas utilizavam a CLT. O direito societário começava a se desenvolver, após a promulgação da Lei da Sociedades por Ações. Pois bem: em um dos meus primeiros casos, comecei a trabalhar com a Constituição.

Lembro-me ainda hoje: postulei a anulação de um ato administrativo do diretor do Observatório Nacional, que criara obstáculo à pesquisa de seu principal astrônomo, com entraves burocráticos. Invoquei o art. 179, parágrafo único, da Constituição de 1967/69, que previa que "O Poder Público incentivará a pesquisa e o ensino científico e tecnológico". Sustentei, então, que normas conhecidas como "programáticas", como esta, não permitiam que se exigisse um comportamento positivo. Porém, serviam como fundamento para se exigir uma abstenção, isto é, que o Poder Público não embaraçasse a pesquisa. Deu certo e foi feito um acordo. Começava ali um novo ramo de atividade jurídica, que era o do advogado constitucionalista. Por um bom tempo trafeguei quase sozinho nesse novo espaço profissional, dando pareceres, elaborando recursos extraordinários para outros escritórios ou propondo ações com fundamento na Constituição.

Com o tempo, a vida me propiciou testar muitas das ideias que havia desenvolvido academicamente em ações perante os tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal. Entre os casos de mais visibilidade estiveram, por exemplo, (i) o direito de as mulheres interromperem a gestação no caso de gravidez de um feto anencefálico e, consequentemente, inviável; (ii) a proibição do nepotismo no Poder Judiciário (depois estendida aos três Poderes); (iii) a equiparação

das uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais; e (iv) a defesa das pesquisas com células-tronco embrionárias. Todos eles envolviam a aplicação direta e criativa da Constituição. Esses casos me tornaram mais conhecido e pavimentaram meu caminho para a magistratura no Supremo Tribunal Federal. E, mais à frente, já como ministro, segui fiel às minhas ideias, em decisões envolvendo ações afirmativas para negros, direitos das mulheres, gays e transgêneros, liberdade de expressão, restrição ao foro privilegiado e direito à interrupção da gestação no primeiro trimestre, para citar algumas.

Aceitei com gosto a missão de ser juiz, mas não foi fácil a mudança de lado. Um advogado só precisa julgar a causa uma única vez: no momento em que a aceita ou não. A partir daí ele se obrigou a atuar de um lado da disputa e tem o dever legal de apresentar todos os argumentos legítimos, razoáveis e éticos na defesa do seu cliente. Aprendi logo no início da minha vida de juiz que ter lado é mais fácil do que procurar ser imparcial. Um juiz – sobretudo quando também atua no crime – precisa considerar os direitos fundamentais do réu, mas não pode esquecer que ele é o guardião da próxima vítima, ou seja: cabe-lhe impedir que mais alguém seja morto, violentado ou que o erário seja saqueado. Ele passa a ser árbitro em um mundo de paixões. Para mim, pessoalmente, significou deixar de ser um advogado popular entre os colegas para me tornar um juiz que inexoravelmente desagrada muita gente. Foi um choque existencial. Mas é a missão que a vida me deu. Fui o melhor advogado que consegui ser. Procuro ser o melhor juiz que consigo ser.

2. Os advogados, por um juiz que tem alma de advogado

Já há alguns anos na magistratura, conservo largamente a alma de advogado. Gosto de exemplificar esse sentimento com uma história real que se passou comigo quando me mudei para Brasília. Meus filhos, que eram ainda bem jovens, insistiram em um passeio de barco pelo Lago Paranoá. Minha mulher escapou do programa, mas preparou um isopor com refrigerantes, águas e, creio, umas duas cervejas. Já no meio do lago, apoiei minha perna no tal isopor, que era de péssima qualidade, e ele ruiu. Voltei para casa sobraçando

cacos de isopor e disse para minha mulher: "Pisaram no isopor! Veja como ficou". Mas as mulheres têm alma de Ministério Público. E ela imediatamente me perguntou: "Quem pisou?". Ao que respondi prontamente: "Estou aqui para defender o isopor, e não para acusar ninguém". Pano rápido. Isto é ter alma de advogado.

Hoje, como juiz, compartilharia com os advogados convicções que tinha quando atuava do outro lado do balcão, e que mantenho até hoje. Algumas delas:

1. Advogados são a alternativa que o mundo civilizado concebeu contra a força bruta. Em lugar de lutas físicas, disputa-se com o melhor argumento. Advogados são agentes do processo civilizatório. Por isso mesmo, seja sempre elegante. Uma tese não se torna mais convincente por ser enunciada aos gritos ou de modo grosseiro.

2. Tudo o que é certo, justo e legítimo deve encontrar um caminho no Direito. O papel do advogado é achar esse caminho. Um advogado não se conforma com interpretações literais, com portas fechadas ou juiz de cara feia.

Há uma força poderosa no universo que protege quem se move por propósitos honestos.

3. O advogado não se confunde com seu cliente. Muito menos é seu cúmplice ou compartilha-lhe as culpas. O advogado desempenha uma função essencial à justiça, permitindo que o direito de defesa e o contraditório sejam exercidos. De modo que a reprovação social ou moral que o cliente possa eventualmente merecer não se transmite ao advogado. Não há causa imoral. Não importa o que o cliente tenha feito. O que pode haver é conduta imoral do advogado. Mas aí, por mérito próprio. A que seja imputável apenas ao cliente não se transmite ao advogado.

4. Escreva com clareza, simplicidade e objetividade. Já foi o tempo em que escrever e falar difícil era sinal de inteligência. Hoje é justamente o contrário. E, sobretudo, seja tão breve quanto possível.

5. **A gente não ganha todas. E há vida depois da derrota e muitas lutas após a vitória. Seja humilde na vitória e altivo na derrota. Não ofenda ninguém, mesmo quando acreditar ter razões para isso. A vida nos faz passar muitas vezes pelas mesmas estações e é bom deixar o caminho desobstruído.**

6. O advogado deve olhar o mundo do ponto de observação de seu cliente. Isso não dá a ele o direito de mentir. As pessoas, na vida, têm direito à própria opinião, mas não aos próprios fatos. Mas há um aspecto relevante: a verdade não tem dono e, em muitas situações, não há certezas absolutas. Somente diferentes modos de ser ver a questão.

7. Eu considero que o maior advogado do Brasil é anônimo e trabalha, com recursos escassos e sem holofotes, em alguma comarca do interior. Provavelmente lutando contra a prepotência de algum poderoso.

São essas as breves reflexões que me ocorrem. Fui muito feliz na advocacia. E cumpro com alegria a missão que a vida me deu de ser juiz no Supremo Tribunal Federal. Mas até hoje me emociono ao ouvir uma sustentação precisa ou uma peça bem lançada. Às vezes acho que meu coração ficou do lado de lá.

Luís Roberto Barroso é Ministro do Supremo Tribunal Federal.

VOLTAR PARA O ÍNDICE

OS OLHOS DOS OUTROS

O papel do Advogado

Merval Pereira

Assim como a imprensa nasceu para dar voz à sociedade civil para se contrapor à força do Estado absolutista, e legitimar suas reivindicações no campo político, o ordenamento jurídico surgiu da necessidade de organizar as sociedades em torno de decisões pactuadas, e defender os direitos individuais, impondo limites à força dos poderosos.

A semelhança dos desígnios das duas instituições, Imprensa e Direito, é refletida em comentários de duas figuras históricas, o americano Thomas Jefferson e o brasileiro Rui Barbosa, fundamentais para seus países. Para Jefferson, a liberdade legítima é limitada por igual direito dos outros.

Para Rui, é fundamental "não antepor os poderosos aos desvalidos, nem recusar patrocínios a estes contra aqueles". Sobre a imprensa, os dois também têm visão semelhante.

Para Rui Barbosa, a imprensa é a vista da nação. "Através dela, acompanha o que se passa ao perto e ao longe, enxerga o que lhe malfazem, devassa o que lhe ocultam e tramam, colhe o que lhe sonegam ou roubam, percebe onde lhe alvejam ou nodoam, mede o que lhe cerceiam ou destroem, vela pelo que lhe interessa e se acautela do que ameaça".

O presidente americano Thomas Jefferson entendeu que a imprensa, tal como um cão de guarda, deve ter liberdade para criticar e condenar, desmascarar e antagonizar. "Se me coubesse decidir se deveríamos ter um governo sem jornais ou jornais sem um governo, não hesitaria um momento em preferir a última solução", escreveu ele.

No sistema democrático, a representação é fundamental, e a legitimidade da representação depende muito da informação. O papel dos advogados numa democracia é, portanto, relevante como suporte de uma sociedade equânime.

Pesquisas promovidas pela Associação de Magistrados do Brasil (AMB), em 1995 e ano passado, revelam a evolução das prioridades da corporação, mais focada nos direitos individuais e liberdade de expressão na década posterior à redemocratização do país, mais empenhada hoje em combater os desvios do poder e a atender aos anseios de Justiça da coletividade.

Essa contemporaneidade das aspirações dos magistrados reflete a contínua relevância do papel dos advogados, que é historicamente o de proteger o cidadão da força e da injustiça.

Por isso, a independência do jurista na relação com o Poder é fundamental para Rui Barbosa, segundo quem uma "justiça militante" se baseia em "não transfugir da legalidade para a violência"; não "quebrar da verdade ante o poder"; não colaborar em perseguições ou atentados, nem pleitear pela iniqüidade ou imoralidade".

Em O Dever do Advogado, Rui Barbosa define a ordem legal em duas facetas: a acusação e defesa, e parece estar falando dos dias de hoje, quando o radicalismo político confunde o exercício da profissão com aval a esta ou àquela posição. Esta, a defesa, "não é menos especial à satisfação da moralidade pública do que a primeira.", diz Rui.

Para ele, cabe ao advogado ser "voz do Direito" em meio à paixão pública:

"Tem a missão sagrada, nesses casos, de não consentir que a indignação degenere em ferocidade e a expiação jurídica em extermínio cruel."

A contemporaneidade das palavras de Rui Barbosa torna sua presença na história brasileira cada vez mais influente, a ponto de ter sido um dos mais citados na pesquisa da AMB como referência dos atuais magistrados.

A sua estátua, mandada erigir pelo Centro Acadêmico XI de Agosto da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo continua simbólica de uma visão de Direito que dá aos advogados papel fundamental na vida pública de uma democracia.

Merval Pereira é jornalista e membro da Academia Brasileira de Letras.

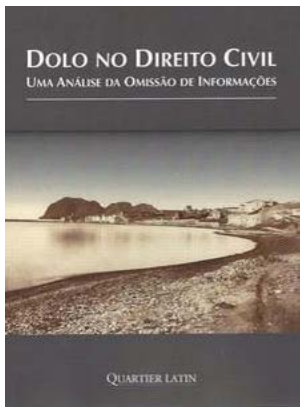
VOLTAR PARA O ÍNDICE

Literatura

Comentários ao Código Civil de 2002. Vol. II. Direitos das Obrigações (arts. 233 a 420)
Caio Mário da Silva Pereira

Responsável pela elaboração do projeto de Código de Obrigações, o notável professor Caio Mário da Silva Pereira expõe, com clareza, suas lições, marco no Direito Civil nacional.

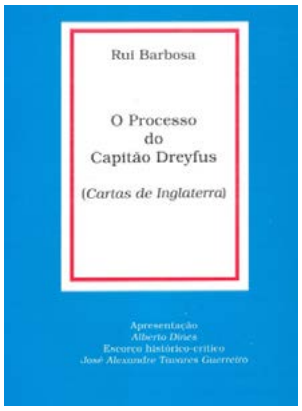
1ª edição. OAB Editora e GZ Editora, Rio de Janeiro, 2019 (Atualização legislativa: Cristiano de Sousa Zanetti e Leonardo de Campos Melo)



Dolo no Direito Civil: uma análise da omissão de informações
Giovana Benetti

A obra examina a camaleônica figura jurídica do "dolo", cuidando do dolo antecedente, aquele apresentado na fase formativa de um negócio jurídico, e do dolo quando caracterizado por defeito informativo, aquele que, na prática dos negócios, seja, talvez, a mais recorrente das suas modalidades.

São Paulo: Quatier Latin, 2019.



O Processo do Capitão Dreyfus (Cartas de Inglaterra)
Rui Barbosa

Rui Barbosa, de longe, assistiu ao famoso processo do Capitão Dreyfus, que movimentou a opinião pública francesa – e do mundo todo – acerca de uma acusação injusta. Ao apreciar o tema, Rui oferece o olhar do advogado. O texto foi reeditado, com um escorço histórico-crítico de José Alexandre Tavares Guerreiro.

São Paulo, Giordanus, 2019.

Os advogados vão ao cinema - 39 ensaios sobre justiça e direitos em filmes inesquecíveis
Org. José Roberto de Castro Neves

39 ensaios, de grandes nomes do nosso mundo jurídico, acerca da relação entre direito e a sétima arte. Ellen Gracie, René Dotti, Luiz Olavo Baptista, Gustavo Binenbojm, Francisco Müssnich, Anderson Schreiber, entre muitos outros, tratam de filmes como o Sol Nasce para Todos, O Vento será sua herança, Sociedade dos Poetas Mortos, Filadélfia... Afinal, o direito está em toda parte.

Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2019.

REVISTA OAB: ADVOCACIA HOJE
v. 1, jun. 2019

CONSELHO EDITORIAL DA OAB EDITORA
GESTÃO 2019/2022

FELIPE SANTA CRUZ
Presidente
JOSÉ ROBERTO DE CASTRO NEVES
Presidente Executivo

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

EQUIPE TÉCNICA
Gerência de Relações Externas
Coordenação de Comunicação

FICHA CATALOGRÁFICA

Revista OAB: advocacia hoje. Vol. 1 (jun. 2019) – Brasília, 2019.

Trimestral.
Versão online disponível em: https://www.oab.org.br/biblioteca-digital/publicacoes

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

NACIONAL