

advocacia

hj.

ADVOCACIA HJ. | N. 004 | JUL. 2020



"A Constituição da Monarchia Representativa do Brazil nenhuma distincção faz do homem branco, e do homem de cor: todos são filhos do Pai: todos são igualmente Cidadãos do Estado; todos gozão dos mesmos Direitos."

Jê Montezuma

Caro Colega,

Você está recebendo a 4ª edição da Revista do Conselho Federal da OAB. Um serviço da OAB para levar informação aos seus milhares de filiados em todo Brasil, com edições trimestrais.

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

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

O baiano Francisco Gomes Brandão (1789-1870) era filho de um comerciante português com uma mestiça. Embora fosse desejo de sua família que ele seguisse a carreira religiosa, Francisco vai, em 1816, para Coimbra, estudar Direito. Retorna ao Brasil em 1821, onde rapidamente se envolve em movimentos políticos favoráveis à independência. Adota um novo nome, Francisco Gê Acabaya de Montezuma, numa homenagem aos índios da América - "Gê" dos índios brasileiros das tribos não tupi-guarani, "Acabaya", numa referência aos tupis e "Montezuma" para enaltecer o famoso imperador asteca.

Com a independência, Montezuma elege-se deputado. É o primeiro deputado da história do Brasil a se colocar frontalmente contra a escravidão e o tráfico negreiro. Em 1937, assume o Ministério da Justiça. A essa altura, já havia ganho o título nobre, tonando-se Visconde Jequitinhonha.

Montezuma insiste com o então imperador Pedro II acerca da necessidade de se criar um órgão de classe dos advogados. Felizmente, encontrou no imperador brasileiro um entusiasta por desenvolver, no país, instituições que irradiassem cultura.



Em 7 de agosto de 1843, o imperador brasileiro publica “Aviso”, no qual aprova os estatutos do Instituto dos Advogados Brasileiros. Montezuma torna-se o primeiro presidente da instituição.

Num momento de grandes desafios, a Revista do Conselho Federal da OAB prestigia Francisco Gomes Brandão – Francisco Gê Acabaya de Montezuma. Um ser humano que superou grandes dificuldades, inclusive a praga do preconceito, para construir um Brasil melhor.



José Roberto de Castro Neves é
Presidente Executivo da OAB Editora

The cover of the magazine 'advocacia hj.' features a man with long dreadlocks and a beard, wearing a dark suit and tie. The magazine title 'advocacia hj.' is at the top left. A red box at the top right contains the text 'ADVOCACIA HJ. | N. 024 | JUN. 2023'. A quote box on the right contains the text: "A Constituição da Monarquia Representativa do Brazil nenhuma distincção faz do homem branco, e do homem de cor: todos são filhos do Pai: todos são igualmente Cidadãos do Estado; todos gozão dos mesmos Direitos." Below the quote is the name 'Jê Montezuma'. The OAB logo is at the bottom right. A blue banner at the bottom of the cover reads 'PERSONALIDADE DA CAPA'.



Francisco Jê Acaiaba de Montezuma, o Visconde de Jequitinhonha, foi um advogado, jurista e político brasileiro.

- 05 MENSAGEM DO PRESIDENTE
ADVOCACIA HOJE
FELIPE SANTA CRUZ
- 06 DIREITO CONSTITUCIONAL
DESINFORMAÇÃO
ELLEN GRACIE NORTHFLEET
- 08 DIREITO ADMINISTRATIVO
ATUALIDADES NA SEARA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS
FERNANDA MARINELA
- 13 DIREITO DO TRABALHO
A COVID-19 E SEUS IMPACTOS NO MUNDO DO TRABALHO
OPHIR FILGUEIRAS CAVALCANTE JUNIOR, CAIO NENO SILVA CAVALCANTE
- 17 DIREITO CIVIL
IMPACTOS DA COVID-19 SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS
ANA FRAZÃO
- 21 DIREITO PENAL
COLABORAÇÃO PREMIADA E COISA JULGADA MATERIAL
MIGUEL REALE JR
- 23 DIREITO PROCESSUAL
IMPACTOS ATUAIS E FUTUROS DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: O “NOVO NORMAL” DA JUSTIÇA
HEITOR VITOR MENDONÇA SICA
- 28 DIREITO TRIBUTÁRIO
MEDIDAS TRIBUTÁRIAS PARA ENFRENTAR A COVID 19
GUSTAVO BRIGAGÃO
- 34 DIREITO COMERCIAL/SOCIETÁRIO
ADVOCACIA NO DIREITO EMPRESARIAL. A FORMATAÇÃO DOS NEGÓCIOS
PAULA A. FORGIONI
- 42 ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO
A CHEGADA DE NOVOS TEMPOS PARA A ARBITRAGEM
ELEONORA COELHO
- 46 DIREITO EM EXPANSÃO: DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO
O QUE TODO ADVOGADO PRECISA SABER SOBRE O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E NUNCA TEVE CORAGEM DE PERGUNTAR!
NADIA DE ARAÚJO
- 50 DIREITO, LITERATURA E FILOSOFIA
UMA CARTA DE MACHADO DE ASSIS
JOSÉ PAULO CAVALCANTI FILHO
- 53 **UM ADVOGADO NO CONGRESSO**
ALESSANDRO MOLON
- 56 NÓS, OS ADVOGADOS, POR ELES, OS JUÍZES
OS ADVOGADOS E A PANDEMIA
RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
- 60 OS OLHOS DOS OUTROS
QUEM É SEU ADVOGADO?
PAULO NIEMEYER FILHO

Advocacia hoje



Felipe Santa Cruz¹

A OAB representa, hoje, o elo entre sociedade e Estado, servindo como instrumento de efetivação de direitos e transformação social. O exercício desse múnus tem como escopo a implementação democrática de um sistema jurídico mais justo, que garanta a difusão igualitária da cidadania e a concretização dos direitos humanos. Nossa missão política e institucional é proteger direitos e garantias da sociedade civil, sobretudo em tempos de pandemia, provocada pelo novo coronavírus.

Nesse cenário de crise, a Advocacia brasileira recebe o chamado da sociedade civil para cumprir sua função pública de pacificação social e de defesa dos mais oprimidos. Para isso, nossa posição institucional tem sido sempre em defesa das instituições democráticas e dos interesses da Advocacia, pois entendemos ser este o dever de casa mais elementar para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, acredito que a Democracia é uma prática que precisa ser vivenciada e construída dia a dia para que se aperfeiçoe. Por isso, precisamos depositar nossa confiança na solidez das instituições. Não tenho dúvidas de que a saída das crises deve ser encontrada dentro da normalidade institucional, respeitando-se a legalidade democrática, os procedimentos inerentes ao devido processo legal, a Constituição e os direitos fundamentais consagrados. O compromisso estatal e de toda a sociedade civil deve ser com a preservação da vida, com as liberdades democráticas e, sobretudo, com a missão de trabalhar coletivamente para a reconstrução do nosso País.

Diante disso, nesta obra, encontramos perspectivas diferentes e refinadamente qualificadas sobre o mundo jurídico, sobretudo com análises elaboradas a partir do contexto dessa crise sanitária. Os temas aqui abordados são de extrema importância para a valorização e o fortalecimento da Advocacia e, certamente, para outras esferas do Direito. Esta edição representa o esforço permanente para seguirmos concatenados ao que se passa em nossa sociedade. Por isso, a Advocacia hoje, com seu rigor costumeiro, permanece à altura de nossos tempos, o que torna sua leitura é indispensável.

¹ Felipe Santa Cruz é Presidente Nacional da OAB.

Desinformação

Ellen Gracie Northfleet

“A saudável prática da audiência pública para debater matérias de grande complexidade permitiria convocar a presença das maiores autoridades para que se venha a alcançar uma visão clara de toda a problemática e de suas formas de solução.”

O Senado Federal acaba de aprovar projeto de lei que, inspirado pelas melhores intenções, tem por objetivo regular a circulação de informações no ambiente cibernético, de modo a evitar a divulgação de notícias falsas e, também, coibir o patrocínio não explícito de conteúdo postado na internet. O projeto original, mereceu mais de cem emendas e resultou na apresentação de uma emenda substitutiva que assimilou aquelas propostas que o Relator entendeu adequadas ao texto geral.

A matéria segue para análise da Câmara dos Deputados. Espera-se que nessa casa legislativa receba tratamento menos açodado do que aquele verificado durante a tramitação no Senado.

Os temas envolvidos nessa necessária legislação são extremamente complexos e, por isso mesmo, seu exame não pode prescindir do concurso de técnicos na matéria, usuários e representantes dos principais provedores de conteúdo, todos tomados de surpresa por um texto que se apresenta insuficiente ou mesmo contraditório com a finalidade almejada com sua edição.

A saudável prática da audiência pública para debater matérias de grande complexidade permitiria convocar a presença das maiores autoridades para que se venha a alcançar uma visão clara de toda a problemática e de suas formas de solução. “Ce qui bien se conçoît, s’exprime clairement” é lição antiga que merece ser seguida por quem deseja legislar. A deficiência de conhecimento aprofundado sobre temas que exigem o concurso de vários especialistas fez com que os textos – tanto o original, quanto a emenda substitutiva – apresentassem equívocos no tratamento da matéria.

Aos advogados, de modo especial, interessa que o texto resultante do labor legislativo seja suficientemente preciso para evitar a possibilidade de interpretações que agridam os direitos individuais, especialmente os de privacidade e do sigilo das comunicações. A contribuição dos advogados é, no caso, tão indispensável quanto a dos especialistas em TI. Esperemos que a casa revisora promova a discussão multidisciplinar do tema o que representaria esperança de melhor resultado.



Ellen Gracie Northfleet é Ministra do Supremo Tribunal Federal aposentada.

Atualidades na seara das contratações públicas

Fernanda Marinela

“(...) é essencial que o advogado, profissional indispensável à administração da justiça, debruce-se sobre a temática, pois a compreensão do contexto presente é indispensável para dirimir as lides decorrentes deste cenário e para fins de experiências futuras em face de situações análogas.”

Diante da pandemia causada pelo COVID-19, toda a comunidade mundial globalizada tem buscado meios para combater este mal do século e garantir o bem estar dos cidadãos do mundo. Voltando-se para o contexto brasileiro, país continental dotado de necessidades regionais diversas, em que pese o reconhecimento de que no ordenamento vigente há ferramentas excepcionais para o enfrentamento de crises, o Direito, enquanto ciência social aplicada, viu-se desafiado, de modo que as autoridades estatais passaram a adotar, junto com os cidadãos, medidas preventivas e repressivas para superação das dificuldades emergenciais e o suprimento das necessidades cotidianas.

No que se referem às contratações públicas, observa-se o delineamento de diversas regras de exceção: seja inovando ante o inesperado, seja resignificando institutos do Direito Administrativo já existente para adequá-los ao “novo normal”. E, apesar do caráter de exceção e transitoriedade das medidas adotadas, é essencial que o advogado, profissional indispensável à administração da justiça, debruce-se sobre a temática, pois a compreensão do contexto presente é indispensável para dirimir as lides decorrentes deste cenário e para fins de experiências futuras em face de situações análogas.

O enfrentamento desta emergência de saúde pública no Brasil foi concentrado em legislação específica: a Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que

confere aos administradores maior discricionariedade para exercer o seu múnus público ante a crise de saúde pública instalada. Seu caráter temporal foi expresso já nos parágrafos 2º e 3º do artigo 1º, e no artigo 8º.

Primeiramente, a Lei 13.979/2020 ocupou-se em facilitar as contratações diretas ante as condições de exceção, criando uma nova hipótese de dispensa de licitação aplicável a todos os entes federados – nos termos do artigo 22, XXVII, da Constituição – seja da administração direta ou indireta, seja de direito público ou privado, nos seguintes termos: Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei. § 1º A dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

Salienta-se que não se pode confundir esta nova hipótese de dispensa de licitação com a prevista no art. 24, inciso IV da Lei nº 8.666/93, pois esta se distingue pelo seu limite temporal (previsto no § 1º do artigo 4º) e material, haja vista destinação específica ao contexto da pandemia de COVID-19.

A redação citada do caput do artigo 4º não é a original, foi alterada pela Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020, para incluir os serviços de engenharia e ampliar o gênero de insumos (antes restrito a insumos de saúde). Esta Medida Provisória dispôs minúcias relevantes para esta nova dispensa de licitação.

Uma delas (Art. 4º-B e incisos) diz respeito à presunção de atendimento das seguintes condições para dispensa em questão: a) ocorrência de situação de emergência; b) necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; c) existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e d) limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

Também dispensou a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e serviços comuns (Art. 4º-D) e admitiu a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado (Art. 4º-E). Tais institutos, ao passo que facilitam o procedimento, protegem o gestor público de eventuais alegações de inobservância dos pressupostos necessários.

No que se refere à vigência, a Medida Provisória nº 926/2020 inseriu dispositivo prevendo que os contratos decorrentes do diploma legal em debate poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública.

Em se tratando de alterações contratuais, a Medida Provisória possibilita acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato (art. 4º), bem acima do previsto na Lei geral de licitações.

Há que se falar também que esta medida provisória possibilitou: a) a aquisição de equipamentos de segunda-mão, desde que fique a cargo do fornecedor a

responsabilidade pelas plenas condições de uso e funcionamento; b) a dispensa parcial de documentação habilitatória, de forma excepcional e mediante justificativa de autoridade competente, quando houver restrição de fornecedores ou prestadores de serviço. Excetua-se a comprovação da regularidade relativa à seguridade social e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição; c) a possibilidade, excepcional – quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido – de contratação de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso.

Encerrando as contribuições desta Medida Provisória, importante mencionar a redução de prazos pela metade das licitações realizadas por pregão, seja eletrônico ou presencial, para aquisições correlatas ao enfrentamento da COVID-19 (Art. 4º-G). Também foi previsto a não aplicação de efeito suspensivo aos recursos, a dispensa da realização de audiência pública (artigo 39 da Lei nº 8.666/93) e quando o prazo original a ser reduzido for número ímpar, este será arredondado para o número antecedente.

Apesar da celeridade clamada quando da edição da Lei 13.979/2020, o princípio constitucional da publicidade foi atendido, de modo que todas as contratações realizadas com base nesta Lei deverão ser imediatamente disponibilizadas em sítio oficial (art. 4, § 2º).

Ainda de forma inovadora, outra Medida Provisória, a nº 951/2020, abriu exceção inesperada: a utilização do Sistema de Registro de Preço no caso de dispensa de licitação, o que não era permitido conforme o art. 7º do Decreto nº 7.892/2013 que exige a modalidade de concorrência ou pregão para esta sistemática.

Assim, em se tratando de compra ou contratação por mais de um órgão ou entidade, é possível utilizar o sistema de registro de preços e elaborar-se ata através de dispensa de licitação. O órgão ou entidade gerenciador da compra estabelecerá prazo, contado da data de divulgação da intenção de registro de preço, entre dois e quatro dias úteis, para que outros órgãos e entidades manifestem interesse em participar. Inexistindo regulamento específico, aplicam-se subsidiariamente as determinações do Decreto nº 7.892/2013 e da Lei nº 8.666/93.

A Medida Provisória nº 951/2020 cuidou ainda de suspender o transcurso dos prazos prescricionais para aplicação de sanções administrativas previstas na Lei nº 8.666/1993, na Lei nº 10.520/2002, e na Lei nº 12.462/2011. O objetivo do governo federal com esta medida foi concentrar os esforços da máquina administrativa ao enfrentamento da crise internacional de saúde pública, e não “perdão de ilícitos”.

Não obstante todo o arcabouço de ferramentas para facilitar as contratações públicas inerentes ao enfrentamento da pandemia de COVID-19, as necessidades do estado de calamidade culminaram na edição de mais um diploma legal: a Medida Provisória nº 961, de 06 de maio de 2020.



Merece destaque o fato de que o período de vigência desta Medida Provisória, especificamente, está atrelado aos atos realizados durante o estado de calamidade reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6/2020. Dessa forma, as flexibilizações que a constitui não possui como limite material a correlação direta com o enfrentamento da COVID-19, ao passo que pode ser aplicada a todas as contratações realizadas na vigência do estado de calamidade pública.

Sinteticamente, esta nova medida trouxe três novidades importantes: a) possibilidade de pagamentos antecipados nas licitações e contratos; b) alteração nos limites de dispensa de licitação; c) ampliação da possibilidade de utilização do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Estão sujeitos aos novos regramentos todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos.

Primeiramente, observam-se as alterações no limite de dispensa de licitação por baixo valor, hipótese prevista nos incisos I e II do caput do art. 24 da Lei 8.666/93, semelhante ao recente reajuste realizado pelo Decreto nº 9.412/2018. Para os casos de obras e serviços de engenharia, o valor de R\$ 33.000,00 (trinta e três mil reais) foi alterado para R\$ 100.000,00 (cem mil reais) (Art. 1º, I, “a”). Já para outros serviços e compras, o valor de R\$ 17.600,00 (dezessete mil e seiscentos reais) foi inflado para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez (Art. 1º, I, “b”). Estes são os valores praticados para as contratações durante a vigência do estado de calamidade, os quais, curiosamente, são iguais aos presentes na Lei das Estatais para os mesmos fins (Lei nº 13.303/2015).

Ato contínuo, observa-se a previsão expressa da possibilidade de pagamento antecipado das licitações e contratos. À adoção de tal medida, exige-se um dos dois pressupostos: a) represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço; ou b) propicie significativa economia de recursos. A medida é vedada somente na hipótese de prestação de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra (§ 3º do art. 1º), exemplo disso é a contratação do serviço de vigilante. A administração deverá prever a antecipação de pagamento já no edital ou em instrumento formal de adjudicação direta, a fim de formalizar e possibilitar o controle e a transparência. Na hipótese de inexecução do objeto, deverá exigir a devolução integral do valor antecipado (§ 1º do artigo 1º).

A última novidade da Medida Provisória nº 961/2020 consiste na autorização do uso do Regime Diferenciado de Contratação. Em face de tantos benefícios e êxitos deste regime, o inciso III do artigo 1º da medida provisória em debate autoriza sua aplicação nas licitações e contratações de quaisquer obras, serviços, compras, alienações e locações. Destarte, durante a situação formal de calamidade pública, o Regime Diferenciado de Contratações pode ser aplicado de forma irrestrita a todas as contratações.

Percebe-se que a profusão de atos normativos com inovações voltadas às contratações públicas reitera a necessária transformação normativa e cultural, acompanhando a evolução dos tempos e da complexificação das demandas, no



âmbito do Direito Administrativo, não atendida em tempos de normalidade. E não só as inovações, mas também as readequações de institutos afetos as contratações públicas, descortinando um horizonte não tão distante de eficiência da Administração.

Reitera-se que, apesar do caráter de exceção e transitoriedade das medidas adotadas no combate à COVID-19, é essencial que o advogado debruce-se sobre a temática, pois a compreensão do contexto presente é indispensável para dirimir as lides decorrentes deste cenário e para fins de experiências para o trato de situações análogas.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sidney. A contratação emergencial por dispensa de licitação em função da pandemia provocada pelo novo coronavírus. Disponível em <<http://www.olicitante.com.br/emergencial-coronavirus>> Acesso em: jun. 2020.

BOAVENTURA, Carmen Iêda Carneiro. Breves considerações sobre a lei 13.979/2020 e a pandemia do coronavírus. Disponível em <<https://ronnycharles.com.br/breves-consideracoes-sobre-a-lei-13-979-2020-e-a-pandemia-do-coronavirus/>> Acesso em: jun. 2020.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 14. ed., São Paulo: SaraivaJur, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Direito Administrativo e coronavírus. 2020. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/03/16/direito-administrativo-e-coronavirus/>> Acesso em: jun. 2020.

OLIVEIRA, Thais Tarquinio. Dispensa de licitação e a “Lei do Coronavírus”. Revista Consultor Jurídico, 2 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-02/thais-oliveira-dispensade-licitacao-lei-coronavirus>> Acesso em: jun. 2020.



Fernanda Marinela é Advogada, Conselheira no Conselho Nacional do Ministério Público, Conselheira Federal da OAB pelo Estado de Alagoas, Coordenadora de Comunicação da OAB Nacional, Professora do G7 Jurídico, Autora da obra Direito Administrativo pela editora Saraiva além de outras obras.

A covid-19 e seus impactos no mundo do trabalho

Ophir Filgueiras Cavalcante Junior

Caio Neno Silva Cavalcante

Os efeitos da chegada da COVID-19 em nosso país estão sendo sentidos em todos os âmbitos, sendo que o mais forte deles, por óbvio, é sobre a necessidade de preservação da vida humana. Nesse sentido, estamos vendo que os sistemas de saúde, mundo afora, não estavam preparados para enfrentar esse tipo de pandemia, o que nos remete à infeliz constatação de que isso decorre, na maioria dos casos, de incorretas opções políticas, expondo, mais e mais, as desigualdades sociais.

O mundo do trabalho sofre imensamente neste momento. De um lado as empresas, impedidas de produzir e, por isso, em grave crise financeira e, de outro, os trabalhadores, elementos mais frágeis nessa equação e sobre os quais recairá a maioria das consequências de uma possível “quebradeira” empresarial.

Nesse momento, sob críticas do movimento sindical e de outros segmentos ligados à luta dos trabalhadores, o Estado brasileiro editou, basicamente, duas Medidas Provisórias tentando reordenar as relações do trabalho em época de Coronavírus. O pressuposto básico foi o de criar instrumentos jurídicos que pudessem diminuir os efeitos da crise econômica derivada da pandemia.

As Medidas Provisórias em questão, que viabilizaram novas formas de relacionamentos entre patrões e empregados, foram as MP's 927 e 936. Ambas, em síntese, tiveram como fundamento: (a) a preservação do emprego e renda; (b) a continuidade das atividades empresariais; e (c) a redução do impacto social da pandemia.

Especificamente, a MP927 trouxe: (i) instituição do teletrabalho; (ii) antecipação de férias coletivas; (iii) aproveitamento e antecipação de feriados; (iv) compensação de jornada de trabalho por meio de banco de horas; (v) suspensão do recolhimento do FGTS referente aos meses de março, abril e maio, com vencimento em abril, maio e junho de 2020, podendo ser pagos sem juros e multa a partir de julho, em seis parcelas.

A MP 936, por sua vez, criou o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, com o objetivo central de impedir dispensas durante o período da pandemia, promovendo, de certa maneira, uma compensação para os trabalhadores

que tivessem reduções de salário ou suspensão temporária do contrato de trabalho. O Programa consiste, no caso da redução salarial, no complemento, pelo Governo, de um percentual, obtido a partir da base de cálculo do Seguro-Desemprego a que o trabalhador teria direito em caso de demissão, variando entre R\$ 261,25 e R\$ 1.813,03, conforme o percentual de redução acordado.

Já no caso da suspensão, há duas possibilidades, dependendo do faturamento da empresa: para empresas cadastradas no Simples Nacional (receita bruta de até R\$ 4,8 milhões) o governo vai pagar aos empregados 100% do valor que seria devido a título de seguro-desemprego; e, para empresas com receita bruta acima de R\$ 4,8 milhões, o empregador terá que arcar com 30% do salário do funcionário, enquanto o governo pagará 70% do valor da parcela do seguro-desemprego.

As críticas dirigidas às Medidas Provisórias em questão partem do pressuposto de que não seria constitucional, diante da proteção de que gozam os direitos sociais insculpidos no artigo 8º., da Constituição Federal e ainda do próprio princípio da irredutibilidade salarial que impera no Direito do Trabalho, cogitar em redução salarial ou em qualquer outra forma de diminuição de direitos dos trabalhadores.

Com efeito, a Constituição Federal permite que haja a redução, embora estabeleça que a mesma deve ser precedida de negociação com o sindicato profissional da categoria, devendo cessar assim que se encerrarem os motivos de força maior que lhes motivaram, quando, então, será garantido o restabelecimento dos salários reduzidos. A própria CLT, igualmente, prevê a possibilidade de redução salarial acompanhada da redução da jornada de trabalho, em até 25%, respeitando o salário mínimo, em casos de força maior ou prejuízos devidamente comprovados.

Como se vê, portanto, a redução salarial não é uma inovação, sendo uma solução prevista de há muito em nosso ordenamento jurídico. A MP 936 simplesmente amplia as possibilidades de redução salarial, abrandando a rigidez das normas vigentes e as customizando ao atual momento de crise pandêmica com significativa repercussão na economia e nas relações trabalhistas, especialmente quando está pautada, como agora, em inequívoca força maior derivada da chegada entre nós da Covid-19.

É bem certo que a MP 936 previu a possibilidade de a redução da jornada e do salário, como que mitigando a rigidez da norma, ser acordada individualmente com o trabalhadores com salário igual ou inferior a R\$ 3.135,00 e aos portadores de diploma de nível superior e que percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, ou seja, R\$ 12.102,00. Já no que tange aos empregados que recebem entre R\$ 3.135,00 e R\$ 12.102,00, haveria a necessidade de Acordo Coletivo para implementação da medida, ressalvada a redução de jornada de trabalho e de salário de 25%, que poderá ocorrer por acordo individual.

Essa espécie de abrandamento ou mesmo de adaptação aos tempos de pandemia, trouxe, como contrapartida, a garantia de manutenção dos benefícios do contrato de trabalho e a garantia do emprego por um período igual ao da redução de jornada ou da suspensão de contrato. Isso se constitui em proteção ao trabalhador,



pois, se o acordo for, por exemplo, de dois meses, terá ele estabilidade durante quatro meses.

Ora, não se trata da redução pela redução, mas sim da redução pela garantia do emprego, o que, dentro de um critério de proporcionalidade e levando em consideração a valorização do trabalho e da livre iniciativa, nos parece perfeitamente defensável. Tanto é verdade que o STF ao julgar a Medida Cautelar na ADI 6.363/DF, entendeu constitucional, em primeira análise, tal possibilidade, especialmente porque confere maior segurança jurídica e é dotada de limitação temporal e caráter de excepcionalidade.

O benefício emergencial será de prestação mensal e devido a partir do início da redução da jornada ou da suspensão do contrato de trabalho, devendo o empregador informar o Ministério da Economia sobre a celebração do acordo em até 10 dias e, assim, a primeira parcela será paga no prazo de 30 dias da data do acordo.

Não cumprindo este prazo, o empregador deverá arcar com pagamento da remuneração anteriormente devida ao empregado.

Se a empresa e o trabalhador optarem por uma redução da jornada e salário menor que 25%, o empregado não receberá o benefício emergencial pago pelo governo. Para reduções iguais ou superiores a 25% e menores que 50%, o pagamento do governo corresponderá a 25% do que o trabalhador teria direito a receber caso fosse demitido. Para reduções iguais ou maiores que 50% e menores que 70%, o pagamento complementar será de 50% do valor do seguro-desemprego. Por último, para reduções iguais ou superiores a 70%, o benefício será de 70% do valor do seguro-desemprego.

No caso de suspensão do contrato ou de redução de jornada e salário, o empregador também poderá pagar uma ajuda compensatória ao empregado, de natureza indenizatória, sem incidência de INSS, FGTS e demais tributos sobre a folha. Tal montante, nesse caso, não integrará o salário devido pelo empregador.

Se durante o período de suspensão do contrato de trabalho, o empregado mantiver as atividades, ainda que parcialmente e por meio de teletrabalho, ficará descaracterizada a suspensão e o empregador estará sujeito ao pagamento imediato dos salários e demais penalidades previstas em lei e em convenção ou acordo coletivo.

O recebimento do benefício emergencial não depende de cumprimento de período aquisitivo, tempo de vínculo empregatício e não impede o recebimento ou altera o valor do seguro-desemprego que o empregado venha a ter direito na ocasião de sua demissão.

As medidas podem ser aplicadas às empregadas domésticas e aos aprendizes, sendo vedada, contudo, a aplicação aos funcionários públicos, aos cargos em comissão ou titulares de mandato eletivo.

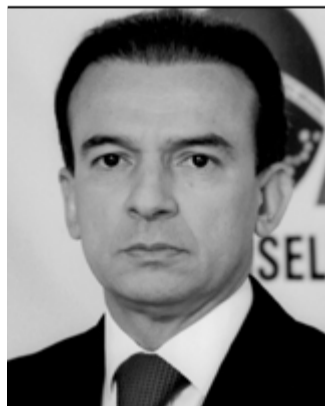
É possível ainda a aplicação cumulativa das medidas e do benefício aos trabalhadores que tiverem mais de um emprego com vínculo formal, salvo o empregado com contrato de trabalho intermitente que, fazendo jus ao benefício

emergencial mensal no valor de R\$ 600,00 pelo período de três meses, não poderá receber cumulativamente os benefícios.

As medidas em questão, certamente, ajudaram a diminuir a crise, o que se pode constatar pelos dados do CAGED, recentemente divulgados pelo Ministério da Economia, que estima que teriam sido preservados 8,1 milhões de empregos, sendo que 4,4 milhões tiveram seus contratos suspensos, embora tenha havido a perda, entre janeiro e abril, de 763.232 empregos formais contra 337.973 vagas criadas, o pior desempenho para o período desde o início da série histórica, em 2010. Os impactos da pandemia começaram em março e se estenderam por todo o mês de abril. Como resultado, a perda de vagas só nesses dois meses passou de 1,1 milhão.

“É muito triste ver pessoas que poderiam estar entre nós partindo; ver pais e mães de família desesperados por não terem como pagar suas contas e ver a dignidade do ser humano, um valor supremo da Democracia, ser posta à prova pela ausência de uma política sanitária justa.”

Tudo é muito novo, muito diferente para todos nós. É muito triste ver pessoas que poderiam estar entre nós partindo; ver pais e mães de família desesperados por não terem como pagar suas contas e ver a dignidade do ser humano, um valor supremo da Democracia, ser posta à prova pela ausência de uma política sanitária justa. Temos esperança, no entanto, que, passando isso tudo, reconheçamos, como sociedade, a nossa fragilidade e passemos a praticar a solidariedade como forma de diminuir as nossas distâncias com os outros seres humanos.



Ophir Cavalcante Junior é Advogado. Presidente do Conselho Federal da OAB na Gestão 2010/2013. Sócio do escritório Cavalcante & Pereira Advogados Associados, em Belém/PA. Sócio do escritório Ophir Cavalcante Advogados Associados, em Brasília/DF. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. E-mail: ophir.cavalcante@oc.adv.br.

Caio Neno Silva Cavalcante é Advogado. Sócio do escritório Ophir Cavalcante Advogados Associados, em Brasília/DF. Aluno Especial do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília - Linha de Pesquisa de Direito, Estado, Tributação e Desenvolvimento. E-mail: caio.cavalcante@oc.adv.br.

Impactos da COVID-19 sobre a proteção de dados pessoais

Ana Frazão

“... o monitoramento ‘*under the skin*’ possibilita uma invasão à privacidade do indivíduo em escala jamais vista, o que pode ser utilizado para as mais diversas finalidades, inclusive para o fim de discriminar, influenciar ou manipular as pessoas.”

No início de abril deste ano, foi divulgada a notícia de que Google e Apple formaram parceria para construir tecnologia de rastreamento de contato entre as pessoas, a fim de conter a disseminação do coronavírus, ajudando governos e agências de saúde a tomar as medidas adequadas (<https://www.apple.com/br/newsroom/2020/04/apple-and-google-partner-on-covid-19-contact-tracing-technology/>).

No último dia 20.04, Mark Zuckerberg, do Facebook, divulgou carta no The Washington Post (<https://www.washingtonpost.com/opinions/2020/04/20/how-data-can-aid-fight-against-covid-19/>) reconhecendo o super poder de que dispõe a plataforma em razão dos dados que coleta e propondo-se a usá-los para ajudar governos a elaborar suas estratégias de enfrentamento à pandemia.

Não bastasse o movimento das empresas, a pandemia deu margem a diversas iniciativas de governos, em todo o mundo, baseadas no acesso e no controle de dados dos seus cidadãos. Para mencionar um exemplo doméstico, no dia 17.04, a nação foi surpreendida com a edição da Medida Provisória 954, que determinou o compartilhamento de dados não anonimizados de telefonia fixa e móvel dos brasileiros, assim como seus endereços, com o IBGE.

No caso da MP 954, nem mesmo suas finalidades eram claras e, ainda que o fossem e atendessem ao requisito da legitimidade, os meios adotados para atingi-las eram flagrantemente inadequados e desproporcionais. Foi em boa hora que a Ministra Rosa Weber, em 24.04, suspendeu os efeitos da referida Medida Provisória nos autos da ADI 6387, que impugnava a sua inconstitucionalidade.

Entretanto, a descrição dos casos acima já é suficiente para mostrar que, diante da pandemia, a proteção de dados passa a estar sob constante risco, diante de iniciativas do mercado, dos governos ou de parcerias entre os dois. Tais riscos são especialmente altos em um país que, como o Brasil, não tem nem uma legislação de proteção de dados em vigor e ainda viu adiado, para o dia 03.05.2021, o início da entrada em vigor da LGPD por meio da Medida Provisória 959, de 29.04.2020.

Por mais que os objetivos de muitas dessas medidas sejam justificáveis, é inequívoco que, a depender dos meios utilizados e da ausência da observância de regras de segurança e de proteção dos titulares de dados, podem colocar em risco a privacidade e os dados pessoais dos usuários. O risco é potencializado pois tais iniciativas partem de governos ou de grandes plataformas que já titularizam um enorme poder em razão dos dados acumulados.

Verdade seja dita que Apple e Google, ao divulgarem o seu projeto, expressamente reconhecem a importância da privacidade e da segurança do usuário, destacando também a relevância do consentimento e advertindo que todas as informações do projeto serão públicas, para que possam ser submetidas à devida transparência, accountability e análise por terceiros. No mesmo sentido, o Facebook fez questão de ressaltar que o seu projeto parte da premissa de que a privacidade e os direitos humanos precisam ser respeitados.

Entretanto, deixando de lado as aparentemente boas intenções dos envolvidos nos projetos, quais são os cuidados e as salvaguardas necessárias para que empresas e governos não abusem de tais dados? Como assegurar que tais dados sejam utilizados exclusivamente para a finalidade que justificaram a sua coleta e na exata proporção que se faça necessário para tal? Quem pode acompanhar e monitorar tais projetos para o fim de garantir que os direitos dos titulares de dados estão sendo respeitados? O que pode ser feito caso haja violações ou desvirtuamentos na utilização de tais dados? Como se dará o fim do tratamento de dados em um contexto pós-pandemia?

Estas são perguntas que precisam ser respondidas pela sociedade global antes de que projetos como esses sejam implementados. Afinal, diante da sociedade de vigilância na qual já nos encontramos, temos poucas razões para adotar o otimismo inocente de que tudo dará certo ou de que as medidas contra a pandemia justificam tudo, ainda mais quando há soluções intermediárias que podem conciliar a utilização dos dados para a contenção da crise com a proteção dos usuários.

Não se pode esquecer que, como bem aponta Frank Pasquale (The black box society. The secret algorithms that control money and information. Cambridge: Harvard University Press, 2015), os dados pessoais já têm sido utilizados por governos e grandes players econômicos para a criação de um one way mirror, que possibilita que tais agentes saibam tudo dos cidadãos, enquanto estes nada sabem dos primeiros. E tudo isso acontece por meio de um monitoramento e vigília constantes sobre cada passo da vida das pessoas, o que leva a um verdadeiro capitalismo de vigilância, cuja principal consequência é a constituição de uma sociedade também de vigilância.



Um dos principais e mais recentes estudos sobre o tema é o de Shoshana Zuboff (The age of surveillance capitalism. The fight for a human future at the new frontier of power. New York: Public Affairs, 2019) para quem o capitalismo de vigilância utiliza-se de toda a experiência humana, incluindo vozes, personalidades e emoções, como matéria-prima gratuita para ser traduzida em dados comportamentais. Embora o que esteja em jogo seja a nossa própria autonomia individual, essas pretensões invasivas são alimentadas pela ausência de leis para conter o fenômeno, pela mutualidade de interesses entre capitalistas e agências de inteligência estatais e pela tenacidade com que as corporações defendem seus novos territórios.

Dessa maneira, a excepcionalidade de uma pandemia é fator que tende a exacerbar tais processos, diante do interesse público relacionado à contenção da doença, que poderia ser visto como algo mais importante do que a proteção dos dados pessoais. Com efeito, apesar de Apple, Google e Facebook insistirem que não há propriamente um tradeoff entre seus projetos e a privacidade, a própria evolução do modelo de negócios de todos eles prova exatamente o contrário.

Nesse contexto, não é exagerada a afirmação de Yuval Harari, em instigante texto - "The world after coronavirus" - publicado recentemente no Financial Times (<https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>), de que, nesse momento de crise, a humanidade enfrenta duas importantes escolhas: a primeira é entre a vigilância totalitária e o empoderamento dos cidadãos e a segunda é entre o isolamento nacionalista e a solidariedade global.

discussão sobre proteção de dados encontra-se precisamente no primeiro dilema, pois, sem a adoção dos devidos cuidados, muitas soluções para a contenção da pandemia reforçarão a vigilância totalitária em detrimento dos direitos dos usuários aos seus dados pessoais. O próprio Harari dá exemplos concretos de como a pandemia tem sido utilizada como razão de estado ou de interesse público para justificar a violação da privacidade dos indivíduos: um deles é o caso de Israel, onde o Primeiro Ministro Netanyahu recentemente autorizou a Agencia Nacional de Segurança a utilizar tecnológicas de vigilância normalmente reservadas para o combate ao terrorismo para rastrear pacientes com o coronavírus.

Entretanto, o ponto principal de Harari é que a pandemia pode ser um divisor de águas na história da vigilância não somente por normalizar a utilização de ferramentas de vigilância em massa, mas também por representar uma transição da vigilância "over the skin" para a vigilância "under the skin".

Harari chama de vigilância "over the skin" aquela que incide sobre os comportamentos exteriores dos seres humanos, como os sites que visita, os lugares para onde vai no mundo físico, o que compra, etc. Entretanto, a vigilância "under the skin" é muito mais invasiva, pois monitora dados biológicos - como temperatura corporal, pressão arterial, batimentos cardíacos, velocidade de respiração - o que possibilita que algoritmos saibam que estamos doentes antes de nós mesmos, ou seja, antes mesmo dos sintomas perceptíveis.

A grande questão é que, se é possível monitorar dados biológicos para controle de doenças, é também possível utilizar tais dados para saber o que faz as pessoas rirem, chorarem ou ter determinadas sensações, como a raiva. Em outras palavras, como sentimentos são também fenômenos biológicos, o monitoramento “under the skin” possibilita uma invasão à privacidade do indivíduo em escala jamais vista, o que pode ser utilizado para as mais diversas finalidades, inclusive para o fim de discriminar, influenciar ou manipular as pessoas.

Dessa maneira, precisamos estar atentos aos desdobramentos de projetos baseados em coletas maciças e cada vez mais intrusivas de dados pessoais. Não podemos nos impressionar apenas com as boas intenções dos envolvidos nem acreditar que a busca de soluções para a pandemia justifica a violação indiscriminada dos direitos mais elementares à privacidade, à autodeterminação informativa e mesmo à individualidade.

A pandemia do coronavírus certamente será um acelerador daquela que é uma das escolhas mais importantes da nossa época: se queremos ser vigiados de forma indiscriminada ou se queremos ser empoderados para decidir e participar desse processo, assim como também controlá-lo e exigir de todos os players – públicos e privados – os devidos cuidados e responsabilidades.



Ana Frasão é Advogada e Professora Associada de Direito Civil, Comercial e Econômico da UnB.



Colaboração premiada e coisa julgada material

Miguel Reale Jr

No Acordo de Colaboração estabelece-se uma relação de confiança, por via da qual se substitui a vigência do princípio do devido processo legal pelo “devido processo consensual”, no qual se ressaltam a autonomia privada, por parte do Colaborador, e a busca da eficiência do lado do Estado, Ministério Público, mas sempre sob a regência de uma legítima expectativa de ambas as partes: o Ministério Público espera que o Colaborador esteja sendo fiel e completo em suas informações; o Colaborador acredita que serão respeitadas pelo Poder Público, MP e Judiciário as concessões acordadas.

Esta relação contratual cumpre, para se efetivar, ser regida pela boa-fé objetiva, impondo-se os deveres de colaboração intensa, a correção de conduta ao longo da formação do acordo, sob o signo da lealdade, que constituem diretivas a presidir esta troca de vantagens para ambas as partes.

A confiança, portanto, cimenta a relação entre as contrapartes, cabendo, neste negócio jurídico processual de cunho consensual, ao autor do delito colaborar integralmente, de modo a exaurir em suas informações todo conhecimento sobre os fatos, vindo com boa-fé oferecer narrativa sólida, coerente e constante.

Forma-se uma estrutura cerrada que gira em torno da concessão de informações relevantes e amplas do percurso delituoso por parte do Colaborador, a exaurir toda a trama criminosa realizada, na fiel expectativa de, assim agindo, receber em contrapartida os benefícios negociados com o Estado, representado pelo Ministério Público.

Destarte, é correta a conclusão no sentido de haver nesta solução consensual do litígio penal “uma estrutura normativa distinta”, pois, por via da colaboração, forma-se um conjunto normativo específico, gerido pela intensidade da colaboração que deve abranger todos os fatos praticados, de forma exaustiva, de modo ao objeto do acordo obrigatoriamente se expandir independentemente da competência *ratione loci* ou *materiae*, exceto a competência em razão da função.

Forma-se um todo indecomponível, composto, obrigatoriamente, pelo conjunto dos fatos que se assemelham e se imbricam, relatados nos anexos, conjunto esse a ser, como uma totalidade composta de um rol de acontecimentos relevantes, objeto de avaliação pelo Ministério Público na sua integralidade, concedendo-se benefícios na proporção da importância do todo das revelações e de sua fidedignidade.

Depois, este conjunto significativo de fatos e de concessões oferecidas em face desse conjunto de informações passa a ser o objeto de apreciação para fins de homologação por parte do juiz, cuja decisão, compreensiva do universo fático em seu inteiro teor e dos benefícios correspondentes, dá eficácia ao acordo, atribuindo-lhe imperatividade.

Antes da Lei n. 13.964/19, Lei Anticrime, a homologação judicial constituía simples fator de atribuição de eficácia do acordo de colaboração. Com efeito, a Lei n. 12.850/13 tratava no art. 4o. a homologação como mero ato formal, por via do qual se reconhecia o acordo, sem adentrar nesse momento o juiz no exame da proporcionalidade da contribuição versus benefícios.

A decisão do juiz de homologar, in totum, o acordo, era considerada fator de atribuição de eficácia e, portanto, essencial, pois, sem essa homologação, o acordo, embora possa existir e ser válido, não estava dotado de eficácia e não se produziam os efeitos jurídicos diretamente visados pelas partes.

Todavia, como bem ressalta PIERPAOLO BOTTINI, em artigo publicado no site Jota, em 02/07/2020, modificou-se, com a denominada Lei Anticrime, o art. 4o. da Lei n. 12.850/13, de vez que antes, na redação original, caberia ao juiz apenas examinar a regularidade, legalidade e voluntariedade do negócio jurídico processual.

Agora, com a alteração legislativa, cumpre ao juiz analisar antecipadamente, também, a adequação dos benefícios pactuados e sua consonância com as sanções e suas formas de cumprimento estatuídas no Código Penal e na Lei de Execução Penal, para respeito ao fundamental princípio da legalidade.

Se já cabia, a meu ver, atribuir, nos termos originais da Lei n. 12.850/13, à homologação transitada em julgado força de coisa julgada material, revestindo-se o acordado da essencial segurança jurídica, com mais razão doravante deve-se reconhecer que a homologação, ao transitar em julgado, ganha o caráter de coisa julgada material, em face do alargamento do conteúdo da homologação, segundo a nova redação do art. 4o, § 7o., II, da referida lei,

O juízo de proporcionalidade do Acordo de Colaboração, quando da homologação, torna-se, então, a meu ver imutável. Só dessa maneira, respeita-se a confiança diretora da fixação das cessões e concessões no Acordo de Colaboração, realizadas com lealdade e absoluta correção e agora amplamente chanceladas pelo juiz. Sem esse reconhecimento do cunho de coisa julgada material à homologação, o instituto da colaboração premiada estará fadado a não ser aplicado, por justificável receio de eventuais colaboradores.



Miguel Reale Junior é Jurista, advogado e professor.

Impactos atuais e futuros da pandemia do novo coronavírus no Poder Judiciário brasileiro: o “novo normal” da justiça

Heitor Vitor Mendonça Sica

“... crises são superadas, mas transformam a realidade e podem deixar um legado positivo.”

1 Introdução

Passados mais de dois meses do início das medidas de contenção da pandemia causada pelo novo coronavírus em nível nacional, já são bem evidentes os reflexos atuais sobre o sistema de justiça brasileiro.

O distanciamento social imposto pelas autoridades produziu efeitos marcantes no funcionamento da atividade jurisdicional: atendimentos presenciais limitados, processos paralisados, prazos suspensos, audiências e sessões de julgamento canceladas, providências cartoriais atrasadas.

Embora o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais tenham reagido de imediato, promulgando atos infralegais na tentativa de minimizar esses impactos (especialmente as Resoluções n. 313, 314 e 318 do CNJ), é evidente que não conseguiram restabelecer a normalidade da atividade jurisdicional. Muitas práticas inovadoras foram implantadas ou ampliadas, tais como trabalho remoto de juízes e serventuários, audiências e sessões de julgamento transmitidas virtualmente em tempo real, ampliação da digitalização de autos físicos.

Algumas mudanças operadas nesse período serão provavelmente irreversíveis, tais como a digitalização de autos físicos, a aquisição de aparelhamento para trabalho remoto e a estruturação de canais de comunicação virtual da sociedade com os órgãos judiciários.

Algumas mudanças, embora reversíveis, alterarão profundamente a cultura e o costume dos magistrados, advogados, defensores, membros do MP e serventuários e, nessa medida, se tornarão permanentes. As pessoas se habituaram rapidamente,

vencendo preconceitos longamente arraigados, ao trabalho remoto e às reuniões telepresenciais, que têm sido usadas no ambiente escolar, acadêmico, profissional e familiar.

Realmente não se pode duvidar da influência do costume na aplicação das leis processuais civis. Em emblemática lição, Piero Calamandrei patenteou o seguinte: “a importância prática do costume judiciário vai além dos limites das teorias sobre a interpretação da lei, ainda que daquelas mais arrojadas. Em realidade, o que plasma o processo, o que lhe dá a sua fisionomia típica, não é a lei processual, mas o costume de quem a põe em prática” (Processo e democrazia, Padova: Cedam, 1954. p. 35).

Nosso propósito aqui é identificar os impactos atuais da pandemia de novo coronavírus na Justiça civil brasileira, bem como identificar em que medida ela se transformará de maneira permanente.

2 Reflexos atuais da pandemia sobre o Judiciário (e seus riscos)

Trabalho remoto de serventuários da Justiça (art.2º e 6º, Res. CNJ 313/2020) – Os processos materializados em autos físicos não tramitam enquanto vigerem as medidas de isolamento social. Ainda que os tribunais viabilizem peticionamento por correio, pelo sistema de processo eletrônico, bem como por fax ou e-mail (como permite a Lei n. 9.800/99), não haveria quem juntasse as petições aos autos, atendesse as partes quando pretendessem consultá-los ou os levasse ao juiz para proferir decisões. Atos realizados fora dos fóruns – citações, intimações, penhoras – colocariam em risco a saúde de oficiais de justiça e funcionários dos correios e, por isso, sofreriam naturais (e justificadas) restrições. Mesmo nos processos eletrônicos – em que o peticionamento, proferimento de decisões e atos cartoriais podem ser feitos à distância – os tribunais devem fornecer equipamentos adequados aos seus servidores e, à luz do art. 198 do CPC, aos advogados. Quanto mais tempo durar a pandemia, maior a chance de os tribunais se aparelharem.

Digitalização de processos físicos (art.6º, §4º, Res. CNJ 313/2020) – A Lei que regula o processo eletrônico (Lei n. 11.419/2006) completou treze anos, mas ainda há em todo o Brasil um número expressivo de processos materializados em autos físicos. O CNJ recomendou que, em razão da pandemia, os tribunais realizem a digitalização de autos físicos. A falta de servidores pode dificultar a implantação dessa medida e a fiscalização das partes quanto à fidelidade dos autos digitais em relação aos originais físicos. Mas sem dúvida a pandemia dá um impulso fundamental para a completa digitalização da Justiça brasileira.

Despachos telepresenciais com magistrados (art.3º, Res. CNJ 313/2020) – Advogados têm o direito de ser recebidos por magistrados independentemente de agendamento (art. 7º, VIII, da Lei n. 8.906/94), o que lhes proporciona, na gíria do dia-a-dia do foro, os chamados “despachos auriculares” que reforçam e enfatizam pontos constantes de peças escritas. A efetiva observância desse direito, mesmo antes da pandemia, sofria percalços. Em tempos de pandemia, esse direito somente

pode ser garantido por despachos telepresenciais (que alguns poucos magistrados pioneiros já vinham utilizando há tempos). Mas é evidente que as dificuldades práticas são monumentais, em particular a falta de equipamentos adequados, falta de conhecimento dos advogados aos canais de acesso ao magistrado e, sobretudo, risco de sobrecarregá-lo. Se o magistrado oportunizar a qualquer interessado os despachos virtuais, talvez não dê conta de todos os atendimentos, que passariam a estar acessíveis a advogados que atuam em cidades distantes da sede do juízo ou tribunal e que possivelmente não se deslocariam para despacho presencial.

Sessões de julgamento virtuais fechadas – Os tribunais superiores e diversos tribunais de 2º grau já realizavam, antes da pandemia, sessões de julgamento virtuais para os casos que não comportam sustentação oral e nos quais não se vislumbra de antemão divergência entre os membros do colegiado. Alguns tribunais só se valem desse instrumento com concordância (expressa ou tácita) das partes. Trata-se de sessões verdadeiramente secretas, pois eventuais discussões entre os membros do colegiado não são presenciadas pelas partes e sequer documentadas, ao passo que todos os acórdãos assim proferidos são unânimes. Não há, contudo, qualquer ilegalidade em tal expediente: o art. 93, IX, da Constituição Federal dispõe que os “julgamentos” serão públicos (ou seja, os acórdãos devem ser divulgados), mas não as discussões que precedem os julgamentos. O inciso X do mesmo art. 93 exige apenas que as “sessões administrativas” sejam públicas, mas não as “sessões jurisdicionais”. O debate público da causa entre os membros do colegiado parece realmente uma “jabuticaba”, algo típica e exoticamente brasileiro (ao que me consta, nenhum outro país prevê essa discussão pública do colegiado). A pandemia provocou a ampliação dos julgamentos virtuais fechados, dispensando-se até mesmo prévia consulta às partes. Exemplo eloquente se vê no Ato Regimental n. 1/2020 do TJSC, secundado por recente decisão do CNJ em resposta a consulta formulada por aquela Corte.

Sessões de julgamento virtuais públicas – Para os casos que não poderiam ser julgados em sessões virtuais não públicas, com ou sem sustentação oral, diversos tribunais – a começar pelo STF e o STJ – passaram a fazer, após a pandemia, sessões virtuais públicas, transmitidas ao vivo. Aos advogados tem sido consentido o proferimento de sustentações orais por via remota, embora o art. 937, §4º, do CPC assegure esse direito ao profissional atuante em cidade distinta daquela em que sediado o tribunal. A disponibilização dessa via virtual poderá fazer aumentar ainda mais o número de sustentações orais em 2º grau (o qual já havia sido inchado pela inovação trazida pelo art. 937, VIII, do CPC, que permite sustentações orais em agravos de instrumento contra decisões relativas a tutela provisória).

Audiências de conciliação virtuais (art.6º, Res. CNJ 314/2020) – Já havia no CPC previsão de realização telepresencial de audiências de conciliação (art. 334, §7º). Tal disposição, mesmo antes da pandemia, se alinha a um movimento mundial de “Online Dispute Resolution – ODRs”. No Brasil, temos vários exemplos bem sucedidos, como a plataforma “consumidor.gov.br”, mas a virtualização dos meios consensuais judiciais ainda parece ser incipiente, podendo se esperar que a pandemia seja um ponto de



inflexão. O CNJ “recomenda” o uso da plataforma Cisco Webex, disponibilizada em seu sítio eletrônico na internet (www.cnj.jus.br/plataforma-videoconferencia-nacional/), nos termos do Termo de Cooperação Técnica n. 7/2020.

Audiências de instrução virtuais – Embora não haja uma disposição específica sobre audiências de instrução telepresenciais, já havia no CPC norma geral que autoriza a videoconferência para todo e qualquer ato (art. 236, §3º, CPC), além de disposições específicas sobre colheita virtual de provas orais (arts. 385, §3º, 453, §1º e art.461, §2º). Base legal, já havia. Estrutura telemática pode ser providenciada. Mas isso não resolve todos os problemas. Ouvir testemunhas pela via telepresencial oferece dificuldades absurdas. Como a testemunha seria identificada? De onde a testemunha se conectaria à audiência virtual? Do escritório do advogado da parte que o arrolou? Com risco de o seu depoimento ser completamente dirigido (ou, pior, coagido)? O art. 6º, §3º, da Res. CNJ n.314/2020 veda a “atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores em providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário para participação em atos virtuais”. Mas, por outro lado, não veda que o advogado se disponha a fazê-lo. Como garantir que a prova testemunhal mantenha sua lisura e utilidade?

3 Reflexos futuros e permanentes da pandemia sobre a Justiça brasileira

O fim dos autos físicos – A pandemia pode dar o empurrão que falta para acabarmos com processos em papel. O que ainda não foi digitalizado, tenderá a sê-lo, até porque magistrados terão se habituado a trabalhar em regime de home-office e, portanto, tenderão a exigir a implementação de tal medida.

A inovação no “despacho auricular” – Essa prática (reconhecidamente útil,) vai passar por um processo de transformação. O que sobra ao advogado que quer chamar a atenção do julgador para o seu caso em meio a milhares? Inovar com peças mais interessantes visualmente e vídeos explicativos em complementação aos articulados e fazer contatos telefônicos e virtuais com serventuários e assessores.

A ampliação das sessões de julgamento virtuais fechadas – As sessões públicas de julgamento – virtuais e, principalmente, presenciais –, se tornarão cada vez mais raras, restritas praticamente aos casos em que a parte pediu sustentação oral. Todas as demais serão sessões virtuais tenderão a ser fechadas.

Proliferação de decisões unipessoais para restringir as sustentações orais – A abertura às sustentações orais telepresenciais atrairá muitos advogados que não se dispõem a fazê-lo presencialmente. Para evitar que as sessões públicas de julgamento fiquem demasiadamente inchadas, os membros dos tribunais vão criar estratégias para restringir sustentações orais. A mais evidente (porquanto já adotada pelo STF e pelo STF) é a proliferação de julgamentos monocráticos, que propiciariam exame, pelo colegiado, em sede de agravo interno, nos quais não cabe sustentação oral.

O declínio (ainda maior) da prova testemunhal – A importância da prova testemunhal vem há tempos sendo naturalmente reduzida, com o avanço da tecnologia. Todos nós dispomos, em nossos(as) bolsos(as) de uma poderosa ferramenta disponível para pré-constituição da prova: o telefone celular, que permite registro de provas escritas, por áudio e vídeo. Se as audiências de instruções virtuais se popularizarem, como se imagina, a prova testemunhal tenderá a se tornar ainda menos relevante, diante das inevitáveis dificuldades em sua realização, acima listadas.

Menos investimento do Poder Judiciário em estruturas físicas, mais investimento em tecnologia – Boa parte dos 22 andares do imponente “Fórum João Mendes Jr.”, no centro de São Paulo, onde se acha instalado o Foro Central Cível já se achavam, antes da pandemia, com inúmeros espaços vagos. Essa realidade se repete em órgãos judiciários em todo o Brasil. Após a pandemia, o subaproveitamento dos prédios físicos se tornará mais agudo. Uma agressiva política de readequação de espaços físicos pode proporcionar a economia necessária para investir em hardware e software, superando as barreiras que os atos processuais eletrônicos poderiam nos trazer.

4 Conclusão

O quadro sugere que, quando a pandemia terminar, nada voltará a ser como antes.

Não voltaremos “ao normal”. Teremos um “novo normal”, como se tem dito nesses tempos de crise.

John F. Kennedy tornou célebre a lenda de que, no idioma chinês, o ideograma para o termo “crise” seria fruto da justaposição dos ideogramas “perigo” e “oportunidade”. Em que pese a incorreção dessa afirmação, ela nos propicia uma reflexão relevante: crises são superadas, mas transformam a realidade e podem deixar um legado positivo.

A análise aqui empreendida revela que nem todos os legados pandemia para o nosso Poder Judiciário tenderão a ser positivos. Possivelmente teremos, passada a crise, uma justiça mais distante do litigante e mais fechada ao escrutínio público.



Heitor Vitor Mendonça Sica é Professor Associado de Direito Processual Civil da USP. Advogado.

Medidas tributárias para enfrentar a Covid 19

Gustavo Brigagão

A peste bubônica, a peste negra, a varíola, a cólera, as gripes espanhola, suína, aviária, entre tantas outras, foram pandemias que, no decorrer dos séculos, tomaram milhões e milhões de vidas e modificaram os rumos da história. Os ciclos dentro dos quais elas ocorreram variaram de caso para caso, mas todas tiveram em comum a mais absoluta perplexidade com que a humanidade teve que enfrentá-las. Com a pandemia da COVID-19, não está sendo diferente.

O cenário é o de três tsunamis que, enfileirados e entrelaçados uns nos outros, devastam a humanidade, trazendo no seu bojo consequências de toda a espécie.

O primeiro tsunami tem na sua crista a enorme crise que a pandemia causa no sistema público de saúde, no Brasil e no mundo. Devido à devastadora capacidade de contágio do novo Coronavírus (SARS-CoV-2), o número de pessoas infectadas e de mortes a ele relacionadas cresce exponencialmente.

O segundo tsunami, que vem logo atrás, colado e entrelaçado ao primeiro, é formado pela enorme catástrofe econômica que resulta da grande paralização decorrente do isolamento social/lockdown a que foi submetida a população brasileira (e mundial). Com essas medidas, a indústria, o comércio e os demais setores da economia, inclusive e principalmente o de serviços, sofrem enorme baque, que os leva a vertiginosa queda de receitas e à consequente inadimplência. O fluxo de caixa é severamente afetado e, como decorrência lógica, há demissão em massa. Muitas dessas empresas fecham, entram em recuperação judicial ou quebram, o que leva o país a ter uma projeção de queda no PIB que, de acordo com as projeções mais pessimistas, podem alcançar incríveis dez pontos percentuais.

O terceiro tsunami, que, teme-se, será uma consequência lógica dos dois anteriores, está relacionado às questões sociais que decorrerão de toda a destruição promovida pela gravíssima crise econômica que o país enfrentará. Serão muitos e muitos aqueles que, com a estagnação da economia, não mais terão de onde tirar o seu sustento. E o Estado, por outro lado, com as contas públicas extremamente combalidas, encontrará sérias dificuldades na tomada de medidas necessárias à diminuição do impacto dessa crise.

Nesse cenário, todas as medidas a serem tomadas pelo Poder Público, nas esferas federal, estadual e municipal, têm que estar direcionadas, principalmente nesta primeira fase, a que, no campo da saúde, o sistema público existente tenha condições de cuidar dos infectados e evitar o maior número de baixas possível. No campo econômico, tais medidas devem assegurar que as empresas consigam furar as ondas devastadoras acima referidas, de forma a que cheguem vivas do outro lado e em condições de manter ou recuperar os empregos que geravam antes de toda essa crise começar.

Outro aspecto de extrema relevância que deverá ser objeto de atenção por parte do Poder Público é o relativo à questão fiscal. Que medidas terão que ser tomadas para que os cofres públicos sejam recompostos após a realização de todos os gastos necessários ao enfrentamento da COVID-19? Que medidas serão adequadas à conciliação dessa recomposição com a retomada de investimentos e com a recuperação da economia?

Ao cuidar de todos esses aspectos e ao relatar o comportamento de diversos países na tomada de providências que atingissem os fins por eles almejados, o Comitê Fiscal da OCDE, em meados de abril, no âmbito da reunião do G-20, produziu o relatório intitulado “Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience” (https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=128_128575-o6raktc0aa&title=Tax-and-Fiscal-Policy-in-Response-to-the-Coronavirus-Crisis).

A instituição dividiu a tomada de medidas em quatro etapas e apontou os objetivos fiscais que deverão ser priorizados em cada uma delas, para que o enfrentamento da crise e a retomada da economia se deem da melhor forma possível.

Na fase 1, em que ainda estamos (na data em que elaborado este artigo), o objetivo maior é o de manter a liquidez das empresas e a renda das estruturas familiares. As medidas sugeridas se concentram em moratórias, maiores prazos para o cumprimento de obrigações tributárias. Nesta fase, não há que se falar em aumento de impostos.

Na fase 2, há um aprofundamento dessas medidas. O foco continua sendo a liquidez, o apoio à renda e à solvência das empresas. Contudo, intensifica-se a busca por reduzir as dificuldades financeiras das empresas e unidades familiares, bem como por permitir a manutenção de condições para sua posterior recuperação.

A terceira fase, por sua vez, é marcada por políticas de estímulo focadas no início da recuperação econômica. Nela, estímulos fiscais serão necessários para apoiar o investimento e o consumo. Nos casos em que a recuperação for fraca, a política fiscal expansionista deve ser mantida pelo tempo que for necessário.

Na fase 4, e somente nela, chega-se, enfim, ao momento em que é necessário o acerto das finanças públicas que restaram abaladas com o impacto financeiro resultante das medidas de apoio prestadas a empresas e famílias nas fases anteriores.

Tão logo a economia apresente sinais claros de recuperação, os países precisarão encontrar formas de aumentar as suas receitas, para recuperar a sustentabilidade



fiscal a longo prazo e financiar investimentos públicos, visando fortalecer os setores mais abalados pela crise.

Nessa fase, há possível aumento de tributos, que deverá ser, preferencialmente, relacionado a negócios que lucraram com a crise. No entanto, o aumento da receita pelos governos deve ser programado e realizado com cuidado para estar em consonância com os objetivos de crescimento, inclusão e sustentabilidade.

Vê-se, portanto, que as diferentes fases acima indicadas cobrem desde o auxílio à gestão das disponibilidades de caixa das empresas no período de sua maior escassez, até a tomada de medidas tendentes a gerar o aumento de receitas públicas.

A concepção, condução e tomada de medidas em todas as fases acima referidas requerem do Poder Público exercício intenso de extrafiscalidade, que só será possível com altas doses de criatividade, flexibilidade e solidariedade entre as unidades da Federação.

Essa premência e absoluta necessidade do exercício de extrafiscalidade, principalmente em uma situação de calamidade pública como a decorrente da COVID-19, faz com que reflitamos sobre o quão inadequado seria, se já estivesse em vigor, o novo regramento que se propõe com os projetos de reforma tributária que tramitam na Comissão Mista do Congresso Nacional (PEC 45/19 e PEC 110/19). Por essas regras, segundo proposto, a alíquota do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) seria única, invariável para todos os setores, sem que fosse possível a concessão de qualquer incentivo fiscal, qualquer que fosse a sua natureza.

Como valer-se da necessária extrafiscalidade com tamanha restrição? A primeira, segunda e a terceira fases sugeridas pela OCDE seriam simplesmente intransponíveis, no que diz respeito à tributação do consumo.

Exatamente porque não temos essas restrições no sistema tributário em vigor, é que o Poder Público conseguiu, ainda que timidamente, adotar algumas medidas tributárias com o objetivo de preservar o cash flow das empresas.

De fato, em consonância com o que recomendara a OCDE no que diz respeito às primeiras fases de enfrentamento da crise, e após a edição do Decreto Legislativo Federal 06, de 20.03.2020, que reconheceu a existência do estado de calamidade pública em âmbito nacional com efeitos até 31 de dezembro de 2020 (no que foi seguido por estados e municípios), foram tomadas diversas outras medidas que, entre outros objetivos, buscaram garantir renda mínima àqueles mais necessitados (por meio do auxílio emergencial de R\$600,00); regular as relações trabalhistas e evitar ou reduzir o desemprego em massa (por meio da Medida Provisória 936/2020); dar segurança jurídica a relações privadas das mais diversas naturezas (Projeto de Lei 1.179/2020, já aprovado no Congresso Nacional, mas ainda não sancionado pelo Presidente da República, na data de elaboração deste artigo); e propiciar acesso ao crédito pelas pequenas e médias empresas (Lei 13.999/2020).

No âmbito tributário, as principais medidas adotadas foram, entre outras, o diferimento do pagamento das contribuições ao PIS e a COFINS e de contribuições

previdenciárias, referentes às competências competência de março e abril de 2020; a postergação do prazo de pagamento de tributos destinada aos contribuintes optantes pelo Simples Nacional; a postergação do prazo para recolhimento destinado ao FGTS relativo às competências de março, abril e maio de 2020; a prorrogação do prazo para entrega da Declaração de Ajuste Anual do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física relativa ao exercício de 2020; a extensão da validade das Certidões Negativas de Débitos relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União (CND) e Certidões Positivas com Efeitos de Negativa de Débitos relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União (CPEN); a redução em 50% das alíquotas de contribuições aos terceiro setor (SESCOOP, SESI, SESC, e SEST, SENAC, SENAI, SENAT e SENAR; e a redução de tributos incidentes na importação de produtos necessários ao combate à COVID 19.

Apesar de abrangentes, essas medidas, em muitas situações, não foram suficientes para gerar os efeitos pretendidos na melhora do fluxo de caixa das empresas. Isso as levou a simplesmente deixar de recolher os tributos por elas não abrangidos (Imposto sobre a Renda, a Contribuição Social sobre o Lucro (CSL), PIS/Cofins-Importação, ICMS ISS, entre outros), para, posteriormente, tornando-se mais viável a sua situação de caixa, promover a denúncia espontânea do débito - livrando-se, assim, da aplicação de qualquer tipo de multa ou penalidade - ou requerer parcelamentos, em uma das modalidades atualmente disponíveis.

Outra medida tomada pelas empresas foi o ajuizamento de ações para pleitear a extensão das medidas de prorrogação acima referidas a esses outros tributos não expressamente contemplados.

Em apertada síntese, os argumentos utilizados nesses pleitos judiciais foram no sentido de que a crise configurou inegável estado de força maior e que o estado de calamidade pública decretado nas três esferas da federação constituem fato do príncipe, a justificar a revisão das obrigações assumidas pelos jurisdicionados, inclusive as tributárias.

Quanto à Teoria do Fato do Príncipe, ela se aplicaria por analogia, pois foram os atos e as ações da própria Administração Pública, ainda que necessários ao combate da pandemia, como a imposição de isolamento social e a criação de restrições ao comércio, que inviabilizaram o exercício da atividade econômica daquelas empresas.

As duas linhas de argumentação acima referidas (força maior e fato do príncipe), aliadas ao disposto na Portaria MF 12/2012, segundo a qual os tributos federais devidos por contribuintes domiciliados em municípios abrangidos por decreto estadual que tenha reconhecido estado de calamidade pública devem ter as suas datas de vencimento prorrogadas, e ao que determina o Convênio ICMS 169/2017, que autoriza os Estados a estabelecerem moratória ou parcelamentos em relação a sujeitos passivos vítimas de calamidade pública,” fundamentaram, inicialmente, a concessão de numerosas liminares país afora, que permitiram postergações tributárias não contempladas nas normas especificamente editadas.



Posteriormente, essas liminares se tornaram mais raras, como também aquelas relativas à conversão de depósitos judiciais em outras espécies de garantias, culminando com decisões monocráticas proferidas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, contrária à referida conversão, e Dias Toffoli, contrária a liminares que concederam postergações como as acima referidas. Segundo noticiado, o ministro Toffoli ressaltou que o dever do Poder Judiciário é o de corrigir ilegalidades ou violações à Constituição, e jamais a de promover “a mudança das políticas adotadas, por ordem de quem não foi eleito para tanto e não integra o Poder Executivo”.

Com a devida vênia desse entendimento, não nos parece que seja defeso ao Poder Judiciário afastar temporariamente o cumprimento de obrigações – tributárias ou não – em razão de inegável ocorrência de força maior, ou quando estejam presentes circunstâncias que configurem fato do príncipe. Pelo contrário, é justamente isso que se espera da Justiça nessas circunstâncias, por ser o que determina o Direito posto.

Somos da opinião de que, pelas características descritas nos artigos 152 a 155-A do Código Tributário Nacional e pela flexibilidade que lhe é peculiar (discricionariedade quanto à forma da sua concessão - em caráter geral ou individual -, à delimitação da região do país em que aplicável, ao prazo de duração, aos tributos a que se aplica etc.), o instituto da moratória seria o mais adequado ao enfrentamento dessa crise, como ocorreu em diversos países.

Outras medidas que também contribuiriam para atingir os efeitos pretendidos seriam a suspensão das restrições à compensação de créditos tributários, à utilização de prejuízos fiscais e base negativa da CSL, a certificação de precatórios e créditos acumulados de ICMS de forma a que pudessem ser transferidos a terceiros ou utilizados na compensação do ICMS devido na importação, entre várias outras.

A despeito de ser vasto o leque de alternativas, os projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional estão, na sua maioria, focados somente no aumento da carga tributária. Há projetos de toda a ordem, que propõem, entre outros, a criação do já provado ineficiente Imposto sobre Grandes Fortunas (PLC 183/2019), a alteração das faixas de tributação constantes na tabela progressiva do IRPF (PL 2589/2020), a majoração da base de cálculo da CSL das instituições financeiras para o incrível percentual de 100% (cem por cento) da receita bruta (PL 1276/2020), a instituição e empréstimos compulsórios de diversas naturezas (PLPs 34/2020 e 50/2020), algumas vezes travestidos de imposto sobre grandes fortunas e, por fim, a retrógrada tributação da distribuição de dividendos (PL 766/2020 e muitos outros).

Não que não se deva cuidar do aumento de receitas – e, também, da diminuição de despesas – necessários a que o Estado reequilibre as suas contas públicas, seriamente abaladas com todos os dispêndios que tiveram que ser feitos nesse período. Esse é assunto que merecerá abordagem específica em um próximo artigo.

O que se pode desde já afirmar, no entanto, é que esse é assunto para ser tratado na última das fases recomendadas pela OCDE, e não agora, nesta primeira fase, cuja meta é a de desonerar e permitir a sobrevivência das empresas.

Quando essa fase chegar, dever-se-á ter em mente três aspectos.

O primeiro deles é o de que o aumento da carga tributária deverá ser direcionado àquelas empresas cujo faturamento aumentou em decorrência do estado calamitoso que se instalou em todo o país (plataformas de comunicação por vídeo conferência, fabricantes de alguns produtos cujo uso aumentou sensivelmente, serviços online etc.), e não àquelas que ainda estejam tentando se recuperar.

O segundo é o de que esses acréscimos de carga tributária devem ser temporários, e não permanentes, na medida em que eles têm por objetivo recuperar as contas públicas em decorrência de uma crise específica. Não há que se repetir o mesmo que ocorreu com o aumento da alíquota do IRPF de 25% para 27,5%, que deveria ser temporário e tinha por fundamento recuperar os cofres públicos do rombo decorrente do enfrentamento dos danosos efeitos decorrentes da crise asiática de 1997 na economia brasileira, e está em vigor até os dias de hoje.

O terceiro é o de que, se o empréstimo compulsório for a via escolhida – porque necessariamente provisório e constitucionalmente previsto para esse tipo de situação, nos termos do art. 148 da Constituição Federal – que se evitem os mesmos equívocos cometidos nas últimas vezes, em que, por exemplo, o valor “emprestado” jamais foi devolvido.

Reformas tributárias mais profundas, como as que tramitam na Comissão Mista do Congresso Nacional, deverão ser interrompidas e postergadas para momento posterior, em que a economia já tenha se reestabilizado e, conseqüentemente, esteja em condições de responder com solidez a mudanças de maiores proporções, como as propostas. A promoção de tais reformas em fase anterior a essa poderá gerar efeitos desastrosos à economia nacional.

Enfim, há luz no final do túnel, mas as empresas precisarão de oxigênio para atravessá-lo e chegarem vivas ao outro lado, com capacidade de manter e gerar empregos. Se isso não ocorrer, a saúde da economia correrá os mesmos riscos que corre a nossa com essa pandemia.



Gustavo Brigagão é Presidente da Associação Brasileira de Direito Financeiro (ABDF); membro do General Council da International Fiscal Association (IFA); sócio do escritório Brigagão, Duque Estrada – Advogados.

Advocacia no Direito Empresarial. A formatação dos negócios.

Paula A. Forgioni

“Todos deveríamos estar mais atentos a alguns fatos e tendências, bastante estudados pelos economistas, que marcam a dinâmica da relação entre empresas, não obstante olímpicamente ignorados pelos cursos tradicionais de direito empresarial.”

1 Advogados, tratativas e litígios

Nos contratos empresariais, advogados costumam entrar em cena em duas oportunidades. A primeira quando da redação do instrumento e a segunda no surgimento de eventual litígio.

Normalmente, os profissionais que assessoram as empresas nas disputas não são os mesmos que atuam na negociação e na elaboração do contrato. Faculdades, cursos de pós-graduação, grandes escritórios de advocacia e departamentos jurídicos internos separam, de um lado, advogados do “consultivo” e, de outro, advogados do “contencioso/arbitragem”. Dessa forma, a tendência é que os possíveis percalços e desfechos da fase litigiosa não influenciem a negociação/redação do contrato tanto quanto deveriam, prejudicando uma retroalimentação capaz de diminuir os riscos para os clientes.

Todos deveríamos estar mais atentos a alguns fatos e tendências, bastante estudados pelos economistas, que marcam a dinâmica da relação entre empresas, não obstante olímpicamente ignorados pelos cursos tradicionais de direito empresarial. Vejamos alguns deles.

1.1 No início, tudo são flores

Como ocorre com jovens casais, empresas tendem a acreditar que o futuro lhes sorri. Se noivos não casam visando ao divórcio, empresas não contratam para ter desavenças no futuro. Acredita-se que o negócio dará certo e que a associação será um sucesso. Não fosse esse usual otimismo do agente econômico, quase não haveria negócios.

Por óbvio, a empresa não é um moço encantado pelo futuro, e sim um ente que atua no mercado, do qual o Direito cobra comportamento responsável, racional, leal, de acordo com o padrão de um “comerciante, costumado ao gyro mercantil” [Cairu]. Há empreendedores mais ou menos arrojados e aqueles sem freios, que não valoram adequadamente os riscos, são excluídos do jogo.

Esses traços, aparentemente contraditórios, convivem e qualquer advogado experiente confirmará a existência de certa tendência ao otimismo, mesmo considerando serem as empresas agentes econômicos racionais.

Advogados, ao contrário, são treinados para antecipar problemas e, com isso, proteger o cliente o máximo possível. Empresários reclamam que seus assessores jurídicos não “entendem de negócios” e “ficam criando caso por nada”. Transportar um possível conflito futuro para o presente, como fazem os advogados, gera desgaste na negociação, consumindo tempo e recursos.

Por isso tudo, na fase de negociação e de vinculação, as partes costumam mostrar-se refratárias às sugestões dos advogados, especialmente quando adiantam contratemplos que nem se sabe se irão surgir.

Uma rule of thumb já pode ser extraída: todo negócio envolve incerteza jurídica uma vez que inexiste ajuste totalmente seguro. Os riscos, por sua vez, devem ser esclarecidos ao contratante pelo advogado. Se o cliente seguir adiante, é seu direito. Razão assiste a uma renomada advogada de São Paulo, que cunhou a máxima: “o cliente tem o santo direito de fazer besteiras!”. Ao advogado compete mostrar os possíveis desdobramentos [jurídicos, com consequências econômicas] das opções empresariais, mesmo que não tão auspiciosos.

A virtude do profissional tende a estar no meio termo. Nem aqueles advogados que tudo aplaudem com medo de perder o cliente e, sem qualquer filtro, passam o que lhe pedem para o papel, nem aqueles que, de tanto pessimismo, inviabilizam qualquer negócio.

1.2 Atenção à “sombra da lei”

A plêiade de desfechos jurídicos envolvida no contrato deve ser considerada no momento da elaboração do negócio. Essa tarefa não é nada fácil e envolve duas estradas, complementares entre si: experiência e estudo, especialmente da jurisprudência. Não é de hoje que os norte-americanos apontam a importância do que chamam de “shadow of the law”, i.e. a influência que possíveis resultados judiciais exercem na formatação dos acordos.

Chega a ser alarmante a pouca atenção dedicada à postura dos tribunais perante os contratos empresariais. Despreza-se um dos maiores instrumentos para a diminuição do risco: a análise dos precedentes. Justificativas para essa falha, como “no Brasil não se adota o sistema de common law e o Tribunal pode julgar de qualquer forma”, são temerárias. Ter ciência das chances de uma liminar ser mantida pelo Tribunal é fundamental na definição da estratégia jurídica e comercial da empresa. Da mesma forma, saber o entendimento consolidado das cortes sobre determinada cláusula pode evitar desgaste no processo de negociação. Apontar para o agente econômico as possíveis consequências futuras dos atos presentes diminui a insegurança e a imprevisibilidade, aumentando suas chances de escolher a melhor estratégia.

É verdade que, em virtude do sigilo que cerca disputas arbitrais, não se tem sempre acesso a seus resultados. No máximo, há compêndios publicados por câmaras especializadas estrangeiras ou divulgação de sentenças contestadas judicialmente. Contudo, a jurisprudência togada exerce seu papel no convencimento dos árbitros e o advogado que assessora a negociação precisa dominá-la.

Além das posições dos tribunais, também é importante ter consciência das armas litigiosas que estarão disponíveis para as empresas em caso de embate. Não raro, uma liminar atua como forte incentivo ao acordo. Quão fácil/rápida será a execução da garantia? Quem não conhece a velha ameaça do pedido de falência da empresa para forçar o pagamento? Todos já vimos um caso em que o devedor age de determinada maneira porque sabe que a demora processual funcionará a seu favor.

Até mesmo o caos pode ter o seu papel. Se as partes acreditarem que o processo judicial ou arbitral será um desastre recíproco, podem ver-se estimuladas a buscar um denominador comum. Às vezes, o antigo ditado forense [“de barriga de mulher ... e de cabeça de juiz não se sabe o que vem”] é um trunfo na mão da parte inadimplente, pois a outra, mesmo coberta de razão, temerá a derrota. Isso não é necessariamente desvantajoso: “mais vale um acordo ruim do que uma boa demanda”, “um pássaro na mão do que dois voando” e assim por diante.

A ideia de “shadow of the law” faz ver que o advogado empresarial deve buscar informações sobre como o contrato e o Direito distribuirão “facas e queijos” entre as empresas envolvidas no negócio, ou seja, quem estará em posição vantajosa e quem estará fragilizado. Não adianta negociar estipulações favoráveis ao cliente se a jurisprudência indica que virarão pó em caso de disputa. O advogado ignorante pode até ficar feliz ao negociar cláusula penal determinando que a outra parte, em caso de descumprimento, deverá pagar o dobro do valor do contrato a título de multa. Mas seu castelo despenará, tão logo confrontado com o art. 412 do Código Civil.

É preciso estudo e experiência para saber de que forma o Direito normalmente distribui “facas e queijos” e, se for o caso, inverter essa tendência para melhor proteger o interesse da empresa no processo de negociação/redação do instrumento. No



final das contas, o risco econômico que a empresa assume no negócio, tão caro aos executivos, não pode ser bem delineado sem a consideração dos possíveis desfechos jurídicos.

1.3 Facas e queijos podem mudar de mãos ao longo do contrato

Queiramos ou não, o agente econômico busca a satisfação de seu próprio interesse com avidez, ou seja, tende a colocar seu bem-estar antes do outro. Cada empresa cuida de si e somente se importará com o parceiro comercial [i] se for obrigada a tanto [daí a importância do Direito] ou [ii] se o comportamento colaborativo for economicamente interessante no presente ou no futuro. Não sejamos ingênuos a ponto de negar o “natural egoísmo do agente econômico”, até mesmo porque, no limite, é ele que impulsiona tanto a colaboração quanto a concorrência.

Tomemos um exemplo: Y, uma metalúrgica, e X, uma montadora de automóveis, pretendem ajustar o fornecimento de determinada peça. Para celebrar o contrato e atender àquela demanda específica, Y deverá adaptar toda a sua linha de montagem. Parece óbvio que, uma vez feito o investimento, X estará com a faca e com o queijo nas mãos. Não se deve aguardar que X tenha uma atitude bondosa no futuro. Espera-se do agente econômico ativo e probo que não confie no altruísmo do próximo e previna-se, no momento da contratação, contra cenários futuros pouco favoráveis, que com muita probabilidade serão criados, caso a faca e o queijo passem para a outra empresa.

Em suma: dependendo do negócio, com o passar do tempo, o jogo de forças pode alterar-se; o advogado deve ponderar as soluções jurídicas para o novo cenário, já no momento da vinculação.

1.4 O poder de barganha das partes é diferente

Aqui também a realidade é escondida nas escolas de direito. Os contratos são ensinados como ajustes neutros, equilibrados, que emergem quase naturalmente. Um encontro perfeito entre prestação e contraprestação. Se A quer comprar e B quer vender, ajustados preços e quantidades, tudo está resolvido.

Esse bucólico mundo nada tem a ver com os contratos empresariais discutidos nas arbitragens e na justiça especializada, onde nem as compras e vendas fogem de ser negócios altamente complexos. As empresas têm poder de barganha diverso, em decorrência dos mais variados fatores: força econômica, especificidades do negócio, situação de mercado, market share, momento da economia etc.

Para o desespero daqueles que formaram suas mentes e corações em outras áreas do Direito, no campo empresarial, mesmo diante dessas diferenças entre as partes, tende-se a respeitar o que livremente contrataram. A empresa será considerada como um agente econômico racional e não um hipossuficiente, digno de tutela. Se o advogado não aceita essa realidade, é melhor que se dedique a outras áreas do Direito.

1.5 O agente econômico pode não ser tão racional como pregam os economistas, mas ele tende a responder a incentivos

O negócio empresarial é sustentado por uma teia de incentivos e desincentivos econômicos e jurídicos derivados da Lei e do próprio contrato. Basta pensar que cláusulas penais e outras sanções positivas e negativas configuram elementos de estímulo [ou falta de estímulo] ao cumprimento do contratado.

Voltamos ao mesmo ponto: o agente econômico tende a buscar a satisfação de seu interesse, ponderando custos e benefícios. Nessa aritmética, entrarão as possíveis perdas decorrentes das sanções negativas aplicáveis ao descumprimento do contratado. Regra geral, maior a penalidade, maior o incentivo ao cumprimento; melhor a garantia, maior a chance de adimplemento da obrigação.

O Direito trabalha com incentivos a certos comportamentos e desincentivo a outros. Mate alguém e passe anos na cadeia [desincentivo a matar, incentivo à paz social]. Deixe de recolher impostos tempestivamente e sujeite-se à multa [incentivo ao pagamento, desincentivo à sonegação] e assim por diante.

O mesmo acontece no contrato, quando as partes [sempre nos limites legais] tecem seu próprio sistema de incentivos e desincentivos. Ao redigir uma cláusula, é preciso projetá-la para o futuro e enxergar como servirá de estímulo aos comportamentos desejados e entrave aos indesejados.

1.6 Quais as chances de um instrumento contratual disciplinar todas as questões futuras?

A resposta é óbvia: nenhuma. Ninguém consegue prever o futuro e, mesmo que isso ocorresse, não valeria a pena negociar cada aspecto. Por isso, diz-se que os contratos são “naturalmente incompletos”.

A realidade com que se depara o advogado é diversa daquela exposta nos manuais. A elaboração do contrato, o processo de barganha e, por fim, a redação do instrumento são fruto de um “cherry-picking”, no qual se pinçam as situações que se quer disciplinar. As outras acabam ignoradas, ou porque delas não se têm ciência, ou para que sua negociação não impeça a finalização do negócio. Nessa perspectiva, as regras dispositivas previstas pelo ordenamento jurídico indicarão o caminho se as partes não acordarem expressamente em sentido contrário. A Lei, por uma opção política, coloca a faca e o queijo nas mãos de uma parte e qualquer mudança nessa situação exige negociação [e, conseqüentemente, desgaste].

Diante da incompletude contratual, apresentam-se, ao menos, duas possibilidades. Caso haja regra prevista em Lei, a solução está posta. Na ausência de disciplina específica [como ocorre na maioria dos casos], o árbitro deverá decidir. Em todas as situações, a lacuna [proposital ou não] traz um risco, que recairá sobre uma das partes. Por exemplo: Ajusta-se que X deve entregar 200 litros de leite para Y no dia 19 de março. As partes nada dispõem sobre eventual penalidade em caso de descumprimento, embora tenham discutido a questão. Caso X não entregue

o leite, Y deverá propor ação judicial para conseguir alguma reparação. A falta de estipulação da multa é, de certa forma, uma “lacuna” que gera risco para Y.

O mesmo se pode dizer em relação às redações dúbias, sejam intencionais ou não. Maiores as possibilidades de interpretação, maiores os riscos a serem enfrentados. Seguindo no mesmo exemplo: após muitas discussões em torno da multa, X e Y chegam mais ou menos a um consenso sobre a redação de cláusula. A redação não é nada clara, mas é o que se consegue acertar naquele contexto. A imprecisão implica risco: se, por um lado, para Y, o texto dúbio é “melhor do que nada”, por outro palavras confusas trazem dificuldades na hora da execução.

1.7 A vida do contrato começa quando o instrumento vai para a gaveta.

Contrato e instrumento são coisas bem diferentes. Sequer tisonando a ponta dos dedos nos rios de tinta escritos sobre o assunto, consideremos que contrato é um tipo de negócio jurídico e instrumento um tipo de documentação do quanto acertado pelas partes.

O princípio é conhecido por todos e positivado no art. 107 do Código Civil: os contratos não precisam ser reduzidos a escrito, salvo expressas exceções legais. Se assim é, por que empresas e advogados empenham-se tanto para ter um papel assinado? Simples: para facilitar a comprovação do ajustado.

Estudos já demonstraram que, quanto maior o grau de organização empresarial, maior a tendência a essa formalização. Por isso, nas arbitragens, raramente se discutem contratos verbais, partindo-se do texto escrito e firmado pelas partes e testemunhas.

O próprio negócio começa quando o instrumento é enviado ao arquivo. Assinadas as vias, os advogados ocupam-se de outro assunto. Serão as empresas a dar cumprimento àquilo que ajustaram.

A vida do contrato desenvolve-se bem distante do mundo ideal dos manuais e dos assessores jurídicos. Quando se iniciam os trabalhos, as partes procuram resolver problemas, e não os criar. Se surgir uma pedra no meio do caminho, discutirão entre si e ajustarão as coisas para removê-la. Salvo grandes imprevistos ou desentendimentos, ninguém chamará o advogado. [Por que alguém espontaneamente chamaria quem só “cria problemas” e “no fundo, não resolve nada”?]. A questão surge, do ponto de vista do Direito, porque esse comportamento é capaz de produzir sérias consequências. Enquanto pedras são encontradas no caminho e usinas construídas, o instrumento dorme em alguma gaveta, como se o mundo estivesse congelado.

2 Algumas sugestões concretas

Vão aqui algumas sugestões para os advogados envolvidos na redação de contratos empresariais:

- O advogado jamais deve se aventurar a escrever um instrumento/assessorar uma empresa sem entender a racionalidade econômica do negócio. No mundo empresarial, tudo sempre tem uma razão. “Ninguém contrata pelo mero prazer de trocar declarações de vontade” [Chiovenda]. Se o profissional não compreender a “intenção comum das partes”, corre um alto risco de não conseguir nem assessorar a negociação, nem colocar algo útil no papel. É preciso conhecer a realidade das empresas e o que buscam com a contratação.
- O advogado deve ter sempre em mente que o julgador partirá da leitura do instrumento para compreender o negócio e que a primeira coisa que fará será procurar a racionalidade econômica por trás do ajuste. Facilite o trabalho do advogado do contencioso e o do julgador.
- Negociar pontos controvertidos custa e gera desgaste. É normal que o cliente não aprecie tanto o zelo do advogado quanto este gostaria.
- Nem nas séries americanas o advogado consegue prever todos os possíveis desfechos do negócio, muito menos discipliná-los no instrumento. Isso é materialmente impossível. Até em Suits.
- O advogado deve procurar fazer a tendência do “excessivo otimismo do agente econômico” trabalhar a seu favor. No momento em que “tudo são flores”, normalmente é mais fácil colocar a intenção comum das partes no papel, deixar os objetivos e os acertos claros no texto. Novamente: o advogado deve procurar facilitar a vida do julgador e do seu colega.
- A decisão sobre o que reduzir a escrito decorre de uma ponderação entre custos [negociar gera desgaste] e benefícios [deixar a posição do cliente mais clara traz segurança].
- A função do advogado é advertir o cliente dos riscos e não os assumir em seu lugar.
- O contrato deve ser pensando como um grande sistema de incentivos e desincentivos, um projeto de como as disposições atuarão nesse sistema.
- Atente-se em quais mãos o direito, a jurisprudência e a negociação estão colocando as facas e os queijos [para isso, é preciso realmente estudar].
- Facas e queijos podem mudar de mãos durante a execução do negócio; o advogado devem também trabalhar com esse possível cenário.
- O negócio começa quando o instrumento vai para a gaveta. Afastar-se do texto implica riscos.
- O contrato deve desenhar mecanismos de documentação de fatos, para que o cliente possa ter provas, no futuro, do que realmente aconteceu.



- A imagem do julgador que não se contém diante da possibilidade de interferir no contrato para fazer justiça social é um mito, ao menos no que diz respeito às relações entre empresas. Ao contrário do que reza essa estranha lenda urbana, juízes e árbitros tendem a respeitar o que as partes ajustaram.
- Julgadores e advogados experientes bem sabem que, assim como a vida, negócios empresariais costumam ser altamente complexos. O advogado não deve se apaixonar pela causa ou pelo negócio a ponto de esquecer que outra visão dos fatos é quase sempre possível. O bom profissional analisa a situação sob a ótica do outro, colocando-se no seu lugar, sem perder de vista o interesse do seu cliente.



Paula A. Forgioni é Professora Titular e Chefe do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

A chegada de novos tempos para a arbitragem

Eleonora Coelho

1 A arbitragem em perspectiva

A arbitragem é um método de resolução de conflitos alternativo ao Poder Judiciário, podendo ser livremente escolhido pelas partes, seja por meio da pactuação de cláusula compromissória no momento da celebração do contrato, ou, na ausência de previsão contratual, a qualquer momento, via compromisso arbitral.

O método foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei 9.307/96 ("Lei de Arbitragem"), cujo teor foi inspirado na Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985, e trouxe avanços importantes como a exequibilidade da cláusula compromissória e a dispensa de homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário.

Desde então, o instituto da arbitragem, que apresenta muitas virtudes e traços singulares, apenas cresceu em importância no país.

De suas características, três merecem destaque: i) a flexibilidade, podendo as partes escolher, dentre outros, a sede, o idioma, o rito procedimental e a lei aplicável ao mérito da disputa; ii) a irrecorribilidade da sentença arbitral, a qual possui status de título executivo judicial; e iii) a expertise dos árbitros indicados pelas partes.

As partes podem optar, ainda, pela arbitragem *ad hoc*, isto é, aquela conduzida tão somente por árbitro(s) e pelas partes, sem o apoio administrativo de uma instituição e, em geral, de regras procedimentais institucionais; ou, pela arbitragem institucional, conduzida em consonância com o regulamento de determinada instituição, a qual, via de regra, igualmente administrará o procedimento.

Em razão de suas características, a arbitragem se solidificou como ferramenta eficiente para solucionar disputas comerciais complexas em âmbitos nacional e internacional.

No Brasil, houve resistência inicial ao instituto, eis que - após a promulgação da Lei de Arbitragem - questionou-se sua constitucionalidade. Foi a partir do momento em que houve a declaração de constitucionalidade da Lei de Arbitragem¹, em 2001,

¹ Em dezembro de 2001, foi concluído o julgamento do Agravo Regimental de Sentença Estrangeira (SE 5.206) pelo Supremo Tribunal Federal, onde se discutiu incidentalmente a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, tendo o Tribunal, por maioria, entendido pela sua constitucionalidade.

e a ratificação da Convenção de Nova Iorque², em 2002, que o instituto passou a ter desenvolvimento exponencial em nosso país.

Em 2015, a Lei 13.129 reformou a Lei de Arbitragem tendo sido estabelecidos: i) a ampliação do escopo de aplicação da arbitragem, incluindo a Administração Pública direta e indireta; ii) a interrupção da prescrição pela instituição do procedimento arbitral; iii) a concessão de tutelas cautelares e de urgência pelo Poder Judiciário, antes de instituída a arbitragem, cabendo ao tribunal arbitral mantê-la ou revoga-la; e iv) a carta arbitral – instrumento de cooperação entre o juízo arbitral e o estatal.

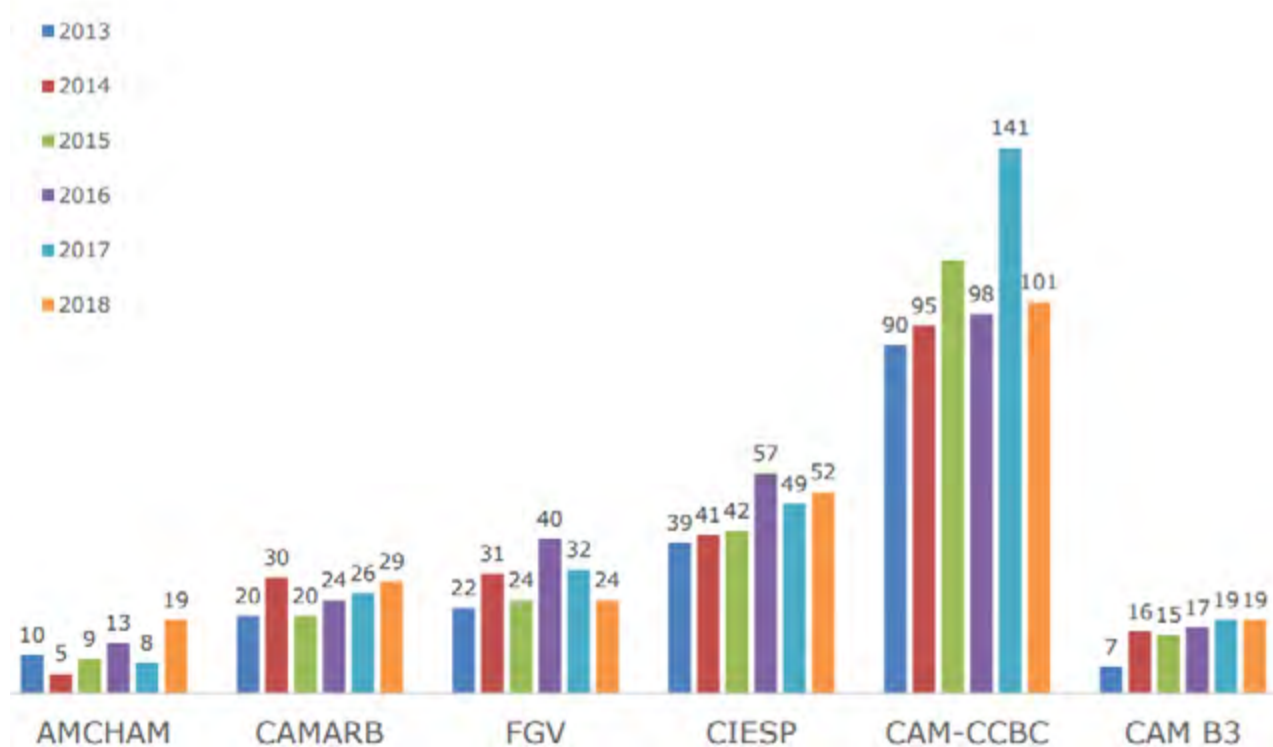
Na última década, o mercado da arbitragem cresceu exponencialmente e alçou o Brasil a partícipe internacional de referência.

Tal crescimento também se deveu ao apoio constante do Poder Judiciário, mediante jurisprudência técnica e que sempre teve como marco a ausência de intervencionismo e o controle da atividade arbitral, dentro dos estritos limites legais.

Outrossim, a atuação da preparada comunidade arbitral brasileira, notadamente de excelentes advogadas e advogados, árbitras e árbitros, foi e continua sendo essencial para o desenvolvimento do instituto.

Cumprе ressaltar, ainda, o trabalho realizado pelas instituições arbitrais que disponibilizam regras experimentadas e suporte administrativo aos procedimentos, conferindo aos seus partícipes a segurança e previsibilidade necessárias para gerar confiança na arbitragem.

No gráfico abaixo, elaborado com base na pesquisa de 2019 da Professora Selma Lemes acerca dos números e valores da arbitragem institucional (“Pesquisa”), denota-se o crescimento do número de procedimentos arbitrais iniciados a cada ano, desde 2013 até 2018, nas principais câmaras brasileiras:



² A Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, celebrada em Nova Iorque, em 10 de Junho de 1958, foi ratificada pelo Brasil e incorporada ao seu ordenamento jurídico interno, em julho de 2002.

A pesquisa avaliou que, no ano de 2018, o valor total envolvido nas arbitragens iniciadas perante as oito instituições analisadas (AMCHAM, CAM-CCBC, CIESP/FIESP, CAM B3, CCI, CAM-FGV, CBMA e CAMARB), foi de R\$81,44 bilhões.

Em meio a esse desenvolvimento exponencial, destaca-se o CAM-CCBC, instituição líder no mercado nacional, que, em 40 anos de história, já administrou mais de 1.100 procedimentos, envolvendo aproximadamente R\$ 90,5 bilhões.

Com o crescimento do mercado de arbitragem no Brasil, ora ilustrado pelos números das instituições, desenvolveu-se, igualmente, as funções dos centros de arbitragem brasileiros.

Na atualidade, o papel das instituições arbitrais extrapola a gestão dos procedimentos arbitrais. De fato, como foro neutro e ponto central, reúnem todos os partícipes dos procedimentos e têm acesso privilegiado aos insucessos, às críticas e aos sucessos de cada um dos procedimentos e, portanto, devem atuar como guardiões das boas práticas e fomentadoras de aprimoramentos ao instituto.

2 Breves considerações acerca dos impactos da Covid-19 no mercado arbitral

Os desenvolvimentos sem precedentes da pandemia assolaram o Brasil e o mundo num curtíssimo espaço de tempo, o que nos demanda medidas e adaptações importantes em todos os setores.

O cenário atual é composto por uma miríade de desafios das mais diversas ordens: social, econômica, política e por aí em diante. Para o mercado da arbitragem não é diferente.

No tocante aos impactos da Covid-19 no mercado arbitral, cumpre destacar os esforços empenhados pelas instituições na criação de ambiente adequado e seguro para a continuidade dos procedimentos.

Diante das restrições impostas pela pandemia, e com o intuito de mitigar prejuízos aos procedimentos sob sua administração, os principais centros de arbitragem tomaram medidas para conduzir suas atividades remotamente.

A título exemplificativo, o CAM-CCBC editou duas Resoluções Administrativas disciplinando a condução 100% remota dos procedimentos em andamento, assim como o protocolo eletrônico de novos requerimentos de instauração de arbitragem.

Igualmente, a Câmara Ciesp/Fiesp publicou duas Resoluções, por meio das quais regulou o funcionamento de sua Secretaria e outros aspectos da administração de procedimento, como a realização telemática de atos processuais.

Outras câmaras, como a da FGV, CAMARB, CBMA, CAM B3, AMCHAM, editaram resoluções no mesmo sentido, prevendo o protocolo eletrônico de manifestações, seja por e-mail, ou por plataforma digital específica; atendimento remoto por telefone ou e-mail; e a possibilidade de realização de audiências remotas.

Na adoção de todas essas medidas, as instituições parecem se valer das mesmas premissas, quais sejam i) garantia da higidez, eficácia e custo benefício dos procedimentos; ii) mínima interferência da instituição no processo que é das partes e dos árbitros; iii) autorização regulamentar para adoção de soluções eletrônicas; iv) respeito à confidencialidade e cyber segurança das informações; e v) salvaguarda do devido processo legal, notadamente do tratamento isonômico das partes.

Os principais centros de arbitragem brasileiros elaboraram recente comunicado conjunto, informando à comunidade arbitral acerca dos esforços empreendidos para a manutenção de suas atividades de forma remota, a fim de assegurar a continuidade dos procedimentos e mitigar prejuízos aos partícipes das arbitragens.

Desse modo, tais instituições demonstram seriedade no trabalho realizado e alinhamento com as práticas internacionais, em benefício da segurança jurídica e eficácia da arbitragem em tempos tão adversos.

Além das instituições, a postura ativa e colaborativa das partes, advogadas e advogados, árbitras e árbitros, peritos, ou seja, de todos os partícipes do procedimento, é essencial para o sucesso da nova dinâmica das arbitragens.

A colaboração de todos os partícipes mostra-se especialmente relevante na análise de um dos desafios para o processamento eletrônico das arbitragens: a mudança de paradigma do físico para o digital.

Há que se considerar, também, eventuais dificuldades de ordem técnica dos partícipes para realização de reuniões ou audiências remotas. As partes, advogados e árbitros devem atentar aos requisitos técnicos para assegurar uma boa conexão e o bom funcionamento das reuniões.

Não é de hoje que discutimos os impactos da tecnologia na arbitragem, em especial das ferramentas que facilitam o fluxo do procedimento. Contudo, as medidas adotadas na pandemia - condução 100% remota dos procedimentos e audiências totalmente virtuais - alçaram a discussão a novo patamar e, certamente, estão imbuídas de caráter disruptivo.

A adaptação a atual conjuntura é um dos maiores desafios que a comunidade arbitral enfrenta, desde a publicação da Lei de Arbitragem. Todavia, é de suma importância que todos acolham este capítulo da história da arbitragem brasileira, encarando-o como uma oportunidade de renovação, conscientes do papel que desempenhamos individual e coletivamente.



Eleonora Coelho é Presidente do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), formada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e mestre em Contencioso, Arbitragem e Modos Alternativos de Solução de Conflitos pela Universidade de Paris II - Panthéon-Assas. Atua em arbitragens nacionais e internacionais como advogada e como árbitra. Integra o Corpo Permanente de Árbitros de diversas câmaras de mediação e arbitragem no Brasil. Integrou a Comissão de Juristas responsável pela reforma da Lei de Arbitragem que redundou na Lei 13.129/15.

O que todo advogado precisa saber sobre o Direito Internacional Privado e nunca teve coragem de perguntar!

Nadia de Araújo

O Direito Internacional Privado (DIPr) é uma disciplina que assusta tanto os alunos quanto os advogados e demais operadores jurídicos. Tida como complexa, exige de quem a ela se dedica não só conhecimentos do direito interno, como também da cultura jurídica de outros Estados, o que se realiza por meio do direito comparado. A sua operação se dá por uma técnica específica, o método conflitual, voltado à determinação da lei aplicável às situações jurídicas multiconectadas. Nesses casos, aplicam-se as regras internas de cada país, destinadas a regular os conflitos de leis no espaço.

No mundo globalizado em que vivemos é cada dia mais comum, por exemplo, situações de casais que resolvem casar e adota novo domicílio em país estrangeiro, seja de um deles ou outro. As relações de família, nos planos pessoal-familiar e patrimonial, internacionalizam-se cada vez mais e as soluções do direito brasileiro mostram-se, muitas vezes, insuficientes ou não-aplicáveis para resolver diversas dessas questões.

O Brasil utiliza o método conflitual clássico, cujas regras estão na atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto-Lei 4.657/1942, modificado pela Lei 12.376/2010, que preservou o texto da antiga Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 (LICC) e suas alterações. As normas específicas de Direito Internacional Privado se encontram nos artigos 7^a a 17. São as chamadas regras de conexão, ou também denominadas regras indiretas, porque indicam um caminho a ser seguido quando é necessário determinar o direito aplicável a uma determinada situação. Cada uma delas, a sua maneira, trata de um tema do direito.

Para as questões sobre o nome, capacidade e de direito de família, a regra é de aplicação da lei do domicílio (artigo 7^o); para os bens, a do local onde estão situados (artigo 8); para os contratos, a do local de sua celebração, e a responsabilidade civil, a do local onde o dano ocorreu (artigo 9^o); e para a sucessão, a do último domicílio do de cujus (artigo 10^o).

Por exemplo com relação a regra do artigo 7^o, se um estrangeiro for comprar uma propriedade no Brasil e seu domicílio for em outro país, é preciso verificar a lei

daquele país para determinar a sua capacidade, e em sequência, se ele pode ou não contratar. Percebe-se que a norma de conexão apenas direciona a que lei recorrer na busca pela solução da questão.

No campo da sucessão, ao realizar um inventário, o juiz da causa precisa se perguntar qual lei é aplicável à sucessão, seja o falecido brasileiro ou estrangeiro. Importa, sobretudo, qual o domicílio do falecido: não sendo no Brasil, mas por exemplo, na França, o juiz brasileiro aplicará, de ofício, a lei francesa, embora seja de sua responsabilidade cuidar do inventário e da partilha dos bens aqui situados. De ressaltar que o inventário e partilha de bens situados no Brasil deverá ser feita no Brasil, já que a lei prevê a competência exclusiva do juiz brasileiro para esse fim (artigo 23 do CPC).

Outro grupo de situações em que é necessário aplicar o direito estrangeiro é o dos negócios internacionais. O artigo 9º da LINDB estabelece ser aplicável aos contratos internacionais, a lei do local de sua celebração. Ainda no âmbito negocial, tal como já se verifica em outros países, a jurisprudência acata, cada vez mais, a autonomia da vontade das partes. A escolha de lei aplicável, a eleição do foro e até a escolha da arbitragem são algumas de suas manifestações.

Essa operação de determinação da lei aplicável, que vai desde a verificação da situação com elementos internacionais, até a escolha entre a aplicação da lei brasileira ou da lei estrangeira, exige que o juiz passe por várias etapas. Na primeira delas, verifica-se a presença de elemento estrangeiro, seguido de um ato posterior de identificação da categoria jurídica, de qualificação da matéria. Em seguida, verifica-se eventual aplicabilidade do direito estrangeiro designado a partir da fórmula estabelecida em um dos artigos da LINDB.

Estabelecido ser aplicável o direito alienígena, é necessário estudar o seu conteúdo. Para isso, será necessário ainda contar com a prova (o texto legal) e a vigência do teor do direito estrangeiro. Essa informação deve ser enviada ao juiz pela parte que o alega, o que pode ser feito por meio de declaração de advogado estrangeiro licenciado no país do qual provém a norma. Finalmente, no momento da aplicação do direito estrangeiro ao caso concreto, o juiz poderá ainda se valer de uma “válvula de escape”, que possibilita a recusa na aplicação do direito estrangeiro: quando o direito estrangeiro em questão for contrário à ordem pública.

“A ordem pública é um conceito flexível e mutável no tempo. Sua aplicação resulta no afastamento da lei estrangeira aplicável, em razão de uma profunda incompatibilidade com os valores ético-jurídicos do direito brasileiro.”



No meu entender, tal possibilidade representa uma exceção, somente verificável quando os direitos fundamentais protegidos pela Constituição brasileira são tidos como violados. Essa análise dá-se caso a caso e o melhor repositório de jurisprudência a respeito está nos julgamentos de Cartas Rogatórias e nos processos de Homologação de Decisões Estrangeiras, realizados no STJ. Nos julgamentos desses pedidos, a análise de compatibilidade da lei estrangeira é obrigatória para cada ato estrangeiro, realizando-se sempre antes do deferimento ou não do pedido de sua execução no Brasil.

Outro fato interessante é que uma das características do DIPr é o de possuir regras nascidas do labor de foros internacionais, que depois são internalizadas no ordenamento jurídico brasileiro. São tratados e convenções, na sua maioria multilaterais, oriundos de organizações internacionais como a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (Conferência da Haia), a Organização dos Estados Americanos (OEA), e a Comissão das Nações Unidas para o Comércio Internacional (UNCITRAL). Nos últimos anos o Brasil adotou inúmeras convenções internacionais oriundas da Conferência da Haia, especialmente no plano da proteção à infância, como a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro de Menores, a de Adoção e a de Alimentos. Na área de Cooperação Jurídica Internacional, no plano global, adotaram-se as convenções da Apostila, Acesso à Justiça, Obtenção de provas e Citação. Para esses temas o Brasil também é parte de convenções similares oriundas da OEA, e no campo regional, daquelas gestadas no Mercosul, como, por exemplo, o Protocolo de Las Leñas e o Protocolo de Buenos Aires.

A totalidade da disciplina do DIPr poderia ainda ser definida a partir da resposta a três perguntas, que bem ilustram as situações com conexões internacionais: (i) onde acionar; (ii) que lei aplicar e, (iii) como praticar os atos processuais internacionais no curso do processo. Estudadas essas três questões, é possível alinhar a maioria dos grandes problemas da disciplina.

A primeira pergunta diz respeito à jurisdição internacional. Muitas vezes, resolvido o problema quanto à competência do juiz nacional, pouco resta de internacional ao problema em discussão. No direito brasileiro, os artigos 21 a 25 do CPC tratam das situações acerca dos limites à jurisdição brasileira. Nos artigos 21 e 22 preveem-se as hipóteses de competência concorrente do juiz brasileiro, situação em que a ação pode ser proposta tanto no Brasil como no exterior. No artigo 23, preveem-se os casos de competência exclusiva, em que somente o juiz brasileiro poderá julgar a questão. No artigo 25 há permissão expressa para a eleição de foro nos contratos internacionais, removendo a jurisdição brasileira se não for a escolhida pelas partes. De ressaltar ainda que de acordo com o artigo 24, não permitimos situações de litispendência internacional, pelo que, em casos de competência concorrente, valerá a decisão que primeiro transitar em julgado, seja ela a nacional ou a estrangeira depois de sua homologação no STJ.

A segunda pergunta, sobre a lei aplicável, representa o coração do DIPr, momento em que o método conflitual é aplicado, como se analisou na primeira parte

desse artigo. Depois da determinação da jurisdição, considerando-se competente, o próximo passo do juiz é identificar se deve ser aplicável ao problema pluriconectado a lei brasileira ou a lei estrangeira. Aí se aplicam as regras da LINDB constantes dos artigos 7º a 11.

A terceira e última indagação diz respeito às situações em que, no curso de um processo judicial, há necessidade de recorrer ao juiz estrangeiro, ou vice-versa, para o cumprimento de algum ato processual. Há regras para que esses procedimentos possam ser levados a cabo nos artigos 26 a 40 do CPC, e ainda diversos tratados internacionais dedicados à Cooperação Jurídica Internacional (CJI). A maioria deles determina que a cooperação se dê através de uma autoridade central, que no Brasil é, na maior parte das vezes, o Ministério da Justiça. O Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional do MJ tem cumprido esse papel com maestria. Em sua página na internet é possível acessar todas as informações necessárias para o bom andamento da CJI.

As decisões proferidas no exterior podem ser aqui reconhecidas através da ação de homologação de sentença estrangeira. Para esses casos a legislação brasileira prevê, antes de seu cumprimento, um procedimento preliminar, cuja competência originária é do STJ (artigo 105 da CF). As regras que regulam o reconhecimento das decisões estrangeiras são encontradas no CPC nos artigos 960 a 965. A jurisprudência do STJ é bastante consolidada na matéria e em sua maioria, cumpridos os requisitos formais, os pedidos são deferidos.

Com essas breves palavras, espero ter descrito o cenário no qual navegam os operadores jurídicos quando têm diante de si uma situação jurídica que não se circunscreve apenas ao ordenamento jurídico nacional. Todas aquelas que possuem elementos de mais de um país, necessitam de regras especiais para o seu manejo pelo advogado: esta é a função precípua do DIPr.



Nadia de Araújo é Professora de Direito Internacional Privado – PUC-Rio e Advogada. Doutora em Direito Internacional USP; Mestre, em Direito Comparado, GWU.

Uma Carta de Machado De Assis

José Paulo Cavalcanti Filho

Rio de Janeiro, 28 de setembro de 1908.

Meu querido Nabuco

Espero que os ares de Hamilton, nessa fria Mass., estejam lhe fazendo bem. Junto com minha carta de 1º de agosto, mandei um exemplar do romance Memorial de Aires. Será meu derradeiro livro. Mário de Alencar fez a fineza de ler, para mim, todas as cartas que trocamos. Ele é meu filho (Uma das lendas, sobre Machado, é que Mário seria filho dele, e não do amigo e escritor José de Alencar). Assim o considero. Tuas, contei, foram 21. Minhas, 31. Esta, que escrevo por mãos dele, será minha última. Estou morrendo.

Aproveito e faço um pequeno inventário íntimo. Começo por reconhecer que a Academia Brasileira de Letras, que ajudei a criar e fui primeiro presidente, só me deu alegrias. Tenho saudades da nossa Panelinha (A expressão panelinha vem daí. Intelectuais se reuniam em torno de Machado e os almoços eram servidos em uma pequena panela de prata, que acabou dando nome ao grupo).

Dos fatos que me vêm, lembro especialmente de um. Por volta de 1855 deixei de ir, nos finais da tarde, à Livraria Garnier. Amigos descobriram que, nessa hora, frequentava certa casa. Muitos imaginavam tratar-se de algum amor secreto. Não sabiam é que ia só contemplar um quadro admirável do Roberto Fontana, La Donna che Legge. Infelizmente, caro demais para minhas posses. E qual não foi minha surpresa quando o recebi, pouco depois, doado por sete amigos. Serei sempre grato a todos por tanto afeto (no Soneto Circular, Machado cita seus nomes).

Escusas para narrar um episódio curioso. De poderes a mim atribuídos que não tenho. Tudo começa pelo fato de que recebo, todos os dias, muitas cartas. Quase todas sem importância. Por não ver sentido em guardá-las, nem desejar que caiam em mãos alheias, uma vez por semana as queimo em um caldeirão de bronze (O caldeirão, e o quadro, estão hoje na A.B.L.). Por conta disso, a vizinhança começou a me chamar de bruxo. Nada a ver com vivissecação de ratos ou sair voando por janelas,



claro (Como sugere Drummond em *A um Bruxo com Amor*). E logo agregaram, a essa designação, o nome da rua, depois que deixamos o Catete, em que vim morar (Cosme Velho 18, Rio). Passei a ser, então, o Bruxo do Cosme Velho. Acho divertida essa história. E gosto de ser chamado como tal. Deixe-se ficar, então.

Mas os tempos bons se foram. E tudo, hoje, vai de mal a pior. A epilepsia me causa cada vez mais problemas. Nunca referi essa doença para qualquer pessoa. Nem escrevi sobre ela. Salvo pequena passagem na primeira edição de *Memórias Póstumas de Brás Cubas*. Já na segunda, onde estava “rolar pelo chão, epilética”, pus “rolar pelo chão, convulsa”. Espero que a crítica não note isso. Fosse pouco, e ando às voltas com uma úlcera cancerosa na boca. Esforço-me por não deixar os mais próximos perceber o quanto dói essa moléstia. Minha casa, nos últimos tempos, se converteu num velório a céu aberto. Com amigos, muitos. Mas também desconhecidos que aqui vêm, por mera curiosidade mórbida, só para ver onde morei. Um horror. Em sua última carta, você me deu bela lição de vida: “Não se lembre dos 70 e terá 40”. Mas é tarde, para mim. Tarde demais.

Depois que minha mulher faleceu, por pessoas próximas soube que dizia preferir ver-me morrer primeiro. Mesmo sendo cinco anos mais velha. Apenas por saber da falta que me faria. A realidade foi talvez pior do que ela pensava. Sua falta é absoluta. Já não tenho quem me leia jornais e livros. Ou me ampare. Ou apenas fique a meu lado. A solidão é opressiva. Melhor herança é Graziela, uma pequena cadela Tenerife que adotamos – já que não nos foi dado ter filhos. Todos os domingos vamos, juntos, ao túmulo de minha tão querida Carolina, no Cemitério de São João Batista. É onde espero ser enterrado. A seu lado (Assim se deu).

Começo a pensar no destino de minhas obras, caro Joaquim Aurélio Barreto Nabuco de Araújo. Esta semana, alguns amigos que me vêm sempre consolar fizeram entrar, no meu quarto, um rapazinho que nem 18 anos tinha. Não disse nada. Apenas ajoelhou-se ao pé da cama, tomou minha mão e deu-lhe um beijo. Após o que, sem sequer me dirigir um olhar, foi-se embora. Fiquei emocionado pela reverência. E pedi ao José Veríssimo para saber quem era. Chamava-se Astrogildo Pereira (Mais tarde, um importante jornalista). Levarei esse nome comigo. Gestos assim me fazem acreditar que, considerando tudo quanto escrevi, não serei esquecido por algum tempo. Quanto?, não sei. O futuro dirá.

O que penso ninguém sabe é que, por muitos anos, estudei as leis (Apesar de ter frequentado só escolas públicas, e nunca universidades, Machado tinha boa formação na burocracia. Foi tipógrafo e revisor na Imprensa Nacional, Diretor-Assistente e Chefe de Seção do Diário Oficial, primeiro Oficial da Secretaria de Agricultura, chegando a ser Diretor Geral de Contabilidade na Secretaria da Indústria do Ministério da Viação). Todas as noites. Apaixonadamente. A ponto de, imagino, estar habilitado a tornar-me advogado. Por essa razão, em minhas obras, empreguei numerosíssimas expressões jurídicas. No conto *O Programa* um personagem, Romualdo, até antecipa essa vontade ao sonhar “que seria citado algum dia entre os Nabucos, os Zacarias, os Teixeiras de Freitas, etc. *Jurisconsultos*”. Era de mim que falava.



É tudo. Você é meu maior e mais íntimo amigo, por favor creia nisso. Agora, estou cansado. A perda de C. foi um desastre. Como estou à beira do eterno aposento, não gastarei tempo em recordá-la. Irei vê-la, breve (Machado, nascido em 21/06/1839, morreria no dia seguinte, 29/09/1908). E, diferentemente das outras cartas, me despeço agora de maneira diferente. Adeus.

Amº do C.

Machado de Assis

—

PS: São verdadeiras as informações contidas nessa carta falsa. Inclusive as observações que me permiti fazer, entre parênteses, no texto. Viva Machado.



José Paulo Cavalcanti Filho é Jurista. Advogado. Consultor da Unesco e do Banco Mundial. Foi presidente do Cade, da EBN e do Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional, além de Ministro da Justiça e Membro da Comissão Nacional da Verdade. Ocupa a cadeira 27 da Academia Pernambucana de Letras.

CONGRESSO

Alessandro Molon

“o conhecimento jurídico é extremamente útil para chamar as cortes constitucionais a cumprirem suas funções de tutela de direitos e da democracia”

Na faculdade de Direito, ao nos debruçarmos sobre o Direito Constitucional, o Civil, o Penal, o Processual e afins, não estudamos apenas as regras frias e sanções que disciplinam a vida dos brasileiros. Muito além disso, somos apresentados à concepção mais profunda do que os direitos representam para cada indivíduo e para a sociedade como um todo, de forma a absorver os verdadeiros valores de cidadania.

Esses ensinamentos passam a fazer parte de nós, como uma nova lente pela qual enxergamos o mundo, de forma mais inclusiva, generosa e consciente. E com esta nova percepção da realidade, nasce também uma grande responsabilidade, de fazer valer aquilo que, da nossa recém-adquirida perspectiva, é inerente ao bem-viver coletivo.

Ser advogado, dessa forma, significa imbuir-se da noção de que todos devem ser tratados com igual respeito e consideração, independentemente de quaisquer fatores que, creem alguns, possam interferir nesta avaliação. Do ponto de vista de um parlamentar advogado, isso passa a representar uma busca incessante pela proteção e efetivação de direitos, analisando proposições legislativas com técnica, mas também com o olhar sensível e humano, sintonizado aos fenômenos sociais contemporâneos.

O Legislativo é o Poder por excelência para criação de direitos e obrigações, e precisa assumir a vanguarda da elaboração de leis que dispõem sobre direitos fundamentais e proteção da democracia. Um espaço que nasceu com o mais belo dos intuitos - a representação da sociedade -, deve dar o exemplo em matéria de inclusão, igualdade, transparência e deliberação no trato de cada proposição, em sintonia com os anseios profundos dos cidadãos. É, desta forma, um desafio constante.

O dia a dia na Câmara dos Deputados transcorre sempre de maneira acelerada, com debates densos, por vezes adentrando a madrugada. O ritmo no

qual são tratados os mais variados assuntos, de complexidades diversas, exige de nós profunda atenção e agilidade na tomada de decisões. Neste cenário, o saber jurídico permite uma atuação cirúrgica, endereçada ao cerne da questão e escapando de medidas ou ajustes de texto sorrateiros.

A formação jurídica propicia o encontro entre o saber necessário à atividade legislativa e a conexão com os valores que devem reger as interações públicas e privadas. Como deputado federal, sou um representante escolhido por milhares de cidadãos para fazer valer seus direitos, não apenas ajustando leis já existentes, mas também formulando novas proposições, dialogando com quem pensa diferente e articulando caminhos para a construção de consensos, de forma a contribuir efetivamente para um Brasil mais justo, mais eficiente, e com melhores oportunidades para todos.

No processo de elaboração do Marco Civil da Internet, por exemplo, do qual fui relator, houve um momento em que o diálogo para a aprovação, que seguia bem até aquele momento, encontrou um obstáculo. Era 2014 e um forte lobby levantou-se contra a redação do artigo 9º do então projeto de lei. Este artigo garante a neutralidade da rede, essencial para proteger o caráter universal da internet e assegurar o acesso de todos a qualquer tipo de conteúdo, sem distinção. O que se tentava era modificar o texto, para evitar a garantia da neutralidade, embora se insistisse que o sentido do artigo não seria alterado pela mudança no texto.

Que poder guardariam as palavras que se queria mudar? Sua ausência no texto do Marco Civil da Internet permitiria que empresas telefônicas criassem pacotes de acesso a serviços na internet, restringindo a experiência (que hoje todos têm) somente àqueles que podem pagar caro. Na prática, a neutralidade da rede seria quebrada, algo que poderia passar despercebido por alguém sem a profunda compreensão do ordenamento jurídico. Felizmente conseguimos, com muitos argumentos e intensa luta, impedir isso, e garantimos, em lei, a neutralidade da rede. Artimanhas como essa, além dos famosos “jabutis”, não são práticas incomuns, infelizmente, demandando atenção redobrada.

O Parlamento precisa de mais clareza, transparência e eficiência, e não de propostas deliberadamente confusas ou juridicamente pouco fundamentadas, que levam a debates desnecessários e a uma elevada demora em concretizar o que realmente importa. Por outro lado, na luta pela garantia de direitos e pela proteção de minorias, nem sempre a política é capaz de dar uma resposta razoável, especialmente quando há vieses no Parlamento, uma instituição majoritária por natureza.

Nestes casos, o conhecimento jurídico é extremamente útil para chamar as cortes constitucionais a cumprirem suas funções de tutela de direitos e da democracia. Em percebendo estas dimensões, o parlamentar deve recorrer ao STF quando necessário para assegurar o cumprimento da Constituição. Não são poucos os exemplos de decisões do Supremo Tribunal Federal que garantiram direitos de minorias, sejam minorias sociais, cujos direitos fundamentais o Parlamento não protegeu adequadamente por meio da legislação, sejam minorias parlamentares, atropeladas pelas majorias que se formam em torno de certos temas.



Ao mesmo tempo, a formação em Direito impede o parlamentar de apresentar pedidos jurídicos sem fundamento, ou temerários. Muitas vezes, na tentativa de se fazer o bem, mas sem o devido conhecimento, o representante do povo pode acabar por atrapalhar o funcionamento da Corte e contribuir para a morosidade da justiça, que tanto prejudica a sociedade. A judicialização não pode ser banalizada. Pelo contrário, deve ser entendida como um instrumento valioso, a ser usado em momentos estratégicos e com responsabilidade.

Ser um advogado no Congresso Nacional, portanto, permite ao parlamentar enxergar todo o potencial do Legislativo na proteção de direitos, fazendo uso responsável e efetivo dos instrumentos à mão. A representação política, quando sintonizada com o espírito público, é uma das mais nobres missões. Orientada pelo conhecimento jurídico, pode alçar voos ainda mais altos pelo bem comum. É isso que tenho buscado nos mandatos que me foram confiados pelo nosso povo.



Alessandro Molon é Líder do PSB na Câmara dos Deputados.

Os advogados e a pandemia

Ricardo Villas Bôas Cueva

“os advogados desempenharão papel inovador no desenho e na implementação de soluções para os problemas, ainda desconhecidos em sua inteireza e complexidade, que a crise causada pelo covid-19 trará ao mundo jurídico.”

Em recente entrevista, o filósofo Jürgen Habermas lembrou que a pandemia causada pelo vírus covid-19 engendrou uma crise de múltiplas feições e uma situação inédita: nunca se soube tanto sobre o que não se sabe¹. De fato, além de não haver vacinas, procedimentos e terapias para enfrentar a doença, não se tem ainda a exata dimensão da crise social e econômica decorrente da crise sanitária que impôs a adoção de medidas de isolamento social em quase todo o mundo por amplo período. Mas já há previsões de que a recessão econômica poderá superar a crise de 1929. Com isso, teme-se que haja enorme insolvência, quebra de relações negociais de longa duração e a necessidade de renegociar contratos. Teme-se também que haja uma avalanche de novas demandas judiciais.

Nesse contexto de crise geral, os advogados certamente atuarão em várias frentes como profissionais indispensáveis para a resolução dos problemas e conflitos que inevitavelmente emergirão em várias frentes.

Consoante a tradição e o Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/1994), o advogado é indispensável à administração da justiça, detendo o monopólio da postulação perante o Poder Judiciário, inclusive os juizados especiais, salvo a impetração de habeas corpus. Também privativas do advogado são as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas, sendo certo que atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas somente podem ser registrados depois de visados por advogados. Não é sem razão, assim, que o advogado exerce função social e que o serviço prestado por ele, mesmo quando privado, tem caráter público, pois seus efeitos extravasam a relação entre as partes do conflito que se quer pacificar.

¹ Frankfurter Rundschau, 10/04/2020.

Diferentemente do juiz, que tem o dever profissional de proferir decisão justa, o advogado tem o dever de defender o interesse de seu mandante. Para isso, vale-se de conhecimentos técnicos e da retórica, entendida como ferramenta de persuasão, obviamente, mas também como modo de pensar. Trata-se de um tipo de raciocínio jurídico que se vale da casuística e recorre à analogia, à metáfora e a outros modos de argumentar, permitindo ao profissional do direito estabelecer hipóteses contrafáticas e criar contra-argumentos plausíveis para cada situação concreta. Com isso, de maneira semelhante ao método hipotético-dedutivo de investigação científica, ajuda a determinar o alcance das normas jurídicas, reduzindo os custos que seu cliente teria de incorrer para obter as informações necessárias a solucionar o conflito².

Quais outros papéis podem ser esperados dos advogados? Roscoe Pound, que foi reitor da Faculdade de Direito de Harvard, propôs em 1954 que os advogados deveriam ser entendidos como engenheiros sociais, no sentido de que sua capacidade de moldar os processos sociais para que atinjam sua finalidade com a menor fricção e o menor desperdício possíveis³. A questão é naturalmente controversa, havendo quem critique a própria noção de engenharia social como técnica de controle social estranha às democracias e quem a defenda, enquanto ferramenta para promover a transformação social ou, ao menos, para adaptar os institutos jurídicos às novas realidades que se impõem.

Seja como for, é certo que o advogado pode ser entendido como o agente que traduz as necessidades, os interesses, as demandas que nascem das tensões e transformações sócio-econômicas perante o Judiciário, o Legislativo, o Executivo e os entes privados que dedicam à composição de conflitos. É o ator treinado acadêmica e profissionalmente, pela dogmática jurídica e pela experiência, para resolver problemas, pacificar conflitos, apresentar soluções concretas, encontrar novos caminhos em meio ao cipoal de normas legisladas e de repertórios jurisprudenciais nem sempre harmônicos.

Sob essa ótica, é fácil vislumbrar que os advogados desempenharão papel inovador no desenho e na implementação de soluções para os problemas, ainda desconhecidos em sua inteireza e complexidade, que a crise causada pelo covid-19 trará ao mundo jurídico. Não se imaginava até há pouco, por exemplo, que, em meio à pandemia, a tutela dos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada e ao sigilo de dados fosse rapidamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como uma das questões mais prementes de nosso tempo. Foi necessário, para tanto, que o Conselho Federal da OAB e alguns partidos políticos, todos representados por hábeis advogados, propusessem ações diretas de inconstitucionalidade contra a Medida Provisória nº 954, de 17 de abril de 2020, que determinou o compartilhamento de dados por empresas telefônicas com o IBGE para a produção de estatística oficial

2 Richard Posner, "Retórica, advocacia e raciocínio jurídico", in Para Além do Direito, São Paulo, Martins Fontes, 209, pp.523-556.

3 Roscoe Pound, "The Lawyer as a Social Engineer," Journal of Public Law 3, no. 2 (1954): 292-303.

durante a situação de emergência de saúde pública. A atuação dos advogados foi tão marcante que, mesmo em face da campanha de alguns jornais a favor da MP, ao argumento de que sua suspensão implicaria um apagão estatístico, a relatora, Ministra Rosa Weber, concedeu liminar, confirmada em histórica sessão plenária do STF, em 7/5/2020, para suspender a eficácia da medida. Conquanto a Constituição não enuncie expressamente um direito fundamental à proteção de dados pessoais e a Lei Geral de Proteção de Dados ainda esteja em vacância, percebe-se que a Corte Constitucional tende a reconhecer o direito fundamental à autodeterminação informativa e a estabelecer um diálogo com conceitos e regras veiculados na lei, mesmo antes de sua vigência. Trata-se, inequivocamente, de importante passo na evolução jurisprudencial em direção à plena proteção de dados pessoais, em sintonia com o que já ocorre na Europa, que não seria possível sem a atuação de advogados atentos às novas tendências, estudiosos e criativos, que souberam concatenar as informações e os argumentos necessários a persuadir a quase unanimidade dos magistrados da mais alta corte do país a reconhecer o novo alcance da privacidade na era digital.

A centralidade do papel dos advogados é também visível em duas das principais propostas legislativas hoje em debate no Parlamento para enfrentar ou ao menos mitigar a crise. Em ambas, o caminho escolhido é o de estimular a negociação entre as partes, em oposição a simplesmente decretar medida que abarque indistintamente as diversas situações individuais.

No PL 1179/2020, apresentado pelo Senador Anastasia e já aprovado no Senado, para disciplinar “o Regime Jurídico Emergencial e Transitório (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19)”, procura-se antecipar aos efeitos da crise, delimitando o marco temporal a partir do qual incidem suas normas especiais e prevendo uma intervenção do Estado-juiz atenuada. Isto é, em vez de conceder uma espécie de moratória generalizada, como se tem cogitado em alguns países, tende a impedir uma “ampla judicialização por uso indevido da pandemia como uma cláusula geral de liberação dos deveres das partes”⁴. Com isso, o texto reforça os deveres de cooperação e negociação que devem presidir as relações contratuais, de acordo com a sistemática do Código Civil.

O PL 1397, apresentado pelo Deputado Hugo Leal, trata de medidas emergenciais para a insolvência empresarial, partindo da premissa de que é impossível dar uma resposta uniforme à miríade de casos concretos que emergirão da crise, o que equivaleria dar tratamento igual aos desiguais e estimular condutas oportunistas. As novas soluções para a maciça crise de insolvência a ser enfrentada por um número expressivo de empresas espelham-se na experiência de vários países e seus modelos alternativos de solução das crises enfrentadas pelos empresários devedores, levando em consideração a necessidade de simplificar, abreviar e reduzir os custos da recuperação judicial e extrajudicial, hoje muito elevados para as pequenas e médias empresas.

⁴ Parecer da relatora, Senadora Simone Tebet.

Percebe-se nesses dois exemplos que a tônica se coloca não numa solução demiúrgica, de alto teor de intervenção estatal, como moratórias, controle de preços, tabelamentos, tablitas etc., mas, ao revés, em soluções individuais, negociadas, sempre que possível consensuais, em linha, aliás, com a experiência internacional que se transplantou entre nós com o Código de Processo Civil de 2015. Nele, há grande ênfase no princípio da cooperação, nos meios adequados de solução de conflitos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem e na possibilidade de as partes livremente convencionarem deveres processuais (arts. 190 e 191).

A crise ocasionada pela pandemia do covid-19 parece, em suma, um momento de ruptura a ensejar profundas modificações nos modos de resolução de conflitos e de atuação dos advogados. A ênfase que as propostas legislativas emergenciais emprestam à auto ou heterocomposição extraestatal de conflitos, com lastro na legislação já em vigor, acabará por contribuir decisivamente para transformar a cultura de litígio e reservar aos advogados um papel protagônico nos chamados meios adequados de resolução de conflitos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem, processos comunicativos cujo sucesso depende não de um jogo de soma zero, mas de resultados aceitáveis por todas as partes.



Ricardo Villas Bôas Cueva é Ministro do Superior Tribunal de Justiça, mestre e doutor em Direito, foi advogado, Procurador do Estado de São Paulo, Procurador da Fazenda Nacional e Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.



Quem é seu advogado?

Paulo Niemeyer Filho

Poucas atividades tem profissionais para chamar de seu. O meu advogado, o meu médico. Somos os únicos a quem as famílias abrem o coração. Além disso, contribuímos, modestamente, para engrandecer a história da civilização.

Meu querido amigo, José Roberto Castro Neves, escreveu um livro deleitoso chamado "Como os advogados salvaram o mundo". Liguei para ele e brinquei: "os médicos também!"

Lá nos primórdios, nós médicos agíamos como intermediários de Deus, inicialmente como feiticeiros, realizando rituais para exorcizar os maus espíritos, o que muitas vezes funcionava. Medicina não é ciência, é a arte de curar. Há um fator mágico na cura, independente da medicação, quando se acredita no médico e no tratamento.

Hipócrates, considerado o pai da medicina, tentou organizar e racionalizar os sintomas e as doenças, deixando um tratado de condutas médicas que formou sua emblemática obra "Corpus Hippocraticum", onde reforçava a razão, esvaziando o misticismo. Antes que seus conceitos fossem plenamente difundidos e aceitos, a igreja católica dominou o mundo e os sacerdotes e os dogmas ocuparam seu lugar. A partir daí, por exemplo, não foram mais permitidas violações de cadáveres e portanto as disseções anatômicas. E assim fomos por um longo período... Não se curava, mas também não se fazia mal aos pacientes. Com os advogados passou-se o mesmo. O Direito Romano também foi negligenciado no período de obscurantismo, das Monarquias Absolutistas e da Inquisição.

Com a chegada da Renascença, surge a ciência e em seguida a formação das nacionalidades, o Estado de Direito, a Revolução Industrial e, conseqüentemente, o desenvolvimento da medicina. Anestesia, cirurgias, pesquisas. Advogados e médicos voltam à cena.

Seguindo uma tendência mundial, em 1808, D. João VI cria a primeira Faculdade de Medicina do Brasil e, em 1827, o Imperador D. Pedro I inaugura a primeira Faculdade de Direito do país. O conhecimento médico crescia e fluía, não sendo mais possível ao indivíduo absorver tudo que era publicado. Como solução, no final do século XIX, criaram-se as primeiras cátedras de especialidades médicas, na Universidade de Paris. Neurologia, ginecologia, pediatria e outras. Cada vez mais



a palavra do médico era inquestionável, soberana, muitas vezes autoritária, e sua linguagem impenetrável.

No início do século XX, mais precisamente em 1904, pela primeira vez no Brasil, que eu saiba, medicina e direito estiveram em campos opostos, ambos certos em suas convicções. Então, a população do Rio de Janeiro era assolada pela varíola e, diante de um alto índice de desinformação, o sanitarista Oswaldo Cruz recomendou ao presidente Rodrigues Alves a vacinação obrigatória. O senado rejeitou o pedido, apoiado por veementes discursos do iminente advogado e senador Rui Barbosa, alegando o direito do indivíduo. A oposição politizou o assunto, que era exclusivamente técnico, insuflou a população contra a medida, resultando numa insurreição popular e militar, com atos de vandalismo e quebra-quebra pelas ruas da cidade, que resultaram em mais de 30 mortos, obrigando o governo a recuar. Pela primeira vez os médicos eram confrontados com o direito individual dos cidadãos e, em última instância, dos pacientes. O episódio ficou conhecido como a Revolta da Vacina.

Ambos estavam certos, Oswaldo Cruz por razões evidentes e também Rui Barbosa, que anos depois teve sua tese confirmada pelo Código de Ética de Nuremberg, que determinou a necessidade da autorização escrita do paciente para qualquer tratamento invasivo, o chamado de consentimento informado, e também a ilegalidade da coerção.

Lembrei-me disso em função do que estamos vivendo agora, com o confinamento obrigatório, que em alguns países vem sendo feito de forma extremada, com ajuda da força policial. Não fosse o nosso nível atual de desenvolvimento e informação, correríamos o risco de ter a Revolta do Confinamento.

Na Segunda Guerra Mundial, a disputa pela primazia tecnológica em todas as áreas ocorria em paralelo aos duelos nos campos de batalha e, ao final, vieram à tona as barbaridades realizadas com seres humanos, com o intuito de pesquisas, que, aparentemente, beneficiariam indústrias químicas e farmacêuticas. Veio o Tribunal de Nuremberg, que condenou sete médicos nazistas à morte, e outros tantos à cadeia. Foi emitido o Código de Nuremberg, que enumerava os limites das pesquisas com seres humanos e os Direitos dos Pacientes. Dessa vez, a comunidade médica e advogados estavam do mesmo lado. De novo e, mais do que nunca, era preciso organizar. Já não se tratava mais de medicina romântica, mística, inócua. Estávamos, agora, diante de grandes indústrias e grandes interesses comerciais.

Hoje, nós, advogados e médicos, convivemos lado a lado, melhorando a qualidade do atendimento e protegendo os pacientes. Médicos adoram assistir aos filmes de grandes julgamentos da história, advogados não resistem a uma boa conversa médica. Nos aproximamos tanto, que por vezes nos confundimos.

Atualmente, convivemos com a judicialização da medicina, o que muitas vezes implica no juiz ser quase parte da equipe médica. Como há pouco tempo, quando recebi uma ordem judicial para operar um paciente, num prazo de 48 horas. Um caso que, a meu ver, não tinha indicação cirúrgica. Achei que a melhor solução seria



responder ao “Juiz/Colega”, por meio de um extenso relatório técnico, neurológico, justificando minha posição contrária e assim evitando fazer o mal ao paciente e, ao mesmo tempo, não sofrer as agruras da lei.

“Não podemos viver sem vocês e vice-versa. O melhor dos mundos, portanto, é ter um médico e um advogado na família, não necessariamente nessa ordem.”



Paulo Niemeyer Filho é Neurocirurgião. Diretor do Instituto Estadual do Cérebro-RJ.



Revisão Contratual – Onerosidade Excessiva e Modificação Contratual Equitativa. Coimbra: Almedina, 2020.

Francisco Paulo de Crescenzo Marino

A obra do professor da USP é de extrema relevância, sobretudo diante das medidas restritivas impostas em razão da pandemia do Covid-19 e os seus reflexos nas relações contratuais. A proposta do autor é abordar a modificação equitativa dos contratos afetados pela excessiva onerosidade superveniente, diante da previsão do art. 479 do Código Civil e o escasso debate doutrinário sobre o tema.



Arbitragem: sociedade civil x estado. Coimbra: Almedina, 2020.

José Carlos de Magalhães

A obra reúne diversos artigos publicados pelo autor, professor da USP e autoridade no tema, acerca de temas centrais da arbitragem e do direito internacional. A obra reflete, sobretudo, a experiência do autor como árbitro e advogado.



O Direito ao Erro do Administrador Público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019.

Pedro de Hollanda Dionísio

A doutrina tradicional de Direito Público, muito embora disponha de diversos temas relevantes à compreensão de todos os conceitos e relações atinentes à Administração Pública, peca ao não tratar especificamente da aplicação de um instituto clássico, trazido do direito privado, e que o Direito Público não está imune de sua incidência: o erro do administrador público no Brasil. A obra busca suprir essa lacuna na doutrina administrativista nacional, sobretudo após a recente introdução do art. 28 à Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro.



Tudo o que você precisa saber sobre o direito médico e saúde: incluindo as 11 principais resoluções do CFM comentadas de forma sucinta e didática. Rio de Janeiro: GZ, 2020.

Priscilla Guimarães Lessa

A obra tem o objetivo de sistematizar os mais recentes temas relacionados aos aspectos ético-jurídicos da medicina, assim como tecer importantes comentários às Resoluções do Conselho Federal de Medicina. Neste período de crise na saúde mundial, a obra mostra-se imprescindível para a compreensão do lastro de direitos, obrigações e responsabilidades na relação do profissional da saúde com o paciente.

ADVOCACIA HJ
n. 4, jul. 2020

Diretoria do Conselho Federal da OAB
Gestão 2019/2022

FELIPE SANTA CRUZ
Presidente

LUIZ VIANA QUEIROZ
Vice-Presidente

JOSÉ ALBERTO SIMONETTI
Secretário-Geral

ARY RAGHIAN NETO
Secretário-Geral Adjunto

JOSÉ AUGUSTO ARAÚJO DE NORONHA
Diretor-Tesoureiro

EDITORA

© Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal, 2020
Setor de Autarquias Sul Quadra 5 Lote 1 Bloco M Brasília/DF | CEP 70070-939

JOSÉ ROBERTO DE CASTRO NEVES
Presidente Executivo da OAB Editora

Equipe Técnica
Gerência de Relações Externas
Coordenação de Comunicação

Publicação Trimestral

FICHA CATALOGRÁFICA

Advocacia hj. n. 4 (jul. 2020) – Brasília, 2020.

Trimestral.

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

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

CDDir: 341.415

Elaborado por: CRB 1-3148.

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



